

CADERNOS de Direito Atual

Número XXV | 2024
Volumen Extraordinario

ISSN 2340-860X
ISSN-e 2386-5229



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

Nº 25– 2024

Volumen Extraordinario

ISSN 2340-860X

ISSN-e 2386-5229

Cadernos de Direito Actual
Nº 25. Extraordinario - Agosto - 2024

EQUIPO EDITORIAL DEL VOLUMEN EXTRAORDINARIO ESPECIAL

Director de la revista: **Rubén Miranda Gonçalves**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

Coordinador principal del volumen: **Thiago Oliveira Moreira**, *Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil.*

COMITÉ CIENTÍFICO y COMITÉ EVALUADOR DE LA REVISTA

Rubén Miranda Gonçalves, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Consuelo Ferreiro Regueiro**, *Universidade de Santiago de Compostela*, **Juan Fernando López Aguilar** *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Rogelio Pérez-Bustamante González** *Universidad Rey Juan Carlos*, **Rufina Hernández Rodríguez**, *Tribunal Superior Popular de la Habana (Cuba)*, **Irene Maria Portela**, *Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (Portugal)*, **Marcos Augusto Pérez**, *Universidade de São Paulo, (Brasil)*, **Alessandro Rosanó** *University of Padova (Italia)*, **José Julio Fernández Rodríguez** *Universidad de Santiago de Compostela*, **Antonio Tirso Ester Sánchez**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Dávid Barczy**, *Pavol Jozef Šafárik University in Košice (Eslovaquia)*, **Francielle Vieira Oliveira**, *Universidade do Minho (Portugal)*, **Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño**, *Universidad de los Andes (Chile)*, **Fernando Hernández Fradejas**, *Universidad de Bolonia (Italia)*, **Érica Guerra da Silva**, *Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Brasil)*, **Antônio Pereira Gaio-Júnior**, *Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Brasil)*, **Thiago Oliveira Moreira**, *Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Brasil)*, **Alessandra Silveira**, *Universidade do Minho (Portugal)*, **Douglas Predo Mateus**, *Universidade Católica de Santos (Brasil)*, **Arlen José Silva de Souza**, *Universidade Federal de Rondônia - Escola da Magistratura de Rondônia, (Brasil)*, **Guilherme Augusto Souza Godoy**, *Universidade do Porto (Portugal)*, **Domenico d'Orsogna**, *Universidad de Sassari (Italia)*, **Rosa Rodríguez Bahamonde**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Daniel Sansó-Rubert Pascual**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Teresa Fajardo del Castillo**, *Universidad de Granada*, **Rafael García Pérez**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Marco Aurélio Gumieri**, *Universidade de São Paulo*, **Gabriel Martín Rodríguez**, *Universidad Rey Juan Carlos*, **Gemma Minero Alejandre**, *Universidad Autónoma de Madrid*, **Rui Miguel Zeferino Ferreira**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Heron Gordilho**, *Universidade Federal da Bahia, (Brasil)*, **Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva**, *Universidade Federal de Sergipe, (Brasil)*, **Márcio Luís de Oliveira**, *Universidade Federal de Minas Gerais, (Brasil)*, **Lucas Gonçalves da Silva**, *Universidade Federal de Sergipe, (Brasil)*, **Johannes San Miguel**, *Universidad de Guayaquil, (Ecuador)*, **Lucio Pegoraro**, *Università di Bologna, (Italia)*, **Anabela Susana de Sousa Gonçalves**, *Escola de*

Direito da Universidade do Minho, (Portugal), Natalia Pérez Rivas, Universidad de Santiago de Compostela, Cristiane Elias Campos Pinto, Universidade Católica de Santos, (Brasil). Sebastián Kiwonghi Bizawu, Escola Superior Dom Helder Câmara, (Brasil), Wilson Engelmann, Universidade do Vale do Rio Sinos, (Brasil), Ilton Garcia da Costa, Universidade Estadual do Norte do Paraná (Brasil), Gilberto Atencio Valladares, Universidad de Salamanca, (España), J. Eduardo Amorim, Universidade do Porto, (Portugal), Celso Hiroshi Iocohama, (Universidade Paranaense, Brasil), Salvador Tomás Tomás, (Universidad de Murcia), Viviane de Sélos Knoerr, (Unicuritiba), Juan Emilio Oviedo Cabañas, (Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur) Armando Rovai, (Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil), Felipe Chiarello, (Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil), João Relvão Caetano, (Universidade Aberta, Portugal), Irene Patricia Nohara, (Universidade de São Paulo e U. Presbiteriana Mackenzie), Ignacio Covarrubias Cuevas, (Universidad del Desarrollo, Chile), Enoque Feitosa, (Universidade da Paraíba, Brasil), Lorena Freitas, (UNIPÊ, Brasil), Sidney Guerra, (Universidade do Rio de Janeiro, Brasil), Maria Teresa Alonso (Universidad de Zaragoza, España), Gonzalo Martínez Etxeberria, (Universidad de Deusto), Vânia Aieta, (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil), Flávio Martins, (Damásio Educacional, Brasil). Jose Eduardo Cardozo (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil). José Barroso Filho (Superior Tribunal Militar do Brasil), Angelo Viglianisi Ferraro (Università Mediterranea, Italia), Márcio Aleandro Correia Teixeira (Universidade Federal do Maranhão, Brasil), Daniela Serra Castilhos (Universidade Portucalense, Portugal), Carlos García Soto (Universidad Monteávila, Venezuela), Claudia Gurgel (Universidade Estadual do Rio de Janeiro Brasil), Cláudia Ribeiro Pereira Nunes (Universidade Veiga de Almeida, Brasil), Jorge Miranda (Universidade de Lisboa, Portugal), Nuno Garoupa (Texas A&M University School of Law, EEUU), Marco Olivetti (Università LUMSA, Italia), Deilton Ribeiro Brasil (Universidade de Itaúna-MG, Brasil), Beata Stepień Zalucka (University of Rzeszów, Polonia), María Camacho Zegarra (Universidad ESAN, Perú), Antonio-Carlos Pereira Menaut (Universidad de Santiago de Compostela, España), José Ignacio Martínez Estay (Universidad de los Andes, Chile), Valter Moura do Carmo (Universidade de Marília, Brasil), Hadassah Santana (Universidade Católica de Brasília, Brasil), Letícia Mirelli Faleiro e Silva (Universidade de Itaúna, Brasil), Eduardo Leite (Instituto Latino Americano das Nações Unidas, Brasil), Ana Maria Davila Lopes (Universidade de Fortaleza, Brasil), Oscar Coronado Rincón (Universidad de Sonora, México), Erick Urbina Lovón (Universidad de Lima, Perú), Enrique Varsi Rospigliosi (Universidad de San Marcos, Perú), Eduardo Vera-Cruz Pinto (Universidade de Lisboa, Portugal), Marco Antonio Marques da Silva (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil), Diana María Molina Portillo (Universidad de Nariño, Colombia), Karlos Navarro Medal (Universidad Centroamericana y Americana de Nicaragua, Nicaragua), Livia Gaigher Campello (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Brasil), Enrique Díaz Bravo (Universidad Santo Tomás, Chile), Alejandro González-Varas Ibáñez (Universidad de Zaragoza, España), Juan Manuel Rodríguez Calero (Universidad de La Laguna),

Joel Hernández García (*Comisión Interamericana de Derechos Humanos*), **Geison López Barrantes** (*Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*), **Paulo de Brito** (*Universidade Lusófona do Porto*), **Priscila Luciene Santos de Lima** (*Universidade Presbiteriana Mackenzie*), **Trinidad Bergamasco** (*Universidad Nacional de Córdoba, Argentina*), **Waldemar Gontarski** (*European University of Law and Administration, Poland*), **Ruth Cristina García Otero** (*Universidad de la Costa, Colombia*),

© Asociación Xuristas en Acción.

Edita: Asociación Xuristas en Acción.

Depósito Legal: C 2118-2013 **ISSN:** 2340-860X - **ISSNe:** 2386-5229

SUMARIO

Prólogo	08
Artículos de investigación	
The management of Limited Liability Companies in Brazil Marcelo Lauar Leite	12
O estado do conhecimento da regulação dos minérios críticos para transição energética no Brasil Herbert Ricardo Garcia Viana & Yanko Marcius de Alencar Xavier	33
Litigância predatória: entre o acesso à justiça e os abusos sistemáticos do direito ao processo Marco Bruno Miranda Clementino & Lucas José Bezerra Pinto	48
Disinformation, digital platforms and digital human rights Raphael R. Valença de Oliveira & Marco Bruno Miranda Clementino	75
¿Prescripción del crédito tributario como causa de extinción de punibilidad en los delitos contra el orden tributario brasileño? Un problema hermenéutico Ivan Lira de Carvalho & Matheus Berckmans de Souza Dantas	95
Utilização indevida dos dados pessoais dos consumidores com vistas ao desenvolvimento de publicidade comportamental nas mídias sociais Fabício Germano Alves, Pedro Henrique da Mata Rodrigues Sousa & Michellson Costa de Lima Cordeiro	111
Estudos comparativos sobre cidadania e nacionalidade nas constituições monárquicas e no constitucionalismo americano no Século XIX Leonardo Oliveira Freire, José Orlando Ribeiro Rosário & Daniel Augusto de Alcaniz Santos	128
Dever de análise de questão constitucional levantada pela parte como elemento da jurisdição satisfativa Melquiades Peixoto Soares Neto & Fabício Germano Alves	152
Evolução constitucional do Direito à Proteção de Dados Pessoais no ordenamento jurídico brasileiro Anderson S. da Silva Lanzillo, Janine P. do Nascimento Ribeiro de Andrade & Thairone de Sousa Paiva	168

Constituição e normas tributárias indutoras da proteção ambiental: análises, perspectivas e sustentabilidade dos tributos verdes Kyvia C. Chevalley, Pierre F. A. Silva & William E. N. Pereira	187
Inteligência Artificial como ferramenta para otimização e automação das ações coletivas: uma análise a partir dos dados do Tribunal Regional Federal da 5ª Região Elias Jacob de Menezes Neto & Fernanda Guedes Queiroz de Lira	206
Diálogo na caserna: o militar e a liberdade religiosa à luz da teoria da razão comunicativa de Habermas Dilane M. da Silva Almeida Pontes, Ricardo Tinoco de Goes & Pedro Paulo Santana Silva	223
Pressupostos teórico-conceituais da pena e da perseguição Walter N. da Silva Júnior, Romildson F. Uchôa & Leonardo O. Freire	238
Orgulho e preconceito, guerra e estupro: um estudo sobre a violência sexual contra mulheres em contextos de conflitos armados Yara Maria Pereira Gurgel & Ingrid Altino de Oliveira	267
Enfrentando desigualdades: o desafio do acesso e direito ao saneamento básico no Brasil Jonilson P. da Silva & Sérgio Alexandre de M. Braga Júnior	292
Some aspects about BEPS and the status of the developing countries André de Souza Dantas Elali	309
Caso Luiza Melinho: a perspectiva de julgamento do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos pela negativa de fornecimento de cirurgia de redesignação sexual a uma mulher transexual Ygor R. C. de Araújo, Felipe P. de Brito & Yara M. P. Gurgel	336
Constitucionalismo brasileiro e natureza em crise: ecofeminismo para evitar o fim do mundo? Kyvia Celine Chevalley & Patrícia Borba Vilar Guimarães	361
A inovação e o uso de inteligência artificial no judiciário brasileiro: uma análise a partir do open justice e do programa justiça 4.0. Weuder Martins Câmara & Patrícia Borba Vilar Guimarães	384
Acesso à justiça digital e a política judiciária brasileira de tratamento adequado dos conflitos: contornos e atribuição de sentido à luz da teoria hermenêutica constitucional de Peter Härbele Luciano Athayde Chaves & Ressú Ferreira Pires	402
Consulta previa, libre e informada del Convenio n.º 169 de la OIT: análisis del escenario en el Supremo Tribunal Federal y en el Tribunal Regional Federal de la 5ª Región de Brasil João Victor M. Domingos & Sérgio Al. de M. Braga Junior	417
Procedimento dialógico e legitimidade democrática: da deliberação ao processo decisório no Brasil Alan M. de Medeiros, Bruna A. de Medeiros & José S. da C. Neto	437

Por uma Escola Potiguar de Direito Internacional: contribuições da linha de pesquisa 3 do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Pedro Augusto Vale & Thiago Oliveira Moreira 452

Brazilian Federal Constitution, Political Crises, Women and Rights

Maria Luiza P. de Alencar M. Feitosa & Alana R. Fernandes 482

A aplicação da Lei Maria da Penha a mulheres trans: o entendimento do STJ no Resp 197.7124 e a jurisprudência interamericana sobre os direitos LGBTQIA+

Álvaro V. Castro Melo & Érica V. Canuto de Oliveira Veras 504

A natureza nomofilática dos precedentes judiciais e o modelo per curiam de construção deliberativa e democrática de julgamentos em cortes e tribunais

Ricardo Tinoco de Goes 514



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 25. Núm. Extraordinario (2024), pp. 09-11
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

MEMÓRIAS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE.

Foi com imensa alegria que recebi o honroso convite para fazer o resgate histórico do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, representando um marco de memórias para a comemoração dos **25 anos** de existência desse Programa de Pós-graduação, por meio da **Edição Especial da Revista Cadernos de Direito Actual, Qualis A1(2017-2020)**.

Nesse sentido, tenho a honra de apresentar e prestar homenagens a todos aqueles que contribuíram para a criação e consolidação do Programa de Pós-graduação em Direito, bem como as autoridades administrativas que prestaram o seu apoio para a construção e funcionamento do Núcleo de Graduação e Pós-graduação em Direito da UFRN.

Ressalto inicialmente a importância do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRN. O programa tem sua origem em 1996, com a criação e implementação de um Curso de Mestrado Interinstitucional em Direito (Minter), em convênio com o Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, o qual teve a missão de coordenar representando a Instituição receptora-do Curso, a UFRN.

Nesse Curso foram titulados 10 (dez) mestres, todos pertencentes ao corpo docente do Curso de Direito da UFRN. O seu sucesso foi total, tanto na qualidade das pesquisas, quanto na qualidade da formação dos nossos mestres, que hoje são doutores e integram o nosso Programa de Pós-graduação.

Essa primeira experiência de Pós-graduação, chancelada pela Universidade Federal de Pernambuco, permitiu gerar condições para o desenvolvimento da pesquisa no Curso de Direito, e assim em 1997, foi criada a BASE DE PESQUISA EM DIREITO ESTADO E SOCIEDADE, da qual fui coordenadora, visando construir o núcleo gerador de um Programa de Pós-graduação em Direito na UFRN.

Foi um período recheado de desafios, mas acima de tudo, abarcado pela crença de um projeto sendo construído, capaz de retirar o Curso de Direito da UFRN de dentro de si e levá-lo à comunidade científica.

Vale salientar que, durante todo este período de luta pela criação e consolidação do Programa de pós-graduação em direito, tivemos sempre o apoio **do Reitor** da UFRN na época, o prof. doutor JOSÉ IVONILDO DO RÊGO, o qual financiou o Mestrado Interinstitucional com recursos da Reitoria.

Ressalto de forma especial, a valiosa e imprescindível colaboração dada pelo professor doutor PAULO LOPO SARAIVA, que ministrou aulas, orientou alunos no MINTER e participou de todas as atividades de criação do Curso de Mestrado em Direito da UFRN.

Destaco ainda e agradeço a participação do prof. doutor Yanko Marcius de Alencar Xavier, que sempre esteve presente nos momentos mais difíceis, seja na criação, seja na

consolidação do PPGD/UFRN. Lembrando que o prof. Yanko como coordenador do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis-PRH/ANP/MCT nº 36, foi pioneiro ao fomentar bolsas de pesquisa para os mestrandos e graduandos, além de promover a produção científica de alto nível no corpo discente do PPGD, por longos anos! Relembro que o professor Yanko foi coordenador do PPGD/UFRN em várias gestões, com muita competência e dedicação.

Acredito sempre, que o reconhecimento àqueles que são pioneiros em qualquer feito, deverá ser enaltecido. Por isto faço esse registro destinado aos que não conhecem a história do PPGD, como também aos que não reconhecem o valor e a dedicação dos nossos decanos. E os referidos professores merecem este reconhecimento em público.

Continuando o histórico do Programa, após várias tentativas de aprovação do seu projeto de Mestrado, finalmente em **01/01/2003**, o Programa foi credenciado pela CAPES/MEC, com o conceito 03.

Desde então, todos os marcos alcançados na atualidade do PPGD-UFRN são o resultado de um trabalho realizado por muitos docentes e pesquisadores comprometidos com a Ciência do Direito, permitindo assim, a sua consolidação como um espaço de excelência e contribuindo de forma exitosa para o desenvolvimento da Pós-graduação em Direito no Brasil.

É necessário também resgatar a gênese do prédio do Núcleo de Prática Jurídica e Pós-graduação em Direito-**NPJ/PPGD da UFRN**. A sua construção, é oriunda de dois pleitos, sendo um feito pelo prof. Jair Eloi de Sousa na época, Coordenador do Curso de Direito e o outro feito por mim, como coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito. Em 2005, ambos clamávamos por um espaço físico apropriado para o atendimento das necessidades impostas pelas atividades inerentes à prestação de uma prática jurídica eficiente, como também uma pós-graduação que atendesse às exigências da CAPES/MEC.

Vale lembrar que o reitor Ivonildo Rego imprimiu todos os esforços para atender nossos pleitos e acredito que, sabiamente ele encontrou a solução apropriada, que foi a de construir um prédio que contemplasse os dois pedidos, demonstrando assim o seu compromisso com o fortalecimento do Curso de Direito, e o reconhecimento da sua real importância para o desenvolvimento jurídico e científico da Região Nordeste e consequentemente do Brasil.

Ao professor Ivonildo, seremos eternamente gratos pelo apoio que nos foi dado, seja no plano acadêmico, na luta por vagas para a criação da nossa Pós-graduação, seja no plano administrativo, com a construção do **NPJ/PPGD**, durante todas as suas gestões na nossa Universidade.

Registro também muito agradecida, o apoio recebido da Pró-reitoria de Pós-graduação da UFRN, desde a gestão da Pró-reitora Edna Maria da Silva, a qual deu todo o suporte para a criação e consolidação do PPGD. Posteriormente tivemos a honra de contar com o apoio integral do nosso Pró-reitor atual, prof. doutor Rubens Maribondo, que jamais deixou de atender a nenhum pleito do Programa.

Sou também imensamente grata ao Programa de Pós-graduação em Direito, representado por todos os DOCENTES E DISCENTES, que tive o privilégio e a satisfação de implantar e coordenar por várias gestões. Sem a colaboração e dedicação de todos os seus membros, o Programa não teria logrado êxito na sua consolidação.

Durante os períodos que coordenei o PPGD destaco algumas realizações que considero relevantes e vale a pena lembrar, são elas:

- Criação da Primeira Base de Pesquisa do Curso de Direito denominada DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE em 1997, visando a construir o núcleo gerador do Programa de Pós-graduação em Direito na UFRN;

- Luta permanente pela obtenção de vagas docentes para o Programa, junto à Pró-reitoria de Pós-graduação; (Sempre foram atendidas);

Prólogo

- Luta permanente pelo aumento do número de bolsas de pesquisa para os mestrandos;
- Incentivo à produção científica exigida pela CAPES, por meio das publicações e apresentações em eventos;
- Criação de vários Convênios Locais, Nacionais e Internacionais;
- Criação de três Mestrados Interinstitucionais, sendo o primeiro com a Universidade do Estado do Rio Grande do Norte-UERN – de 2010 a 2012, onde foram formados 25 mestres para a UERN; o segundo com a Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte-ESMARN – de 2012 a 2014, foram formados 17 mestres para a ESMARN; e o terceiro, com o Ministério Público do Rio Grande do Norte, de 2014 a 2016 onde foram formados 17 mestres para o Ministério Público do RN;
- Criação do Convênio com a Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte e PPGD/UFRN, para implantar o Programa de Residência Judicial na ESMARN em 2013. Esse Programa tem como objetivo principal inserir seus residentes em ambientes e atividades reais no Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que promovem a capacitação dos mesmos, em nível de pós-graduação *lato sensu*;
- Destaco ainda como atividade relevante no PPGD, a minha participação na Comissão de Avaliação Trienal-2013 na Área de Direito da CAPES/MEC, sempre defendendo a situação do Programa e lutando pela melhoria do CONCEITO DO PPGD na avaliação da CAPES.

Por todas estas razões, sinto-me orgulhosa e envaidecida, por fazer esse resgate de memórias do PPGD-UFRN e apresentá-lo, ao público leitor, aos acadêmicos, aos pesquisadores, aos professores e cientistas do Direito. Como professora aposentada da UFRN e ex-Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito, não vejo como não considerar esta **Edição Especial da Revista Cadernos de Direito Actual**, mais um símbolo da grandeza e da pujança atingidas pelo Programa de Pós-graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Quando disse orgulhosa, foi pela Universidade, e envaidecida, foi por mim mesma, por saber que, nesta obra, registro e perpetuo o nome do Programa de Pós-graduação em Direito, honrada em apresentá-la, pelo muito que há de ser conhecida, usada e admirada.

Resta-me felicitar vivamente o coordenador atual do PPGD-UFRN, Professor Doutor Thiago Oliveira Moreira, por empreender a edição dessa **Obra Especial**, na certeza de que continuará lutando, com sua competência e esforço acadêmico, pelo fortalecimento e divulgação do conhecimento científico do PPGD da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Natal, outubro de 2024.

MARIA DOS REMEDIOS FONTES SILVA
Professora Titular da UFRN



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** N° 25. Núm. Extraordinario (2024), pp. 12-32
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

The management of Limited Liability Companies in Brazil

La administración de sociedades limitadas en Brasil

Marcelo Lauar Leite¹

Federal University of Semi-arid

Sumario: 1 Introduction. 2. Fundamentals of Company Management. 3. Management acts and disposal acts. 3.1 Content of management acts. 3.1.1. Operative management. 3.1.2 Business management. 3.1.3 Company management. 3.1.3.1. Duty of information. 3.1.3.2. Duty of care. 3.1.3.3. Duty of loyalty. 4 Closing remarks.

Resumen: La previsibilidad y la seguridad jurídica de las actividades humanas son objetivos implícitos en cualquier Estado Democrático de Derecho. Estos valores son buscados aún más en la protección del Derecho Fundamental a la Libertad Económica, tutelado por la Constitución brasileña, principalmente en su artículo 170, título, y secundariamente, en numerosos actos normativos primarios y secundarios. Paralelamente a la regulación nacional, los asuntos comerciales a menudo se caracterizan por necesidades e intereses globalizados. Este ensayo comparte los fundamentos, deberes y estructuras del órgano de administración de las sociedades limitadas brasileñas mediante una metodología descriptiva basada en la doctrina y la jurisprudencia. El objetivo era dotar a los investigadores extranjeros de mejores condiciones de información para el desarrollo de estudios en Derecho Comparado.

Palabras clave: Derechos Fundamentales. Libertad de Iniciativa Económica. Administración. Sociedades limitadas brasileñas. Derecho Comparado.

Abstract:

Predictability and legal certainty of human activities are implicit objectives in any Democratic State of Law. These values are further sought when protecting the Fundamental Right to Economic Freedom, safeguarded by the Brazilian Constitution, primarily in its Article 170, heading, and secondarily, in numerous primary and

¹ Lawyer. Adjunct Professor at the Federal University of Semi-Arid (UFERSA, Brazil). Doctor in Business Law from the Faculty of Law of the University of Coimbra (FDUC, Portugal). Master's and Bachelor's degrees in Law from the Federal University of Rio Grande do Norte (UFRN, Brazil). Researcher at the Institute of Legal Research (UCILER, Portugal). Researcher at the "Empresa, Consumo y Derecho" Research Group (University of Coruña, Spain). Leader of the "Law, Economics and Markets" Research Group (DIREM/UFERSA). Deputy Editor of UFERSA'S Law Review. Former Visiting Researcher at University of Montreal (UdeM, Canada).

secondary normative acts. In parallel with domestic regulation, business matters are often characterized by globalized needs and interests. This essay shares the fundamentals, duties and structures of the management body of Brazilian limited companies through a descriptive methodology based on doctrine and jurisprudence. The objective was to provide foreign researchers with better information conditions for the development of researchs in Comparative Law.

Keywords: Fundamental rights. Economic Freedom. Brazilian Limited Liability Companies. Management. Comparative Law.

1. Introduction

Predictability and legal certainty of human activities are implicit objectives in any Democratic State of Law. These values are further sought when protecting the Fundamental Right to Economic Freedom², safeguarded by the Brazilian Constitution, primarily in its Article 170, heading, and secondarily, in numerous primary and secondary normative acts.

In parallel with domestic regulation, business matters are often characterized by globalized needs and interests. Therefore, Comparative Law gains unparalleled relevance, and the issues inherent to the theme of this study – company or corporate governance – are clear examples of this. The *business judgment* rule, the duties and rules of conduct of the management body of business companies are regulated by countless legal systems, usually created and reformed based on transnational dialogues and investigations that allow influences, considerations and harmonization of relevant solutions in a field strictly cosmopolitan.

In this essay, I share the fundamentals, duties and structures of the management body of Brazilian limited liability companies, a model that accounts for an impressive 95% of the commercial market registries in activity³ in the country that occupies the ninth position of the worldwide economy and the largest Latin American economy⁴. I hope that the information provided below will be useful for foreign researchers in order to be able to develop research in the field of Comparative Law.

2. Fundamentals of company management

The management is a necessary and permanent organ because, without it, the legal entity, as an abstract entity, does not act or can accomplish the purposes for which it was created. Its *internal* task is to manage and organize company and the enterprise attached to it; *externally*, it is up to it to exercise the power of presentation arising from the constitutive act or from social deliberation⁵.

² LEITE, M. L. "Descortinando um direito fundamental: notas sobre a livre iniciativa", *Revista Digital Constituição E Garantia De Direitos*, 6(02), 2014, Recuperado de <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/5795>.

³ PAINEL MAPA DE EMPRESAS. Available at: <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/mapa-de-empresas/painel-mapa-de-empresas>>. Updated on April 10, 2024. Accessed on April 10, 2024.

⁴ By Gross Domestic Product – THE WORLD BANK DATA: GDP. Available at: https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD?most_recent_value_desc=true. Accessed on 9-2-2024.

⁵ Brazilian Civil Code (CC)

The *presentation* should not be confused with the *representation*. The representative is a person authorized to declare his own will on behalf of another person, with a different legal sphere, focusing on the latter the effects of that declaration⁶. The organ does not represent; it presents itself⁷ - hence speaking of an *organic relationship* -, its existence being essential for company to manifest itself⁸.

Although the legal entity may grant powers of representation - when, for example, it constitutes a lawyer -, the management has powers that result from its investiture. Its manifestation does not correspond to that of a third party speaking by someone else, as occurs in a relationship between principal and principal, but, rather, to the legal entity itself figuring and attaching itself in the exercise of its legal personality. Indeed, it is not the management that acts in behalf of the company, but the company that manifests itself by its managers⁹.

3. Management acts and disposal acts

For the management to work, the presence of managers chosen by the contracting partners is required¹⁰. It is up to the manager to make decisions that do not represent social deliberations, that is, decisions that require, by law or contract, the call of the partners in a meeting or assembly. Naturally, the manager would not be able to perform his duties properly if he had to report to all partners before concluding any business deals, e.g., the purchase of a new computer. What is required, however, is attention to the need for social deliberation when the matter to be decided is logically incompatible with the management decision or when it can effectively change the legal and economic structure of company, as it will be seen below.

The actions and omissions of the manager's competence are called *management acts*, the internal and external contents of which have already been mentioned above¹¹. In turn, those destined for social deliberation are considered *acts*

Article 47. The acts of the administrators are binding on the legal entity, exercised within the limits of its powers defined in the constitutive act.

In doctrine, see NAVARRINI, U., FAGGELLA, G. *Das sociedades e das associações comerciais*, v. 1, Rio de Janeiro, José Konfino Editor, 1950, p. 421; REQUIÃO, R. *Curso de Direito Comercial*, v. 1, 29, ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 575; RIZZARDO, A. *Direito de empresa*, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 215; OTAEGUI, J. C. *Administración societaria*, Buenos Aires, Ábaco, 1979, p. 162; MARTORELL, E. E. *Sociedades de responsabilidad limitada*, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 238-239, 245; HALPERÍN, I. *Curso de derecho comercial*, Atualizado por Guillermo Cabanellas, 5, ed. Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2010, p. 313-314; KULMAN, D. A. "Actos de administración y representación societaria: actos facultativos y obligatorios", In: *Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, Buenos Aires, v. 46, p. 65-79, 2013-B, p. 65.

⁶ FARINA, J. M. *Derecho de las sociedades comerciales*, v. 1, Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 359-360; FURTADO, J. H. P. *Curso de direito das sociedades*, 5. ed, Coimbra, Almedina, 2004, p. 342-344.

⁷ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*, Atualizado por Alfredo de Assis Gonçalves Neto, v. 49, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 166-170. In the same sense, Coutinho de Abreu speaks of "organic representation" - COUTINHO DE ABREU, J. M. "Vinculação das sociedades comerciais", In: *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, v. 2, Coimbra, Almedina, 2008, p. 1.214.

⁸ Unlike what happens with the representation, marked by the voluntary character - OTAEGUI, *Ob. Cit.*, p. 164.

⁹ FARINA, *Ob. Cit.*, p. 355.

¹⁰ BARBOSA FILHO, M. F. "Do direito de empresa", In: PELUSO, C. (org.), *Código civil comentado*, 2. ed, Barueri, Manole, 2008, p. 980.

¹¹ See what art. 259 of the Portuguese Commercial Companies Code (CSC):

of disposition¹², which include, among other matters indicated by law or in the social contract, the following¹³: (i) the approval of the management accounts; (ii) the assignment of the managers, when made in a separate act; (iii) the destitution of the managers; (iv) the setting of the remuneration of the partners and managers, when not established in the contract; (v) the amendment to the articles of association; (vi) the incorporation, merger and dissolution of the company, or the termination of the liquidation status; (vii) the appointment and destitution of liquidators and the judgment of their accounts; (viii) filing for bankruptcy or judicial reorganization; and (ix) the encumbrance or sale of real estate.

As it is possible to observe, acts of disposition do not necessarily imply the undoing or acquisition of patrimonial assets.

3.1 Content of management acts

3.1.1 Operative management

Managers are responsible for the operational management of the company, that is, to carry out the activities that constitute the company object. The object is the limiting factor of the management function, indicating where the social assets and the exercise of the company should be applied¹⁴. It does not extract individually measurable actions or acts, but rather a complex list of interconnected activities that enable its direct achievement - e.g., acquisition of raw materials, products in preparation or finished, resale goods, etc. - or indirect - e.g., expenses with commercialization, research and development, publicity and advertising, taxes and amortizations.

Compliance with operative management therefore implies the purchase and sale of exchange goods, which are generally consumed in the productive process or in the sale of goods or services¹⁵.

When the managers go beyond the practice of the operational management acts that they are responsible for, they act with excess or misuse of power. The prohibition to act due to excess or misuse of power is not directly provided by the rules specific to the limited liability company. However, regardless of whether the supplementary regulation is that of the normative framework of simple or anonymous societies, it is certain that the parameters are similar. In other words, the Brazilian legal system prohibits¹⁶ the company manager from practicing acts that go beyond or deviate from the powers that were constituted by the constitutive act, clearly *adopting the theory of ultra vires acts*.

3.1.2 Business management

The manager is also responsible for the organization, conservation and development of the company underlying the limited liability company¹⁷. To this end,

Article 259 - Management competence

Managers must perform the acts that are necessary or convenient for the accomplishment of the corporate purpose, respecting the resolutions of the partners.

¹² OTAEGUI, *Ob. Cit.*, p. 60; VILLEGAS, C. G. *Sociedades comerciales*, t. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1997, p. 456-457.

¹³ The content of arts. 1.015, *caput*, and 1.071 do CC.

¹⁴ OTAEGUI, *Ob. Cit.*, p. 75; BRUNETTI, *Ob. Cit.*, p. 203.

¹⁵ KULMAN, *Ob. Cit.*, p. 68.

¹⁶ CC, arts 47 and 1.015; Corporations Law (LSA), art. 154.

¹⁷ KULMAN, *Ob. Cit.*, p. 69; OTAEGUI, *Ob. Cit.*, p. 88.

Otaegui¹⁸ identifies aspects that comprise the entrepreneurial management of company managers: (i) maintenance, renewal and increase of material and immaterial assets; (ii) hiring legally subordinate employees; (iii) contracting of service providers and suppliers; (iv) market concentrations; and (v) making investments.

Entrepreneurial management allows the manager to organize the company technically and economically¹⁹. His power of direction gives him the discipline of work per se. More than hiring and firing employees, it is management duty to regulate issues such as time and place of work, activities developed, use of uniforms, routines, quality control, safety and sanctions.

Aiming at a more efficient allocation of resources and the consequent reduction in transaction costs, it is up to the manager to decide to externalize productive aspects. In this sense, pacts are usually signed with third parties whose objects are key elements for the profitable exercise of the company, as occurs in the areas of transportation, storage, commercial representation and security.

In turn, the commercial concentrations that are inserted in the business management refer to the link with other businessmen or business companies for lawful purposes - such as the formation of consortia²⁰, joint ventures²¹ and pools²². Through such associations, it is possible to obtain greater competitiveness in the market, whether collaborating for a specific enterprise, expanding a certain commercial sector, raising financing or integrating production processes²³.

The business management ordinarily contemplates the making of internal investments - consistent with the maintenance, renewal and increase of material and immaterial assets - and external. These refer to recipients who, although extra-social, are intended for the development of the company²⁴, as is the case with the acquisition of government bonds, debentures, bills of exchange, quotas in investment funds, among other means of capitalization.

¹⁸ *Ob. Cit.*, p. 89. In this context, Coutinho de Abreu talks about the organization of productive means, the size and location of the company, strategic or fundamental decisions about long-term business objectives, business policies for production, distribution, personnel and financing, among other activities. Reputes it as the most relevant, that is, the company's management of the company - In: Corporate governance, *Ob. Cit.*, p. 40.

¹⁹ OTAEGUI, *Ob. Cit.*, p. 95.

²⁰ LSA, art. 278.

²¹ It is an associative contract by which resources or techniques are gathered in a venture of mutual interest, maintaining partners balanced or adjusted positions, through contribution in cash, goods or technology, or by the combination of material or immaterial assets - BITTAR, C. A. *Contratos comerciais*, 2. Ed, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1994, p. 214.

²² It occurs when several companies decide to maintain a common activity or service that serves all of them, such as a raw material purchasing office, telemarketing, technical assistance, etc. - NUSDEO, F. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 317.

²³ BITTAR, *Ob. Cit.*, p. 210-214.

²⁴ OTAEGUI, *Ob. Cit.*, p. 119.

In short, here is the development of the management (or business) process, which includes planning - strategic²⁵ and tactical²⁶; the organization - management²⁷, human resources²⁸, delegation²⁹ and (de) centralization³⁰; and leadership - authority³¹ and motivation.

3.1.3 Company management

Company management concerns the fulfillment of obligations and charges of company as a subject of law, as well as the legally correct functioning of the mercantile organization³². Examples of corporate management act as a subject of law are bookkeeping³³, registration³⁴ and presentation of company will as a whole, as, as seen, the actions and omissions of managers, as such, materialize in the conduct of the company itself.

At the same time, measures to satisfy the legally correct functioning of the mercantile organization are also included in corporate management. Here, the nuclei of duties to *information, care and loyalty* are considered.

²⁵ Designed for the long term and focused on the relationship between the company and its task environment, being subject to the uncertainty and unpredictability of environmental events. In an environment of uncertainty, it bases its decisions on judgment and discernment, and not on referential data or information, contemplating a high degree of subjectivity. It includes stages of objective determination, external environmental analysis, internal organizational analysis and formulation of alternatives (CHIAVENATO, I. *Administração: teoria, processo e prática*, 4. ed, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 142-143).

²⁶ Permanent and continuous, it is always looking towards the future, concerned with the rationality of decision making. For this reason, it is always changeable due to corrections and adjustments, configuring itself as a cyclical resource allocation technique. It includes steps for defining and diagnosing problems, looking for more promising solutions, analyzing and comparing alternative solutions and selection and choosing the best alternative as an action plan (CHIAVENATO, *Ob. Cit.*, p. 167-170).

²⁷ It covers the activities of coordination of activities, interpersonal communication and decision making (OLIVEIRA, D. *Introdução à administração: teoria e prática*, São Paulo, Atlas, 2009, p. 213).

²⁸ Broader than mere people management, it encompasses the stages of employment - needs determination, selection and recruitment -, development - evaluation, performance, training, promotion and transfer -, utilization - measure of efficiency and effectiveness and termination -, compensation - a study of the position / salary ratio, payment of remuneration and other benefits - and maintenance - advice, guidance, safety and hygiene (KWASNICKA, E. L. *Introdução à administração*, 6. ed, São Paulo, Atlas, 2009, p. 186).

²⁹ Assignment to someone with formal authority to carry out specific activities. This process, which starts from superiors to inferiors, is essential for the business organization. When done right, it leads to better decisions - since subordinates closest to the front line usually have a clearer view of the facts - and faster - because valuable time is wasted when subordinates constantly need to check on superiors before making (STONER, J. A. F.; FREEMAN, R. E. *Administração*, 5. ed, Traduzida por Alves Calado, Rio de Janeiro, LTC, 1994, p. 260-261).

³⁰ The higher the level of delegation, the more decentralized the business organization is; the smaller, the more centralized (STONER and FREEMAN, *Ob. Cit.*, p. 267).

³¹ Not from a formal perspective (leadership), but the ability to conduct actions or influence the behavior and mentality of other people. It is not always possible to find it in an administrator (MAXIMIANO, A. C. A. *Teoria geral da administração: da revolução urbana à revolução digital*, 7. ed, São Paulo, Atlas, 2012, p. 282-283).

³² OTAEGUI, *Ob. Cit.*, p. 139; KULMAN, *Ob. Cit.*, p. 78-79; COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais*, *Ob. Cit.*, p. 42, referring to the management of the company itself.

³³ CC, art. 1.179.

³⁴ CC, art. 1.150.

3.1.3.1 Duty of information

The duty of information - of the managers - is linked to the right to information - of the partners. These must be guaranteed the possibility of effective knowledge about the way in which social business is conducted and about the state of company³⁵. For this reason, the exercise of management needs to be transparent, giving credibility and security about the fairness of the deals concluded and the practices adopted. In view of this need, in order to standardize and regulate the accountability of social management, reconciling it with the shareholders' right to information, the manager must prepare, at the end of each financial year, the inventory, the balance sheet and the balance sheet of the limited company's economic result³⁶, according to the command inscribed in art. 1,065 of the CC³⁷. With these documents, there is a clearer economic-financial overview of company activities, facilitating consultation and allowing other shareholders to have a minimally based assessment of management decisions.

Even with the formal consistency of the accounting documents, it is possible to detect flaws in the rendering of accounts, such as the diversion of resources, the evasion of revenues and the simulation of expenses³⁸. Addition becomes even more transparent in the absence of accountability.

In addition to this active / spontaneous obligation, the company management must be attentive to the passive / tax duty to provide information to any partner, regardless of capital participation³⁹, when the latter so requires. The weight of this last obligation is such that Raul Ventura⁴⁰ goes so far as to say that this prerogative should be described as "the partner's right to have, at his request, information provided by managers", remembering that information can both mean the knowledge of a fact as well as access to the medium to get to know him.

The prerogative of the partners to demand the provision of information by the manager - and the corresponding duty of the latter to provide it in the company management - has at least three grounds. Firstly, the ownership of a shareholding in the company by the shareholder gives it the right to know how its capital is being managed. Second, the exercise of personal rights, such as voting and demonstration

³⁵ LABAREDA, J. "Direito à informação", In: IDET (Org.), *Problemas do Direito das sociedades*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 127.

³⁶ The inventory is an exhaustive and meticulous list of both goods for permanent use and those destined for processing or commercialization, making up a consolidated list with the evaluation of each of its items; the balance sheet contains, considering the date of the calculation, the complete equity situation of the legal entity, quantifying and discriminating, in accounting categories, assets and liabilities, including all existing credits and debts; finally, the balance of economic results corresponds to a statement of profits and losses earned during the year, an essential instrument so that it is possible to deliberate on the allocation of such amounts, which, respecting the provisions of the articles of association, should be addressed, forming or extinguishing reserves and distributing gains or losses (BARBOSA FILHO, *Ob. Cit.*, p. 952-985.). STJ, REsp n.º 332.754, published in 18-2-2002.

³⁷ BARBOSA FILHO, *Ob. Cit.*, p. 984;

³⁸ COELHO, *Curso de direito comercial*, v. 2, *Ob. Cit.*, p. 391-392.

³⁹ MARTINS, A. de S. "Direito à informação: arts. 214º e 215º", In: COUTINHO DE ABREU, J. M. (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, v. 3, Coimbra, Almedina, 2011, p. 295; TORRES, C. M. P. *O direito à informação nas sociedades comerciais*, Coimbra, Almedina, 1998, p. 126.

⁴⁰ VENTURA, R. *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais: sociedade por quotas*, v. I, 2. Ed, Coimbra, Almedina, 1989, p. 280;284. Treating the right to information as subjective, of which the partner is a credito.

rights, requires knowledge about the actions of the management⁴¹. Finally, this right / duty is useful for the control of management, serving both to deter illicit acts and to stimulate their performance to their satisfaction⁴².

In fact, the free and enlightened exercise of private autonomy - from which contracts in general derive - presupposes minimal freedom and discernment, which require information, especially at the company level⁴³. Although the right to information is much broader than controlling purposes, Brazil recognizes the quota holders' right to inspect⁴⁴ the management of the company whose assets partially belong to it. Such permission, which dates back to the Commercial Code of 1850⁴⁵, can be seen today from articles 1,021 of the CC and 157 of the LSA.

In addition, there is nothing to prevent the articles of association from regulating the right to active and passive information of consortia, restricting matters or setting deadlines⁴⁶, binding company management regarding such compliance⁴⁷. In any case, neither the restriction nor the exercise of this right can take place in an abusive manner⁴⁸, being certain that a balance must be found between the quota holders' right to access company information, the social interest in the confidentiality of certain issues and the development management exercise without exaggerated

⁴¹ VENTURA, *Ob. Cit.*, p. 282-283; 300 [(...) the right to information belongs to the partner in order to be able to validly express his vote, for logical necessity before legal necessity and regardless of the express recognition of the legislator; a German lawyer (Zolner) claims that, without knowledge of facts relevant to a decision, the vote is theater or game of chance].

⁴² LABAREDA, *Ob. Cit.*, p. 129.

⁴³ VASCONCELOS, P. P. de. *A participação social nas sociedades comerciais*, 2. ed, Coimbra, Almedina, 2006, p. 203-204; LABAREDA, *Ob. Cit.*, p. 128-129.

⁴⁴ What is treated here as a genus and species is perceived, in Italy, as distinct points: right to information, while obtaining news about the progress of corporate management; right to inspection, as direct control not mediated by the administrator - FERNANDEZ, G. "I diritti di controllo del socio nella s.r.l. e l'autonomia privata", In: *Rivista di Diritto Societario*, Torino, p. 826-854, 2012, p. 830; BUTA, G. M. "I diritti di controllo del sócio di s.r.l.", In: ABBADESSA, P. e PORTALE, G. B. *Il nuovo diritto delle società*, v. 3, Torino, UTET Giuridica, 2007, p. 593-596; ANGELIS, L. "Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata", In: *La riforma del diritto societario svoltosi, Incontro di Studio per iniziativa del Consiglio Superiore della Magistratura*, Roma, fev-2003, p. 13; PARRELA, F. "Articolo 2476", In: SANDULLI, M. e SANTORO, V. *La riforma delle società*, t. 1, Torino, G. Giappichelli Editore, 2003, p. 124-126.

⁴⁵ See the revoked art. 290; FERREIRA, *Ob. Cit.*, p. 153.

⁴⁶ CORREIA, A. F.; XAVIER, V. L.; COELHO, M. A.; CAIERO, A. "Sociedades por quotas de responsabilidade limitada: anteprojecto de lei - 2ª redacção e exposição de motivos". In: *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, ano III, n. 2, p. 349-423, jul-dez 1977, p. 421; TORRES, *Ob. Cit.*, p. 152.

⁴⁷ CUNHA, P. O. "O poder dos sócios". In: COELHO, F. U.; RIBEIRO, M. F. (coord.). *Questões de direito societário em Portugal e no Brasil*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 212; VENTURA, *Ob. Cit.*, p. 285; MARTINS, *Ob. Cit.*, p. 297. Tratando dos limites dessa restrição contratual, see LABAREDA, *Ob. Cit.*, p. 133-134.

⁴⁸ Abuse is censored by Brazilian Law - CC, art. 187.

disruption⁴⁹. In this sense, Oliveira Ascensão⁵⁰ recalls that the right to information cannot imply a general debauchery of company life, harming, for example, the success of ongoing negotiations. On the other hand, its content is broad to the point of focusing not only on acts already practiced, but also on those whose practice is expected a posteriori⁵¹.

There is no form or term prescribed by law for the provision of passive information. Thus, although it can be done verbally⁵², the degree of intra-company animosity may recommend caution to do so in writing. Likewise, company management may excuse the immediate provision of certain information when it is not possible to deliver it, either due to lack of knowledge or due to the lack of time to consult with momentarily inaccessible elements⁵³. Questions about biases in this aspect of company management certainly lack a thorough analysis of the complexity of information required, the data available to the manager and his responsibility or not to have them.

It must also be said that the manager cannot hinder without just reason that the exercise of the right of inspection by the partners occurs through third parties - e.g., lawyers or agents in general -, nor that copies or annotations are made on documents of interest of the quota holder⁵⁴. On the other hand, the consultation must be carried out at the management headquarters of the company, and the partner cannot demand that the original documents be transported by himself or others to a different place⁵⁵.

⁴⁹ SILVA, E. R. M. N. *Um estudo sobre a possibilidade e os limites da conformação estatutária e parassocial do direito à informação nas sociedades anônimas de capital aberto* (Master's Dissertation), Coimbra, FDUC, 2014, p. 125; COX, J. D.; HAZEN, T. L. *On corporations: including unincorporated forms of doing business*, v. 2., 2. Ed, New York, Aspen Publishers, 2003, p. 720; VASCONCELOS, *Ob. Cit.*, p. 204-205; 212-216; VENTURA, *Ob. Cit.*, p. 313-315; TORRES, *Ob. Cit.*, p. 152-154; 220-223; MARTINS, *Ob. Cit.*, p. 306 (*There will be no reason to refuse to provide information if it is only to be feared that the partner will use the information for purposes outside the company but it is not to be feared that such use would cause harm to the company. And, on the other hand, refusal will not be lawful if it is only to be feared that the use of the information will cause harm to society and it is not to be feared that the information will be used for purposes outside the society*).

In any case, it seems opportune for the proposed consideration that the partner, whenever possible, justifies his request for information. As Raul Ventura teaches (*Ob. Cit.*, P. 291), although the justification is not necessary, it should be done for certain purposes.

⁵⁰ ASCENSÃO, J. O. *Direito comercial*, v. 4., Lisboa, S.E., 2000, p. 320.

⁵¹ TORRES, *Ob. Cit.*, p. 154-155. In the United States, the Delaware Limited Liability Companies Act (LLCA) deals interestingly with the duty / right to information in the course of company management. By its § 18-305, although any partner is guaranteed the right to obtain from the company, in reasonable time, true and complete information about the state of the business, financial condition, tax and registration issues, among other points, the manager keeps confidential, for the period of time that he considers reasonable, any information that he believes is not of social interest to its disclosure, including in view of the shareholders themselves.

⁵² VENTURA, *Ob. Cit.*, p. 294.

⁵³ VENTURA, *Ob. Cit.*, p. 305.

⁵⁴ COX and HAZEN, *Ob. Cit.*, p. 729-730.

⁵⁵ VENTURA, *Ob. Cit.*, p. 295.

3.1.3.2 Duty of care

Brazilian law⁵⁶ requires that the manager of the limited liability company, in the exercise of his duties, act with the care and diligence - duty of care - that every active and honest man usually employs in the management of his own business. For this reason, the legislator took preventive care to prohibit⁵⁷ company management by those convicted of bankruptcy, malfeasance, bribery or bribery, concussion, embezzlement; or against the popular economy, against the national financial system, against the rules of defense of competition, against consumer relations, public faith or property, while the effects of the condemnation endure.

This rule is inspired by the Brazilian Commercial Code, whose already revoked art. 88-4 foresaw that the cheaters and managers of deposit warehouses would be obliged to keep in good care the goods they received, and to monitor and ensure that they did not deteriorate or leak being liquid, doing for that purpose, on account of whom belong, the same diligences and expenses that they would do if their own were. In Comparative Law, the duty of care is frankly disseminated, provided, among other provisions, by arts. 64 of the Portuguese Commercial Companies Code; 225, of the Spanish Capital Companies Act; 83, of the Uruguayan Corporate Law (LSUru); 59 of the Argentine Corporate Law (LSArg); 2392 of the Italian Civil Code; and § 8.30 of the American Model Business Corporation Act.

The negligence of the manager with the duty of care can generate the claim of his responsibility in favor of company or third parties, by express provision of art. 1,016 of the CC. In view of this, the abstraction of its content can generate severe disputes between partners and managers in times of economic crisis, when negative results do not necessarily result from the managers' negligence. This risk situation deserves due attention by the judge-state, avoiding that a manager unsuccessful due to bad circumstances will be unduly held responsible.

Thus, it seems to be a good idea that, in order to assess the (in) existence of the expected care and diligence, parameters such as the company object, the dimension of the enterprise, the time for decision-making, the nature of the act to be performed, manager's roles, experience and academic background are taken into account⁵⁸. In fact, the assessment of the degree of due diligence can only be done concretely, which is why the current and foreign standards only deal with subjective / ideal referential criteria⁵⁹ - e.g., "active and honest", "good businessman", "Ordered businessman" and "judicious manager"⁶⁰.

Assuming these variables, the objective is the case-by-case assessment of the sub-duties that make up the duty of care, namely: (i) exercise to the satisfaction of the position; (ii) compliance with any company procedure or rule of conduct; and (iii) apparently reasonable decision-making. The metrics for such measurements can be

⁵⁶ CC, art. 1,011; LSA, art. 153 (in this case, if this is the supplementary legislation chosen by the partners in the articles of association).

⁵⁷ CC, art. 1.011, single paragraph; LSA, art. 147, § 1º.

⁵⁸ COX and HAZEN, *Ob. Cit.*, p. 491-493; COUTINHO DE ABREU, J. M. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2. Ed, Coimbra, Almedina, 2010, p. 19.

⁵⁹ VENTURA and CORREIA, *Ob. Cit.*, p. 95;99; BAUMAN and STEVENSON JR., *Ob. Cit.*, p. 783.

⁶⁰ Clairvoyant that the management of a startup focused on medical-surgical software requires different responsibilities than those of a florist; a supermarket demands higher levels of diligence than a grocery store; decisions involving negotiations that require immediate responses are less likely to conform to company expectations compared to those made with weighted assessments; financial managers do not assume that care is identical to that of executive directors; and, finally, it is expected that managers with full academic and professional curricula will not make mistakes that are just for recent graduates.

defined in social deliberation or, still, derive from the uses and customs typical of the mercantile activity⁶¹.

A) Exercise to the satisfaction of the position and the duty of oversight (or duty of attentiveness)

It has been well seen that company management demands different attributions of internal and external orders. A manager who, tasked with such tasks, does not take surveillance measures regarding the work of his subordinates, or fails to supply the essential inputs to achieve the company purpose, is potentially being careless or negligent. A relevant part of the exercise to the satisfaction of the company management function is in the duty of superintendence, a genre that encompasses not only the inspection of personnel, but also the supervision of business progress and the monitoring of legal compliance in company complexity.

In effect, managers need a minimally acceptable understanding of the company's business, familiarizing themselves with its fundamentals and keeping themselves informed about company activities⁶². Obviously, unless expressly assigned in this sense, this does not mean a detailed inspection of the daily activities of company, as the manager cannot be seen as a kind of omnipresent guardian angel, but it is up to him, however, to monitor the acts and facts in general company interests.

In any case, for the purposes of civil liability, no limited company or manager may be exempt from an act practiced by its employees alleging that they are difficult to monitor or supervise⁶³. In this sense, the Brazilian consumer⁶⁴ and corporate⁶⁵ laws describe the joint and several liability of the legal entity and the manager.

At the same time, managers must be constantly aware of the company's financial situation⁶⁶. It is an imperative caution for making economically sensible decisions based on a sufficient capital base to prevent company from being overthrown.

Unlike the risks inherent in positive decision making, failures in the exercise of duty of oversight will normally be linked to negative postures, consistent with abstention. Therefore, for example, a manager who fails to demand from his subordinates the fulfillment of a certain goal defined by the consortia violates the duty of superintendence; it does not do so, it omits itself in relation to what should have been done.

⁶¹ COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, *Ob. Cit.*, p. 19; LLEBOT, J. O. "Deberes y responsabilidad de los administradores", In: ROJO, A.; BELTRÁN, E. (org.). *La Responsabilidad de los administradores*, Valência, Tirant lo blanch, 2005, p. 27-29; BAUMAN and STEVENSON JR., *Ob. Cit.*, p. 782;796 (*The duty of care is a duty that directors owe to act in the corporation's best interests and to exercise reasonable care in making decisions and in overseeing the corporation's affairs*).

⁶² BAUMAN and STEVENSON JR., *Ob. Cit.*, p. 795; O'KELLEY, C. R.T.; THOMPSON, R. B. *Corporations and other business associations*, New York, Wolters Kluwer, 2014, p. 88; LLEBOT, *Ob. Cit.*, p. 29.

⁶³ COX and HAZEN, *Ob. Cit.*, p. 502; 513.

⁶⁴ Consumer Protection Code, arts. 3º, 18 and 34.

⁶⁵ CC, art. 931 and 1.016.

⁶⁶ BAUMAN and STEVENSON JR., *Ob. Cit.*, p. 795.

B) Company conduct procedures or rules and corporate governance

Obedience to the internal rules of the enterprise⁶⁷ can also be relevant to the assumption of results technically or qualitatively desired by the limited company. Management malpractice would arise if such rules were not observed. For this reason, in addition to the duty of oversight, for which the manager acts as a supervisor of the activity of others, the duty registered here falls upon the manager himself.

This process of following the procedures and rules contained in the intra-company relationship is part of the corporate governance movement⁶⁸, especially in its most restricted sense, which emphasizes the relationship between the partners and the management under the so-called director's primacy approach. In the wake of Pedro Maia's lessons⁶⁹, for him, the core of corporate governance moves from the exercise of powers and control by and in favor of the partners towards the fulfillment of the duties of care and loyalty by managers and those focused on company.

In this sense, Arnaldo Wald⁷⁰ went on to state that corporate governance means the establishment of the rule of law in company headquarters, referring to the organization and dynamics of powers, the establishment of the proper definition of the governing bodies and the respective powers, rights and duties of the various shareholders and, in short, the regulation of its management structure.

Indeed, compliance with procedural rules (procedural duties) is inherent to duty of care. If the social contract, social deliberations or internal regulations of the limited company provide that the manager must render accounts more extensively than the one set out in the Civil Code, that command becomes mandatory and cannot be rejected by the latter. The duty of *compliance* was increased due to the autonomy of the will that sustains the freedom of initiative, its relentless fulfillment by the contractually instituted manager.

Although the *corporate governance* movement was conceived, structured and developed to serve public limited companies, there is nothing to prevent some of its facets from being transposed to limited companies, especially medium and large ones - which, although minority, exist. Therefore, instruments such as Manuals or Codes of Ethics can be adopted as guidelines for market management, and it is up to the members, in terms of internal control, to prevent them from becoming mere well-intentioned statements without practical effects⁷¹.

⁶⁷ It is in this sense that the topic of this topic is raised, differently from Coutinho de Abreu, when it refers to the duty of correct procedural action for decision making (Civil liability of company administrators, *Ob. Cit.*, P. 19-21). The duty in the form presented by the aforementioned Professor is framed in the exercise to the satisfaction of the charge.

⁶⁸ The Brazilian Institute of Corporate Governance (IBGC) defines it as the system by which organizations are directed, monitored and encouraged, involving the relationships between owners, the Board of Directors, the Executive Board and control bodies. In the Cadbury Report (1992), *corporate governance is the system by which companies are directed and controlled* - MAIA, P. *Voto e corporate governance: um novo paradigma para a sociedade anônima*, v. 1, (Doctoral thesis), Coimbra, FDUC, 2009, p. 710-711.

⁶⁹ *Ob. Cit.*, p. 711-713.

⁷⁰ WALD, A. "O governo das empresas", In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 15, p. 53-78, Jan-Mar 2002, p. 54-55.

⁷¹ BERGAMINI JUNIOR, S. "Controles internos como um instrumento de governança corporativa", In: *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 12, p. 149-188, dez 2005, p. 163.

C) Reasonable decision making and a business judgment rule

As for the reasonableness of the negotiation decision, caution must be exercised in the judicial control of management decision-making. The measure of this just precaution is the so-called business judgment rule, a rule born in the United States of America (USA) as a way of ensuring that conduct taken by managers in good faith, in the interest of the economic agent, is protected. It excludes the responsibility of managers and the syndicality of management choices that may prove to be erroneous or cause loss⁷².

A relevant factor in assessing the harmonious application of the disclaimer rule is the existence of information regarding the decision. As long as possible, the manager must take the necessary steps to gather the knowledge necessary to understand the fact under decision and its effects. The business judgment rule exists to protect the informed manager, given that uninformed decisions are equivalent to negligence⁷³, failing with a portion of the duty of care.

As it is known, magistrates are not subjected to management, economic or even business training. The Dantesque majority of judges who deal with business issues in Brazil are based in general civil courts⁷⁴. In addition, market decisions are commonly complex and carried out under conditions of uncertainty⁷⁵ or risk⁷⁶.

In this context, measuring the adequacy of managerial, logistical, marketing, quantitative and financial choices made by managers can be a tricky exercise. After a harmful event, already knowing the negative consequences of a certain management option - assumed in the contours of business risk -, it seems clearer that a decision opposed to the failure should have been manifested, making the

⁷² MCMILLAN, L. "The business judgment rule as an immunity doctrine", In: *William & Mary Law School Business Law Review*, v. 4, n. 521, Williamsburg, 2013, p. 526; RIBEIRO, J. C. L. "A transposição da business judgment rule para o regime da responsabilidade civil de administradores em Portugal e no Brasil", In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 937, p. 391-432, nov 2013, p. 409-411; O'KELLEY and THOMPSON, *Ob. Cit.*, p. 93.

⁷³ BLOK, M. *Business judgment rule: a responsabilidade dos administradores das sociedades anônimas*. In: *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, v. 46, p. 129-162, out-dez 2009, p. 135-137; MORAES, L. R. *Business judgment rule e sua aplicação no direito brasileiro e na apuração de responsabilidade dos administradores de companhias abertas em processos administrativos sancionadores*. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 60, p. 127-149, abr-jun 2013, p. 140-144; ALMEIDA, A. P. *A business judgment rule*. In: *I Congresso - Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, p. 359-372, mai 2011, p. 361.

⁷⁴ As ERIC POSNER says, "courts have trouble understanding the simplest of business relationships. This is not surprising. Judges must be generalists, but they usually have narrow backgrounds in a particular field of the law. Moreover, they often owe their positions to political connections, not to merit. Their frequent failure to understand transactions is well-documented. One survey of cases involving consumer credit, for example, showed that the judges did not even understand the concept of present value". (In: "A theory of contract law under conditions of radical judicial error", In: *University of Chicago Law School, John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n. 80, Chicago, 1999, p. 13).

⁷⁵ They occur when there is little or no knowledge or information to use as a basis for assigning probability to each state of nature or each future event. In extreme cases, it is impossible to estimate the degree of probability with which the event will occur - CHIAVENATO, *Ob. Cit.*, p. 171-172.

⁷⁶ They occur when there is enough information to predict the difference consequences, however, the quality of this information and its interpretation by the administrators can vary widely, so that each manager can assign different probabilities according to their belief or intuition - CHIAVENATO, *Ob. Cit.*, p. 172.

manager unwise. However, reaching such a conclusion would imply demanding from the manager a judgment of divination unrelated to the commercial reality.

Now, if the manager has to worry, day in and day out, about the responsibility of his unrelated decisions⁷⁷ and the possibility of his dismissal, there would be a system of complete aversion to risk and innovation. If there is a natural correlation between risk and return, there would be an inevitable decline in the limited company's profit prospects, which would generate a cyclical damage to the social and extra-social interests surrounding the economic agent. Furthermore, as António Almeida⁷⁸ points out, one of the fundamentals of the *business judgment rule* is the partners' own interest in the fact that managers do not refrain from making risky decisions that may lead to profitable operations.

Thus, limited rationality and asymmetric conditions recommend that the courts refrain from scrutinizing the merit of the management acts taken by the manager (abstention doctrine)⁷⁹. In this sense, art. 1,023 of the Bill that intends to institute a New Commercial Code in Brazil. According to him, the simple divergence regarding the conduct of business based, among other reasons, on a drop in revenues, complaints from consumers or customers or loss of business opportunities, does not in itself authorize judicial intervention.

However, it is appropriate to admit the existence, at the extremes, of areas of negative or positive certainty, in which it is feasible to have a conviction regarding the framework of the management choice in the field of reasonableness. Outside of that, the merit of the penumbra zone is unquestionable, and the pretension of holding the manager accountable in case of doubt, as far as the business judgment rule is concerned, is forbidden.

This attenuation is decisive. If, on one hand, the indistinct liability of the manager regarding the company would reduce business efficiency, on the other hand, his indistinct irresponsibility could imply excessive risks for the practice of opportunistic or negligent actions. For this reason, Bauman and Stevenson Jr⁸⁰ agree that the *business judgment rule* does not exonerate managers from liability when there is gross negligence.

In Brazil, the business judgment rule is provided for in arts. 158 and 159, paragraph 6, of the LSA, applicable to companies limited by supplementary or analogical incidence, depending on the case. In spite of this, very few judicial

⁷⁷ After all, decisions protected by the business judgment rule are those of a business nature. The violation of acts or precepts binding on the manager by law or contract is not covered by the criterion, under penalty of legal irresponsibility - VASCONCELOS, P. P. de. "Business judgment rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais", In: *Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, a. 1, v. 2, p. 41-79, 2009, p. 65.

⁷⁸ *Ob. Cit.*, p. 363.

⁷⁹ BAINBRIDGE, S. M. "The business judgment rule as abstention doctrine", In: *University of California, Law & Economics Research Paper Series*, n. 3-18, Los Angeles, 2003, p. 39; TOKARS, *Ob. Cit.*, p. 293; BLOK, *Ob. Cit.*, p. 135-137. In the jurisprudence, the Judge Fernando Vidal de Oliveira voted, in a process before the TJPR: "(...) the manager cannot be held responsible, simply because he is unsuccessful (sic) in his administration. If he did not exceed, nor deviate from his managerial (sic) and presentation powers, there will be no basis for imputing any responsibility to him. The bad luck, the alhea (sic), the tyranny of the circumstances (as Galbraith called them) surround business. And in countries like ours, with an unstable economy, there is still the 'fact of the prince' (in eight years, eight economic plans), suddenly transforming good deals into the right path even for the bankruptcy (...) - AC No. 155.378-0, judged on 1-6-2004.

⁸⁰ BAUMAN and STEVENSON JR., *Ob. Cit.*, p. 784; COX and HAZEN, *On corporations: including unincorporated forms of doing business*, v. 1, *Ob. Cit.*, p. 505.

decisions have dealt with the phenomenon, having found only one judgment of the TJSP⁸¹ that removed its incidence due to the bad faith of the manager who tried to cover himself up in the rule as a way of removing his responsibility. On the other hand, the Brazilian Securities and Exchange Commission (CVM) described what it called principles to be followed by the merchant manager to avoid judicial discussion of the merits of its decisions, *in verbis*⁸²:

(i) *Informed decision*: The informed decision is one on which the managers based themselves on the information reasonably necessary to make it. In such cases, managers may use information, analyzes and memos from directors and other employees, as well as from contracted third parties, as information. It is not necessary to hire an investment bank to evaluate an operation;

(ii) *Reflected decision*: The reflected decision is the one taken after analyzing the different alternatives or possible consequences or, still, in comparison with the documentation that underlies the business. Even if it fails to analyze a business, the business decision that led to it can be considered reflected, if, informed, the manager has decided not to analyze that business; and

(iii) *Disinterested decision*: The disinterested decision is one that does not result in a pecuniary benefit to the manager. This concept has been expanded to include benefits that are not direct to the manager or to institutions and companies connected to him. When the manager is interested in the decision, the standards of duty of loyalty apply⁸³.

3.1.3.3 Duty of loyalty

The management of a limited liability company must be exercised by those who can provide services in a probable manner, after all, the company presentation is given to this person. The quota holders, being inserted in a trust relationship, omit to take precautions and act by investing in an asset to be managed by others⁸⁴.

⁸¹ AC n.º 5431944900, published in 22-12-2008.

⁸² PAS n.º 2005/1443/RJ, published in 10-5-2005 – PRADO, R. N.; OLIVEIRA, F. V. "Investimento na acepção econômica e o dever legal de diligência dos administradores nas tomadas de decisão empresarial de investimento", In: LIMA, M. L. M. P. (coord.), *Agenda contemporânea: direito e economia, 30 anos de Brasil*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 201-202. In the same sense, TC No. 004,920 / 2015-5, judged on 4-11-2015.

⁸³ It is clear here that there is a very close point of contact between the duties of care and loyalty, making it difficult for a manager to benefit from the business judgment rule when he lacks parameters of good faith and loyalty - COX and HAZEN, *On corporations: including unincorporated forms of doing business*, v. 1, *Ob. Cit.*, p. 516-517.

⁸⁴ CORDEIRO, A. M. "A lealdade no direito das sociedades", In: *Revista da Ordem dos Advogados de Portugal*, a. 66, v. 3, dez 2006, p. 10-11; PARENTE, N. J. "O dever de lealdade do administrador e a oportunidade comercial", In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 54, p. 185-196, Out-Dez 2011, p. 188-189.

The same fiduciary bond is replicated for the relationship between company - to whom social interests are imputed - and its manager. Thus, the fiduciary position obliges you to put them ahead of your private interest, determining an impartial performance. This perspective is the basis for a series of expectations that must be met by the company manager. Among them are the preservation of social assets, deliberate abstention on a case-by-case basis, the prohibition of unfair commercial practices, the duty of confidentiality and the caution in the formation of contracts between him and company.

Correctly, Coutinho de Abreu⁸⁵ defines the duty of loyalty as the obligation for managers to keep the interests of company in mind and seek to satisfy them, refraining from promoting their own benefit or the interests of others. In this sense, the Brazilian legal system prohibits the manager, without written consent from the consortia, to apply credits or social assets for their own benefit, that of other companies or third parties⁸⁶. Likewise, it requires an abstention on the part of the manager who has a particular interest that conflicts with the social interest⁸⁷. In Comparative Law, the duty of loyalty is provided for in the CSC⁸⁸, LSArg⁸⁹ and LSUr⁹⁰, among other normative diplomas.

The duty of loyalty also prohibits the manager from using or not using, for his own benefit or that of third parties, the commercial opportunities that he is aware of due to the exercise of his position⁹¹. For such a legal command, two distinct prohibitions stand out: (i) the prohibition of unfair competition and (ii) the unfair handling of commercial opportunities suitable for the realization of the company purpose.

The trustee, as a fiduciary, holds privileged information regarding inputs, logistics, financing, the labor market, clientele and demand for the products or services sold by the company. The acquisition of this *know-how* comes from experience in the exercise of its function. To use such information to, across the board, collaborate with an economic agent operating in the same relevant market⁹², as a partner or employee, is to betray the trust placed in your charge, incurring *unfair competition*.

The dishonesty of competition carried out by the company manager himself may go beyond the mere transfer of knowledge, e.g., with the use, enjoyment or enjoyment of the tangible property of the company⁹³.

⁸⁵ COUTINHO DE ABREU, J. M. "Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social", In: *Reformas do Código das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 22.

⁸⁶ LSA, art. 154, *Ob. Cit.*, and art. 1.017, *caput*, of CC.

⁸⁷ CC, art. Art. 1.017, Sole Paragraph; LSA, art. 156.

⁸⁸ Article 64, 1, "b"

⁸⁹ Art. 59, *Ob. Cit.*

⁹⁰ Art. 83, *Ob. Cit.*

⁹¹ Similar application of art. 155, I, of the LSA; COUTINHO DE ABREU, *Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social*, *Ob. Cit.*, p. 26-27; PARENTE, *Ob. Cit.*, p. 188-189.

⁹² Relevant market, as treated by American doctrine. It is the place where the economic establishment operates and the stage where competitive relations can be fought. For the study of the geographic and material parameters that define the relevant market, see BAGNOLI, V. *Introdução ao Direito da concorrência*, São Paulo, Singular, 2005; FORGIONI, P. A. *Os fundamentos do antitruste*, 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

⁹³ NAVARRINI and FAGGELLA, *Ob. Cit.*, p. 500. In this sense, see the following judgment of the TJRS:

INSTRUMENT SUBMISSION. INOMINATE PRECAUTIONARY PREPARATION FOR THE DISSOLUTION OF SOCIETY AND INDEMNITY ACTION. UNFAIR COMPETITION OF MANAGEMENT PARTNER. 1. In summary cognition, based on article 804 of the CPC, it is

Likewise, the duty of loyalty does not allow the manager to purposely omit to take advantage of commercial deals that are of interest to company. This occurs when the possible business (i) is directly part of the company purpose; (ii) it is, in some way, interesting to company (e.g., advance the purchase of inputs to take advantage of extremely favorable price conditions); (iii) has already had an interest expressed by the company (e.g., the definition, at the meeting, for the acquisition of a certain number of shares when the value breaches the chosen barrier); (iv) has already been the subject of a formal proposal; or (v) is in the negotiation phase prior to the conclusion of the contract⁹⁴.

Such assumptions are not a failure in the duties of care and diligence, as such defects occur due to the manager's fault, characterized by negligence, recklessness or malpractice. Here, there is unmistakable willful conduct, aiming at own advantage or for the benefit of third parties, by action or omission. This is what happens, for example, when the manager acquires, to resell at a profit, patent rights that he knows - because he exercises a trustworthy function - to be essential to the company's business plan.

The fiduciary position of the managers hinders the use of confidential company information for private purposes, despite the omission of the Civil Code and the LSA⁹⁵

possible to conclude by the verisimilitude of the plaintiff's allegations. Imminence of the plaintiff's company suffering irreparable or difficult to repair damages if the defendant partner is maintained as Consult's administrator. 2. Evidence context that demonstrates the reckless act of aggravated, when directing clients of the Consult company to Provenza, as well as using machinery and raw material of that one in the elaboration of its products. 3. Considering the documentary and testimonial evidence attached to the case file, the temporary removal of the defendant's administration powers is prudent, and a judicial expert must be appointed at the expense of the aggravating factors, in order to inspect the Consult company's management acts and accounts. (...). Interlocutory Appeal No. 70045755808, judged on 10/25/2011.

⁹⁴ COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, Ob. Cit., p. 31; LLEBOT, Ob. Cit., p. 38-39; PARENTE, Ob. Cit., p. 192-193 [(...) *The North American law is not indifferent to the issue and, in order to fill the gap that is necessary in the distinction between opportunities belonging to the company and any other opportunities, the American courts have been producing certain criteria of differentiation - the so-called traditional tests. The first one is Interest or Expectancy, for which the company considers the opportunity that, a priori, it is worth saying, at the moment it is identified, the company has an interest, expectation or need to achieve its social purpose. The criterion stems from the idea that the manager cannot harm, compete or gain personal advantage to the detriment of the company he manages. Another criterion used is the Line of Business, which translates the concept of commercial opportunity into any opportunity that relates to the company's current or future corporate purpose. The Fairness Test measures the present injustice in the specific case in which the manager takes an opportunity when the company's interests must be protected. The factors to be observed, according to the Fairness Test: a) If the opportunity was received by the administrator individually or as an administrator of the company, to whom he will relay the opportunity at a later time; b) Whether the company's resources were used to carry out the business; c) Whether the business is indispensable to the company's finances; d) Whether the parties involved in the business were reasonably expected to know that this was a business opportunity; and e) If the company was able to take advantage of the commercial opportunity, which includes the analysis of factors such as: refusal by the offeror to negotiate with the company or lack of resources on the part of the company to conclude the deal, among other possible impediments. Subsequently, the Line of Business was combined with the Fairness Test. Based on this criterion, it is verified, at first, if the business is related to the company's corporate purpose and, then, if its individual use by the administrator was done fairly. (...)]].*

⁹⁵ The LSA only provides for the duty of secrecy with regard to information that may have an impact on the stock market (art. 155, § 1). See, and also, COUTINHO DE ABREU, *Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social*, Ob. Cit., p. 28; CLARKSON et al, *op. it.*, p. 661.

on this aspect. For this reason, precaution recommends that the duty of secrecy be included in the articles of association or, alternatively, be included in the minutes of the meeting or meeting, safeguarding company as to any practices that might undermine the secrecy of the business.

Although unfair competition always contains a violation of the duty of confidentiality, the opposite is not true, and there may be a violation of business secrecy in several circumstances that do not represent the exercise of competition by the manager against the company. Such fact can be represented by numerous hypotheses, such as disclosure on social networks, posting on blogs, granting interviews, giving lectures, selling inside information, exchanging favors, revenge, among others.

Finally, mention is made of the relationship between duty of loyalty and the possibility for managers to enter into private contracts with the company or, even, contracts in which there are conflicts of interest⁹⁶. It is feasible⁹⁷, only if restraining personal interests that are not disclosed to the partners, forging a legal business in view of a purely individual and hidden claim from the manager, different from that intended by the limited company⁹⁸. This is what would happen, for example, if a certain manager induced the quota holders to approve, as payment for their services from another mercantile activity, a remuneration absurdly higher than that practiced by the market, classifying it as usual to benefit from company trust.

4. Closing Remarks

This essay sought to present an overview of the typical legal responsibilities and obligations of a board of directors of limited liability companies within the Brazilian context.

By exploring the distinction between acts of disposition and acts of administration, the essay meticulously delineated the content of the latter, elucidating the underlying complexities of operational, managerial, and corporate governance management. This examination included a detailed analysis of fiduciary duties, such as the duty of disclosure, loyalty, care, oversight, and corporate governance, as well as the application of the business judgment rule.

It is hoped that the methodology adopted, grounded in the review of doctrine and analysis of relevant jurisprudence, will provide a solid foundation for a deeper understanding and further investigation by scholars of Comparative Law.

References

- ALMEIDA, A. P. "A business judgment rule". In: *I Congresso - Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, p. 359-372, mai 2011.
- ANGELIS, L. "Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata", In: *La riforma del diritto societario svoltosi, Incontro di Studio per iniziativa del Consiglio Superiore della Magistratura*, Roma, fev-2003.
- ASCENSÃO, J. O. *Direito comercial*, v. 4., Lisboa, S.E., 2000.
- BAGNOLI, V. *Introdução ao Direito da concorrência*, São Paulo, Singular, 2005.
- BAINBRIDGE, S. M. "The business judgment rule as abstention doctrine", In: University of California, Law & Economics Research Paper Series, n. 3-18, Los Angeles, 2003.

⁹⁶ Model Business Corporation Act, § 8.60; CLARKSON *et al*, *op. it.*, p. 662-663.

⁹⁷ According to art. 156, § 1.º, da LSA.

⁹⁸ TOKARS, *Ob. Cit.*, p. 294.

- BARBOSA FILHO, M. F. "Do direito de empresa", In: PELUSO, C. (org.), *Código civil comentado*, 2. ed, Barueri, Manole, 2008.
- BAUMAN and STEVENSON JR., *Ob. Cit.*, p. 795; O'KELLEY, C. R.T.; THOMPSON, R. B. *Corporations and other business associations*, New York, Wolters Kluwer, 2014.
- BERGAMINI JUNIOR, S. "Controles internos como um instrumento de governança corporativa", In: *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 12, p. 149-188, dez 2005.
- BITTAR, C. A. *Contratos comerciais*, 2. Ed, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1994.
- BLOK, M. *Business judgment rule: a responsabilidade dos administradores das sociedades anônimas*. In: *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, v. 46, p. 129-162, out-dez 2009.
- BUTA, G. M. "I diritti di controllo del socio di s.r.l.", In: ABBADESSA, P. e PORTALE, G. B. *Il nuovo diritto delle società*, v. 3, Torino, UTET Giuridica, 2007.
- CHIAVENATO, I. *Administração: teoria, processo e prática*, 4. ed, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007.
- CORDEIRO, A. M. "A lealdade no direito das sociedades", In: *Revista da Ordem dos Advogados de Portugal*, a. 66, v. 3, dez 2006.
- CORREIA, A. F.; XAVIER, V. L.; COELHO, M. A.; CAIERO, A. "Sociedades por quotas de responsabilidade limitada: anteprojecto de lei – 2ª redacção e exposição de motivos". In: *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, ano III, n. 2, p. 349-423, jul-dez 1977.
- COUTINHO DE ABREU, J. M. "Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social", In: *Reformas do Código das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2007.
- COUTINHO DE ABREU, J. M. "Vinculação das sociedades comerciais", In: *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, v. 2, Coimbra, Almedina, 2008.
- COUTINHO DE ABREU, J. M. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2. Ed, Coimbra, Almedina, 2010.
- COX, J. D.; HAZEN, T. L. *On corporations: including unincorporated forms of doing business*, v. 2., 2. Ed, New York, Aspen Publishers, 2003.
- CUNHA, P. O. "O poder dos sócios". In: COELHO, F. U.; RIBEIRO, M. F. (coord.). *Questões de direito societário em Portugal e no Brasil*, Coimbra, Almedina, 2012.
- FARINA, J. M. *Derecho de las sociedades comerciales*, v. 1, Buenos Aires, Astrea, 2011.
- FERNANDEZ, G. "I diritti di controllo del socio nella s.r.l. e l'autonomia private", In: *Rivista di Diritto Societario*, Torino, p. 826-854, 2012.
- FORGIONI, P. A. *Os fundamentos do antitruste*, 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.
- FURTADO, J. H. P. *Curso de direito das sociedades*, 5. ed, Coimbra, Almedina, 2004.
- HALPERÍN, I. *Curso de derecho comercial*, Atualizado por Guillermo Cabanellas, 5, ed., Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2010.
- KULMAN, D. A. "Actos de administración y representación societaria: actos facultativos y obligatorios", In: *Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, Buenos Aires, v. 46, p. 65-79, 2013-B.
- KWASNICKA, E. L. *Introdução à administração*, 6. ed, São Paulo, Atlas, 2009.
- LABAREDA, J. "Direito à informação", In: IDET (Org.), *Problemas do Direito das sociedades*, Coimbra, Almedina, 2003.

- LEITE, M. L. "Descortinando um direito fundamental: notas sobre a livre iniciativa", *Revista Digital Constituição E Garantia De Direitos*, 6(02), 2014, Recuperado de <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/5795>.
- LLEBOT, J. O. "Deberes y responsabilidad de los administradores", In: ROJO, A.; BELTRÁN, E. (org.). *La Responsabilidad de los administradores*, Valência, Tirant lo blanch, 2005.
- MAIA, P. *Voto e corporate governance: um novo paradigma para a sociedade anónima*, v. 1, (Doctoral thesis), Coimbra, FDUC, 2009.
- MARTINS, A. de S. "Direito à informação: arts. 214º e 215º", In: COUTINHO DE ABREU, J. M. (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, v. 3, Coimbra, Almedina, 2011.
- MARTORELL, E. E. *Sociedades de responsabilidad limitada*, Buenos Aires, Depalma, 1989.
- MAXIMIANO, A. C. A. *Teoria geral da administração: da revolução urbana à revolução digital*, 7. ed, São Paulo, Atlas, 2012.
- MCMILLAN, L. "The business judgment rule as an immunity doctrine", In: *William & Mary Law School Business Law Review*, v. 4, n. 521, Williamsburg, 2013.
- MORAES, L. R. *Business judgment rule e sua aplicação no direito brasileiro e na apuração de responsabilidade dos administradores de companhias abertas em processos administrativos sancionadores*. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 60, p. 127-149, abr-jun 2013.
- NAVARRINI, U., FAGGELLA, G. *Das sociedades e das associações comerciais*, v. 1, Rio de Janeiro, José Konfino Editor, 1950.
- NUSDEO, F. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.
- OLIVEIRA, D. *Introdução à administração: teoria e prática*, São Paulo, Atlas, 2009.
- OTAEGUI, J. C. *Administración societaria*, Buenos Aires, Ábaco, 1979.
- PAINEL MAPA DE EMPRESAS. Available at: <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/mapa-de-empresas/painel-mapa-de-empresas>>. Updated on April 10, 2024. Accessed on April 10, 2024.
- PARENTE, N. J. "O dever de lealdade do administrador e a oportunidade comercial", In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 54, p. 185-196, Out-Dez 2011.
- PARRELA, F. "Articolo 2476", In: SANDULLI, M. e SANTORO, V. *La riforma delle società*, t. 1, Torino, G. Giappichelli Editore, 2003.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*, Atualizado por Alfredo de Assis Gonçalves Neto, v. 49, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.
- POSNER, E. "A theory of contract law under conditions of radical judicial error", In: *University of Chicago Law School, John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n. 80, Chicago, 1999, p. 13.
- PRADO, R. N.; OLIVEIRA, F. V. "Investimento na acepção econômica e o dever legal de diligência dos administradores nas tomadas de decisão empresarial de investimento", In: LIMA, M. L. M. P. (coord.), *Agenda contemporânea: direito e economia, 30 anos de Brasil*, São Paulo, Saraiva, 2012.
- REQUIÃO, R. *Curso de Direito Comercial*, v. 1, 29, ed, São Paulo, Saraiva, 2010.
- RIBEIRO, J. C. L. "A transposição da business judgment rule para o regime da responsabilidade civil de administradores em Portugal e no Brasil", In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 937, p. 391-432, nov 2013.
- RIZZARDO, A. *Direito de empresa*, Rio de Janeiro, Forense, 2007.

- SILVA, E. R. M. N. *Um estudo sobre a possibilidade e os limites da conformação estatutária e parassocial do direito à informação nas sociedades anônimas de capital aberto* (Master's Dissertation), Coimbra, FDUC, 2014.
- STONER, J. A. F.; FREEMAN, R. E. *Administração*, 5. ed, Traduzida por Alves Calado, Rio de Janeiro, LTC, 1994.
- THE WORLD BANK DATA: GDP. Available at: https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD?most_recent_value_desc=true. Accessed on 9-2-2024.
- TORRES, C. M. P. *O direito à informação nas sociedades comerciais*, Coimbra, Almedina, 1998.
- VASCONCELOS, P. P. de. "Business judgment rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais", In: *Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, a. 1, v. 2, p. 41-79, 2009.
- VASCONCELOS, P. P. de. *A participação social nas sociedades comerciais*, 2. ed, Coimbra, Almedina, 2006.
- VENTURA, R. *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais: sociedade por quotas*, v. I, 2. Ed, Coimbra, Almedina, 1989.
- VILLEGAS, C. G. *Sociedades comerciales*, t. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1997.
- WALD, A. "O governo das empresas", In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 15, p. 53-78, Jan-Mar 2002.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 25. Núm. Extraordinario (2024), pp. 33-47
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

O estado do conhecimento da regulação dos minérios críticos para transição energética no Brasil

The state of knowledge on the regulation of critical minerals for energy transition in Brazil

Herbert Ricardo Garcia Viana¹

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Yanko Marcius de Alencar Xavier²

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Sumario: 1. Introdução. 2. Procedimentos metodológicos aplicados. 3. Mineração e transição energética: capilaridade social, ambiental, econômica e geopolítica. 4. Estado do conhecimento de 1996 a 2023: análise das produção acadêmicas e suas características gerais. 5. Considerações finais. Referências.

Resumo: A transição energética tem sido uma prioridade global. Os minérios críticos desempenham um papel crucial nesse contexto. Este artigo visa explorar o estado do conhecimento existente sobre mineração e transição energética na academia brasileira, especialmente em programas de pós-graduação stricto sensu. Utilizando o Catálogo de Teses e Dissertações da CAPES, foi realizado um mapeamento de teses e dissertações com foco nos termos "direito minerário", "marco regulatório", "marco legal"; "transição energética", "mineração" e "regulação", seguindo um protocolo metodológico inspirado no PRISMA. Dos 228 trabalhos inicialmente identificados, 95 foram analisados e agrupados em nove temas principais. O estudo destacou o interesse predominante por questões ambientais, tecnológicas, regulatórias,

¹ Mestrando em Direito pela UFRN/CCSA/PPGD. Professor adjunto da UFRN, Doutor em Engenharia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Mestre em Engenharia Mecânica pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Líder do Grupo de Pesquisa Engenharia de operações, otimização e inovação organizacional. Advogado e Engenheiro Mecânico. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4617469809005234>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4424-187X>. E-mail: herbert.viana@ufrn.br.

² Professor titular da UFRN. Doutor e Mestre em Direito Universität Osnabrück/Alemanha. Pós-doutor pelo Instituto de Direito Internacional Privado e Direito Comparado da Universität Osnabrück/Alemanha. Líder do Grupo de Pesquisa em Direito e Regulação dos Recursos Naturais e da Energia. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2551909246317077>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9579-0927>. E-mail: yanko.xavier@ufrn.br.

econômicas, tributárias e sociais. A partir de 2010, cresceu a preocupação com os impactos da mineração sobre comunidades indígenas, e há uma clara oportunidade para avançar em pesquisas sobre as interações entre mineração, segurança energética e geopolítica. Regionalmente, o Sudeste lidera com 62,11% das publicações.

Palavras chave: mineração; transição energética; direito minerário; estado da arte.

Abstract: The energy transition has become a global priority. Critical minerals play a crucial role in this context. This article aims to explore the existing state of knowledge on mining and energy transition in Brazilian academia, particularly in stricto sensu graduate programs. Using the CAPES Theses and Dissertations Catalog, a mapping of theses and dissertations focused on terms such as "mining law", "regulatory framework", "energy transition", "mining", and "regulation" was conducted, following a methodological protocol inspired by PRISMA. Out of 228 initially identified works, 95 were analyzed and grouped into nine main themes. The study highlighted predominant interest in environmental, technological, regulatory, economic, tax, and social issues. Since 2010, there has been growing concern about the impacts of mining on indigenous communities, underscoring a clear opportunity to advance research on the interactions between mining, energy security, and geopolitics. Regionally, the Southeast leads with 62.11% of publications.

Keywords: mining; energy transition; mining law; state of the art.

1. Introdução

A transição energética, entendida como a mudança estrutural na forma de produção e consumo de energia em direção a fontes renováveis e de baixo carbono, tem se tornado uma prioridade global diante das crescentes preocupações com as mudanças climáticas e a sustentabilidade ambiental³. Esse processo demanda uma quantidade significativa de minérios críticos, essenciais para tecnologias como baterias, painéis solares e turbinas eólicas.

A relevância dos minérios críticos na transição energética coloca o Brasil, um país com vastos recursos naturais, em uma posição estratégica. No entanto, a regulação desses recursos deve ser comparada com as práticas de outros países de similar porte econômico e geopolítico, como China, EUA, Chile e Austrália. A China, por exemplo, tem dominado o mercado de terras raras por meio de políticas de controle rigoroso e investimentos em tecnologia de mineração⁴. Os Estados Unidos, em resposta, têm buscado diversificar suas fontes de minérios críticos e promover a mineração doméstica⁵. O Chile, rico em cobre e lítio, tem implementado políticas que visam equilibrar a exploração com a proteção ambiental⁶.

A regulação dos minérios críticos, envolve a implementação de políticas e mecanismos que assegurem a exploração sustentável, o controle de exportações e a segurança do abastecimento⁷. No Brasil, a regulação desses recursos tem evoluído,

³ IRENA. "Global Energy Transformation: A Roadmap to 2050", 2018.

⁴ MANCHERI, N. A., SPRECHER, B., BAILEY, G., GE, J., & TUKKER, A., "Effect of Chinese policies on rare earth supply chain resilience". *Resources, Conservation and Recycling*, 142, 101-112. 2019.

⁵ NASSAR, N. T., BRAINARD, J., GULLEY, A. L., MANLEY, R., MATOS, G., LEDERER, G., WILBURN, D. R., "Evaluating the mineral commodity supply risk of the US manufacturing sector". *Science Advances*, 6(8), 2020.

⁶ JARA, J. J., LAGOS, G., & TILTON, J. E., "Using exploration expenditures to assess the climate for mineral investment". *Resources Policy*, 56, 103-113. 2008.

⁷ SÖDERHOLM, P., SÖDERHOLM, K., & VIKLUND, R., "Mining, regional development and benefit-sharing in developed countries". *Resources Policy*, 45, 78-91. 2015.

mas ainda enfrenta desafios significativos, como a necessidade de um marco regulatório mais robusto e integrado.

A mineração no Brasil sempre desempenhou um papel estratégico na economia do país, desde a época colonial até os dias atuais. Historicamente, o setor foi regulado por um conjunto de leis e decretos que foram se adaptando às mudanças econômicas e tecnológicas. Nota-se nos diferentes períodos constitucionais brasileiros diversas polêmicas envolvendo os Regimes de propriedade sobre as riquezas minerais⁸, muitas delas pacificadas pela mais alta corte do país⁹, o que revela certa instabilidade na construção da regulação da atividade mineradora no país, retratando um ambiente complexo devido a pressões econômicas, sociais, políticas e ambientais¹⁰.

O art. 176¹¹ da Constituição Federal de 1988 revela-se ser o mais importante para o ordenamento da atividade mineradora no país, uma vez que os princípios fundamentais de tal atividade são nele aludidos.

⁸ Ao longo das constituições brasileiras, o direito de propriedade sobre os recursos minerais passou por diferentes regimes, cada um com suas particularidades e implicações. O Regime Regaliano, que vigorou durante o período colonial e imperial, estabelecia que todos os recursos minerais pertenciam à Coroa Portuguesa, e que sua exploração estava condicionada ao recolhimento de compensações ao erário real, sendo mantido este regime no primeiro e segundo impérios. Já o Regime de Acessão, adotado na Primeira República, influenciada pelo liberalismo econômico estadunidense não fazia distinção da propriedade do solo e subsolo, permitindo ao superficiário o direito de pesquisa e lavra, dos bens minerais. Por fim, o Regime Dominial, instituído a partir da Revolução de 1930, estabeleceu que os recursos minerais pertencem à União e podem ser explorados por particulares mediante autorização ou concessão, o que garantiu maior controle do Estado sobre a exploração desses recursos.

⁹ Pode-se destacar como exemplo a querela envolvendo a data de promulgação e publicação do Código de Minas de 1934 e a utilização do vocábulo "Nação" no artigo 5º do referido código e Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1969. No dia 10 de julho de 1934 é promulgado o Decreto 24.642 que estabeleceu o novo Código de Minas do Brasil, sendo publicado no dia 20 de julho de 1934, ou seja, dez dias depois. A Constituição de 1934 é promulgada em 16 de julho, e nas suas disposições transitórias se previa a ratificação de todos os atos do Governo Provisório realizados até aquela data, surge então a dúvida hermenêutica: o Código de Minas uma vez publicado após a promulgação da Constituição deixava de ser ratificado, sendo assim inconstitucional, visto que não passara por um processo legislativo ordinário? A discussão sobre a validade ou não do Código de Minas polemizou em vários aspectos jurídicos, sobretudo nos fazendários, em um deles, a Fazenda Nacional ajuizou em Pernambuco um executivo fiscal contra Doroteu Araújo & Cia, cobrando-lhes valores referentes a taxas de energia elétrica hidráulica produzida por quedas d'água – o Código de Águas havia sido promulgado e publicado nas mesmas datas do Código de Minas – em sua defesa o querelado arguiu a inconstitucionalidade da cobrança, uma vez que se baseava "em um decreto de nenhuma eficácia jurídica e ser inconstitucional por ter sido oriundo de um poder, que já não tinha competência para fazê-lo". A querela foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), através do Agravo de Petição nº 7.880 de relatoria do Ministro José Linhares em 1º de junho de 1938, o voto do relator e da maioria dos membros da casa pôs fim na polêmica envolvendo as datas de promulgação e publicação tanto do Código de Minas, como do Código das Águas, deixando claro a constitucionalidade de ambos. Em relação a utilização do vocábulo "Nação" no artigo 5º do Código de Minas, houve relevante debate suscitando a instalação do Regime Res Nullius e não Dominial sobre a propriedade dos bens minerais. Diversos juristas realizaram uma interpretação literal do referido artigo, entendendo que uma vez pertencentes a "Nação", os bens minerais teriam seu regime de propriedade orientado pelo Res Nullius (coisas comuns), uma vez que não havia a expressa titularidade de tais bens em favor da União. Nota-se que a polêmica envolvendo a titularidade dos bens minerais, se dá "Nação" ou da "União", percorreu as constituições de 1937, 1946, 1967 e 1969, quando foi definitivamente pacificada pela Constituição de 1988, através do art. 20, inciso IX, quando se definiu claramente que são bens da União os recursos minerais, inclusive os do subsolo.

¹⁰ VIANA, H. R. G. XAVIER, Y. M. de A. "A evolução constitucional do direito de propriedade sobre os recursos minerais no Brasil". *Contribuciones a Las Ciencias Sociales*, São José dos Pinhais, v. 17, n. 1, p. 790–813, 2024.

¹¹ Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou

O legislador brasileiro entendeu, desde a constituição de 1934, a importância da revogação do sistema de acessão, estabelecido primeiramente na constituição de 1891, a constituinte seguiu este entendimento e, manteve a separação entre a propriedade do solo e a propriedade do subsolo, indicando a União como única detentora dos recursos minerais do subsolo brasileiro, no entanto, o superficiário tem garantida a participação nos resultados da mineração. O que pode ser visto como um resquício do regime de acessão ou como um instrumento econômico para estimular o proprietário a colaborar com a atividade mineradora.

Percebe-se um esforço nacional nas últimas décadas na busca de uma gestão ambiental capaz de minimizar impactos de atividades econômicas que possam alterar o equilíbrio dos nossos ecossistemas, esforço este caracterizado em vários aspectos, como a criação de órgãos, a exemplo do ICMBio¹², e evolução nas regulamentações.

No que tange à atividade mineradora, a Lei Nº 14.066 de 30 de setembro de 2020, tornou-se o novo marco regulatório para atividade mineradora no Brasil, ela atualiza e consolida diversas normas anteriores¹³, visando aumentar a segurança operacional e a sustentabilidade ambiental das atividades de mineração. A lei estabelece critérios mais rígidos para o licenciamento ambiental, aprimora os mecanismos de fiscalização e controle, e incentiva a adoção de tecnologias mais limpas e eficientes. Além disso, promove a transparência e a responsabilidade social das empresas mineradoras, exigindo planos de fechamento de mina e recuperação ambiental detalhados. A relevância desta lei reside em seu potencial para alinhar o setor mineral brasileiro às melhores práticas internacionais, contribuindo para a segurança energética e a proteção ambiental, ao mesmo tempo em que fortalece a competitividade do Brasil no mercado global de minerais críticos, essenciais para a transição para uma economia de baixo carbono.

Dessa forma, a partir de alterações legislativas, das pressões geopolíticas por minérios críticos para transição energética e da necessidade de respostas rápidas para o dinamismo na busca de soluções viáveis técnica, ecológica e juridicamente para a redução de emissão de carbono na atmosfera, uma área de pesquisa relacionada ao direito minerário necessita se desenvolver no cenário nacional. A partir disso, surge a problemática: o que tem sido produzido sobre regulação do setor mineral para fins de transição energética na academia brasileira, notadamente nos programas de pós-graduação stricto sensu?

Neste contexto, esse artigo tem como objetivo geral analisar e mapear a produção acadêmica presente no Catálogo de Teses & Dissertações da CAPES, relacionada ao direito minerário e a transição energética, a fim de compreender as principais tendências e lacunas na pesquisa sobre esse tema.

Para alcançar os objetivos propostos, o artigo está estruturado em quatro partes principais: a primeira descreve os procedimentos metodológicos adotados; a segunda apresenta comentários sobre o direito minerário e a transição energética; a terceira envolve a apresentação e análise dos dados e resultados; e, por fim, a quarta parte oferece as considerações finais.

aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹² O ICMBio foi criado pela Lei nº 11.516, de 28 de agosto de 2007, durante o governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Essa lei foi parte de um conjunto mais amplo de reformas destinadas a fortalecer a estrutura institucional do país para lidar com questões ambientais. A criação do ICMBio também foi vista como uma resposta à necessidade de melhorar a eficiência e a eficácia na gestão das unidades de conservação, que até então estavam sob a responsabilidade do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA).

¹³ A Lei nº 14.066/20 alterou a Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010, estabeleceu a Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB), alterou Lei nº 7.797, de 10 de julho de 1989 criadora do Fundo Nacional do Meio Ambiente (FNMA), alterou a Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, e o alterou o Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967 (Código de Mineração).

2. Procedimento metodológicos aplicados¹⁴

O procedimento adotado no presente estudo foi o de pesquisa bibliográfica¹⁵, pois seu desenvolvimento está apoiado em fontes de evidência relacionadas a esse tipo de material. A técnica de pesquisa bibliográfica adotada foi o "estado do conhecimento"¹⁶, que permite ao pesquisador mapear o que foi produzido sobre um determinado tema. Esta abordagem evidencia as tendências, identifica lacunas no conhecimento existente e analisa como os eventos impactam a produção científica.

Com relação aos seus objetivos, a pesquisa pode ser considerada exploratória¹⁷, uma vez que busca proporcionar maior familiaridade com o problema, tornando-o mais explícito e construindo hipóteses. Este tipo de pesquisa é especialmente útil em áreas pouco exploradas, ajudando a identificar padrões, levantar questões pertinentes e direcionar estudos futuros.

Após a definição do protocolo metodológico inspirado nas diretrizes do PRISMA¹⁸, foi decidido que o catálogo de teses e dissertações da CAPES¹⁹ serviria como a principal base de pesquisa para a investigação. Esta escolha se fundamenta no fato

¹⁴ O protocolo de pesquisa adotado nesta pesquisa se inspirou no PRISMA (*Preferred Reporting Items for Systematic Review and Meta-Analysis*) que foi desenvolvido por um grupo internacional de pesquisadores e especialistas. Consistiu em uma evolução do QUOROM (*Quality of Reporting of Meta-analyses*). O PRISMA é uma diretriz desenvolvida para garantir a transparência e a qualidade na apresentação de revisões sistemáticas e meta-análises na literatura científica. O PRISMA prever quatro fases: (i) identificação, (ii) triagem, (iii) elegibilidade e (iv) inclusão. Durante a fase de identificação se define as bases de dados que serão pesquisadas para a obtenção de artigos, bem como os "strings" de palavras-chave e seus sinônimos, que atuam como os termos de busca. As "strings" de palavras-chave, no contexto do PRISMA, compreendem conjuntos de termos relevantes utilizados para conduzir buscas sistemáticas em bases de dados bibliográficas durante o processo de revisão sistemática ou meta-análise. Essas "strings" devem ser selecionadas meticulosamente para assegurar a captura de todas as informações pertinentes relacionadas ao tema da revisão durante a busca nas bases de dados. Normalmente, essas "strings" abarcam sinônimos, termos relacionados e variações linguísticas relevantes para o assunto em questão. A fase de triagem envolve a revisão dos títulos e resumos dos estudos para determinar sua relevância inicial para a revisão. Na fase de elegibilidade, os pesquisadores realizam uma avaliação mais detalhada dos estudos selecionados durante a triagem inicial. Eles revisam o texto completo dos estudos para determinar se atendem aos critérios de inclusão pré-estabelecidos. Por fim, na fase de inclusão, os estudos que atendem aos critérios são incluídos na meta-análise.

¹⁵ De acordo com Antônio Carlos Gil são quatro os tipos de procedimentos utilizados na pesquisa social: (i) pesquisa bibliográfica; (ii) pesquisa documental; (iii) pesquisa experimental e (iv) pesquisa ex-post-facto. GIL, Antonio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. São Paulo: Atlas, 2008

¹⁶ A revisão bibliográfica do tipo estado do conhecimento são "Definidas como de caráter bibliográfico, elas parecem trazer em comum o desafio de mapear e de discutir uma certa produção acadêmica em diferentes campos do conhecimento, tentando responder que aspectos e dimensões vêm sendo destacados e privilegiados em diferentes épocas e lugares, de que formas e em que condições têm sido produzidas certas dissertações de mestrado, teses de doutorado, publicações em periódicos e comunicações em anais de congressos e de seminários. Também são reconhecidas por realizarem uma metodologia de caráter inventariante e descritivo da produção acadêmica e científica sobre o tema que busca investigar, à luz de categorias e facetas que se caracterizam enquanto tais em cada trabalho e no conjunto deles, sob os quais o fenômeno passa a ser analisado". FERREIRA, Norma Sandra de Almeida. As pesquisas denominadas "estado da arte". Educação & Sociedade, Campinas, v. 23, n. 79, ago. 2002, p. 258.

¹⁷ GIL, Antonio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. São Paulo: Atlas, 2008, p. 27.

¹⁸ Moher, D., Liberati, A., Tetzlaff, J., Altman, D. G., & The PRISMA Group. "Preferred reporting items for systematic reviews and meta-analyses: the PRISMA Statement." *PLOS Med*, 6(7), 2009.

¹⁹ Disponível no link: <https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#/>.

de que o catálogo reúne dados extensivos e atualizados provenientes dos programas de pós-graduação *stricto sensu* de instituições de ensino superior de todo o Brasil, proporcionando uma fonte sólida, confiável e abrangente para a análise das produções acadêmicas relacionadas ao tema.

Na fase de identificação definiu as seguintes strings de busca: "direito minerário" + "marco regulatório"; "direito minerário" + "marco legal"; "direito minerário" + "transição energética"; "mineração" + "transição energética"; "mineração" + "marco regulatório"; "mineração" + "marco legal"; "mineração" + "regulação", não se estabeleceu o filtro por área, por entender que o tema "transição energética" ser transversal, optando-se por selecionar trabalhos relevantes a pesquisa na fase de triagem.

Durante a fase de identificação, foram observados 228 trabalhos, entre teses e dissertações, utilizando as strings de pesquisa definidas. Na fase seguinte, de triagem, foram excluídas 133 publicações do banco de dados após a leitura dos seus títulos, os quais indicavam temáticas muito distintas do objeto desta investigação. Notou-se que o termo "mineração" foi frequentemente utilizado em pesquisas na área de tecnologia da informação, referindo-se à mineração de dados, um termo amplamente empregado atualmente nesta área. Além disso, a combinação de termos correlatos como "minerais" e "energética" resultou em estudos na área da biologia animal, o que influenciou a busca e gerou resultados não relevantes para o foco da pesquisa.

As fases de elegibilidade e inclusão se apoiaram em uma planilha²⁰ produzida para reunir os 95 trabalhos que passaram pela triagem. As linhas da planilha foram organizadas com as seguintes: (i) autoria, (ii) título, (iii) grupo temático, (iv) ano, (v) nível acadêmico (mestrado ou doutorado), (vi) orientador/a, universidade do autor/a, (vii) tipo de universidade (pública ou privada), (viii) área de concentração do programa, (ix) região, (x) palavras-chave, (xi) disponibilidade para download do trabalho em arquivo pdf e (xii) strings correlacionadas.

Os dados de 28 teses de doutorado e 67 dissertações de mestrado foram organizados em uma planilha e classificados em nove grupos temáticos distintos:

Grupo 1 – Impacto Social: Agrupa trabalhos que abordam análises das repercussões da atividade mineradora nas comunidades, investigando tanto efeitos positivos quanto negativos.

Grupo 2 – Impacto em Comunidades Tradicionais: Reúne publicações que tratam da influência da mineração em comunidades tradicionais, com destaque para povos indígenas e suas formas de vida.

Grupo 3 – Segurança Energética: Engloba estudos focados na análise da transição energética e nos desafios relacionados ao suprimento de minérios críticos necessários para essa transição.

Grupo 4 – Impacto Ambiental: Inclui pesquisas que analisam as repercussões ambientais da atividade mineradora, considerando aspectos como poluição, degradação e conservação ambiental.

Grupo 5 – Regulação: Agrupa trabalhos que examinam os aspectos jurídicos do setor mineral e seu marco regulatório, avaliando a eficácia e os desafios das leis vigentes.

Grupo 6 – Economia e Tributação: Reúne estudos sobre aspectos econômicos, tributários e de estratégias de mercado no setor mineral, abordando temas como competitividade e políticas fiscais.

Grupo 7 – Contextualização Histórica: Agrupa trabalhos focados na descrição e análise histórica da atividade de mineração no Brasil, explorando sua evolução e impacto ao longo do tempo.

²⁰ A planilha e a organização em grupos temáticos foram inspiradas no trabalho de Costa Vale & Oliveira Moreira, o que possibilitou excelente rastreabilidade e organização dos dados. COSTA VALE, P. A.; OLIVEIRA MOREIRA, T. **Migrants' human rights in Brazil: state of the art**. Cadernos de Direito Actual, [S. l.], n. 24, p. 56–70, 2024.

Grupo 8 – Tecnologia: Inclui estudos cujo foco principal é o enfrentamento de desafios tecnológicos no setor mineral, investigando inovações e melhorias nos processos minerários.

Grupo 9 – Geopolítica: Agrupa estudos com enfoque nas repercussões geopolíticas das atividades de mineração.

Esses grupos temáticos permitem uma análise organizada e abrangente dos diversos aspectos relacionados aos estudos levantados, destacando seu caráter multifacetado. Isso leva a uma conclusão preliminar: a mineração e a transição energética são temas que envolvem toda a sociedade. O direito desempenha um papel fundamental na equalização dessas demandas, garantindo que as atividades mineradoras sejam conduzidas de maneira sustentável e equitativa, atendendo às necessidades econômicas, sociais e ambientais.

3. Mineração e transição energética: capilaridade social, ambiental, econômica e geopolítica

Para Darcy Ribeiro o estado de Minas Gerais foi o “nó que atou o Brasil e fez dele uma coisa só”²¹. Percebe-se nos estudos do célebre antropólogo brasileiro nascido em Montes Claros – MG, que o processo de articulação econômica no início do século XVIII entre as diversas regiões da colônia portuguesa, se deu nos territórios dos atuais estados de Goiás, Minas Gerais e Mato Grosso decorrente da atividade mineradora com a exploração do ouro (1701-1780) e em seguida de diamantes (1740-1828), assim, pode-se com a devida vênia, discordar de tão grande brasileiro, afirmando que não foi Minas que atou o Brasil, mas “as Minas”, ou seja, a Mineração²².

Celso Furtado, economista paraibano e um dos mais destacados intelectuais do país do século XX, apontou em uma das suas relevantes obras, “Formação Econômica do Brasil”²³, que a produção brasileira de ouro no século XVIII superou o total da produção espanhola em toda as suas colônias americanas ao longo dos séculos XVI e XVII, o que demonstra a magnitude alcançada pela mineração de ouro no interior da colônia na época.

Do século XVIII até os dias atuais a mineração ocupa lugar de destaque na vida brasileira, reverberando sua influência na economia, educação²⁴, ciência, tecnologia, cultura e emprego. A mineração no Brasil está presente em 2.699 municípios (48% dos municípios brasileiros), ocupando apenas 0,06% do território nacional, onde explorou no ano de 2022, um total de 91 tipologias minerais com uma produção estimada de 1,05 bilhão de toneladas, envolvendo mais de 7.300 empresas e microempreendedores individuais, sendo responsável pela geração de mais de 204 mil empregos diretos e 2,25 milhões de empregos ao longo da cadeia e mercado, além de um faturamento anual de R\$ 250 bilhões²⁵.

²¹ RIBEIRO, Darcy. O Povo Brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 138.

²² VIANA, Herbert Ricardo Garcia. XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. A evolução constitucional do direito de propriedade sobre os recursos minerais no Brasil. Contribuciones a Las Ciencias Sociales, São José dos Pinhais, v. 17, n. 1, p. 790–813. 2024.

²³ FURTADO, Celso. Formação Econômica do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

²⁴ A primeira escola de engenharia de minas do mundo foi criada na França em 1778, a *École des Mines*, 97 anos depois, no Brasil o decreto n. 6.026, de 6 de novembro de 1875 cria a Escola de Minas em Ouro Preto, Minas Gerais, com o objetivo de preparar engenheiros para a exploração das minas e para os estabelecimentos metalúrgicos.

²⁵ IBRAM. Desempenho da mineração tem queda em 2022, mas setor cria mais empregos e aumentará investimentos para US\$ 50 bi até 2027. Portal da Mineração, 2023, acessado em 26/10/2023 através do link: <https://ibram.org.br/noticia/desempenho-da-mineracao-tem-queda-em-2022-mas-setor-cria-mais-empregos-e-aumentara-investimentos-para-us-50-bi-ate-2027/>.

Os recursos minerais têm historicamente um caráter estratégico para as nações ao redor do mundo, levando os países a regulamentarem com rigor a propriedade e exploração desses recursos. Apenas um número extremamente reduzido de países permite a apropriação privada dos recursos minerais²⁶. A maioria das nações opta por um modelo em que a exploração é realizada pelo ente público ou mediante concessão para exploração por entes privados. Este enfoque visa assegurar que a riqueza mineral beneficie o interesse público e a economia nacional, refletindo a importância crítica desses recursos para o desenvolvimento e a segurança econômica.

As riquezas minerais e sua importância estratégica para os países variam significativamente de mineral para mineral, refletindo as necessidades e contextos históricos de cada época. No século XVIII, a prata e o ouro eram os minérios críticos devido à teoria do metalismo²⁷, que associava a riqueza nacional à posse de metais preciosos. No início do século XX, o minério de ferro e o manganês tornaram-se minérios críticos, especialmente com o aumento da demanda por material bélico decorrente da Primeira Guerra Mundial. A descoberta de grandes jazidas de minério de ferro e manganês em 1908 no estado de Minas Gerais²⁸ teve um impacto significativo na política e legislação brasileiras, evidenciando a relevância estratégica desse recurso para o país. A importância ao longo dos séculos dos chamados minérios críticos moldou a geopolítica global e influenciou diretamente as decisões econômicas e legislativas das nações nas diversas épocas.

O século XXI descortina para os países o maior desafio que a humanidade enfrentou até então, o aquecimento global e as mudanças climáticas drásticas. A superação dos desafios associados a esse momento da vida humana, passa por diversos fatores, mas sobretudo a redução da emissão de gases de efeito estufa, para tanto um dos maiores esforços repousa na transição no uso de energia com base em combustíveis fósseis, para uma com base em fontes renováveis e que

²⁶ ATHIAS, Daniel Tobias. Regulação e royalties de minério e petróleo: análise comparativa Brasil e Estados Unidos. São Paulo: Editora D'Plácido, 2020.

²⁷ O termo "metalismo" foi cunhado por Georg Friedrich Knapp (1842-1926) economista alemão conhecido por suas contribuições para a teoria monetária. Ele desenvolveu a teoria do "chartalismo" ou "teoria da moeda estatal", teoria esta antimetalista, que argumenta que o valor da moeda não é intrinsecamente ligado a qualquer substância física (como ouro ou prata), mas é, em vez disso, derivado da aceitação da moeda pelo governo como meio de pagamento para impostos e outras obrigações.

²⁸ Em 10 de janeiro de 1907 o Decreto 6.323 cria o Serviço Geológico e Mineralógico do Brasil, no ano seguinte, o recém criado órgão apresenta um estudo sobre as reservas em Minas Gerais de minério de ferro e manganês, atestando segundo Figueirôa (1997), reservas na ordem de 4 milhões de toneladas de minério de ferro com um teor de 65% de Fe e, 1,7 milhão de toneladas de manganês a 50% de teor, descoberta para época de relevante impacto, pois representava 25% das reservas mundiais até então conhecidas. Segundo Machado & Figueroa (2020), em 1909 "vários grupos estrangeiros passaram a adquirir terras em Minas Gerais, as quais continham no subsolo jazidas de minério de ferro". A combinação do estudo sobre reservas de minério do Serviço Geológico e Mineralógico do Brasil de 1908, com o art. 72 da Constituição de 1891 que dava ao superficiário pleno direito de usufruo sobre os recursos minerais do subsolo, atraiu o interesse estrangeiro no início do século XX sobre as jazidas do país. Diversos movimentos surgiram para proteger o interesse nacional sobre os recursos minerais. Um exemplo notável foi a majoração do imposto de exportação do minério de ferro, instituída por Artur Bernardes em 1918, quando ele assumiu o governo de Minas Gerais. Paralelamente, Bernardes implementou uma significativa redução no imposto, quase cem vezes menor, para as empresas que instalassem usinas siderúrgicas no estado. Essa política visava estimular o desenvolvimento da indústria siderúrgica local, protegendo e promovendo o uso estratégico dos recursos minerais do Brasil, ao mesmo tempo em que limitava a exportação bruta de minério de ferro, incentivando o processamento e agregação de valor internamente. FIGUEROA, S. F. de M. As ciências geológicas no Brasil: uma história social e institucional, 1875-1934. São Paulo: Hucitec, 1997. MACHADO, Iran. FIGUEROA, Silvia. História da Mineração Brasileira. Curitiba: Editora CRV, 2020, p. 149.

possibilitem saldo positivo entre a emissão e o sequestro de carbono na atmosfera. Um dos eixos da chamada transição energética passa necessariamente no uso de artefatos como baterias, painéis solares, geradores eólicos etc, o que leva ao aumento de demanda de minérios, que passaram a ser críticos para essa nova fase da história humana.

O século XXI apresenta um dos maiores desafios enfrentados pela humanidade: o aquecimento global e as mudanças climáticas drásticas. Superar esses desafios envolve uma série de fatores, entre os quais a redução das emissões de gases de efeito estufa se destaca como prioridade. Para isso, é fundamental a transição do uso de combustíveis fósseis para fontes de energia renovável que possam proporcionar um saldo positivo entre a emissão e o sequestro de carbono na atmosfera.

A transição energética é crucial e depende significativamente da adoção de tecnologias como baterias, painéis solares, e geradores eólicos. Esses artefatos são essenciais para a geração e armazenamento de energia limpa, mas também implicam um aumento na demanda por minérios específicos, que se tornaram críticos para esta nova fase da história²⁹.

Os chamados minérios críticos para a transição energética atualmente incluem elementos como lítio, cobalto, níquel, terras raras³⁰, cobre, e grafite. Esses minérios são essenciais para a produção de tecnologias de energia renovável e armazenamento de energia, como baterias de íon-lítio, turbinas eólicas, e painéis solares.

A diversidade na distribuição dos minérios críticos ao longo da crosta terrestre adiciona um componente geopolítico significativo à equação da transição energética. Esses minérios, não estão uniformemente distribuídos, o que resulta em uma concentração de recursos em determinados países e regiões. Tal concentração pode criar dependências estratégicas e influenciar relações internacionais, pois os países que possuem essas reservas têm uma vantagem competitiva e geopolítica considerável.

As maiores reservas de lítio estão localizadas no Triângulo do Lítio, que abrange partes da Argentina, Bolívia e Chile. A Austrália também possui grandes depósitos de lítio³¹. O maior produtor de cobalto é a República Democrática do Congo (RDC), que é responsável por cerca de 70% da produção mundial. A dependência da RDC, um país marcado por instabilidade política e problemas sociais, coloca desafios significativos para a cadeia de suprimentos global e levanta preocupações éticas e de sustentabilidade³². A China domina a produção e o fornecimento de terras raras, controlando mais de 60% da produção mundial. Isso dá à China uma posição geopolítica forte, influenciando políticas comerciais e industriais globais. Outros países, como os EUA, estão buscando diversificar suas fontes de terras raras para reduzir essa dependência³³. Chile e Peru são os maiores produtores de cobre. Este metal é vital para as redes elétricas e a eletrificação geral das infraestruturas. A

²⁹ GIELEN, Dolf. Critical minerals for the energy transition. International Renewable Energy Agency, Abu Dhabi, 2021.

³⁰ As terras raras são um grupo de 17 elementos químicos da tabela periódica, especificamente os 15 elementos do grupo dos lantanídeos, além do escândio e do ítrio. Esses elementos são chamados de "terras raras" porque, historicamente, eram difíceis de se encontrar em concentrações economicamente viáveis para extração. Os elementos das terras raras incluem: Lantânio (La), Cério (Ce), Praseodímio (Pr), Neodímio (Nd), Promécio (Pm), Samário (Sm), Európio (Eu), Gadolínio (Gd), Térbio (Tb), Disprósio (Dy), Hólmio (Ho), Érbio (Er), Túlio (Tm), Itérbio (Yb), Lutécio (Lu), Escândio (Sc) e Ítrio (Y).

³¹ US GEOLOGICAL SURVEY. Mineral commodity summaries 2020. US Geological Survey, 2020.

³² DEBERDT, Raphael. Responsible sourcing and the (in) visibilization of Congo's artisanal cobalt miners in the age of the green energy transition. Tese de Doutorado. University of British Columbia, 2023.

³³ MANCHERI, Nabeel A. et al. Effect of Chinese policies on rare earth supply chain resilience. *Resources, Conservation and Recycling*, v. 142, p. 101-112, 2019.

estabilidade política e econômica desses países é crucial para a segurança do abastecimento global de cobre³⁴.

Além dos desafios geopolíticos, e a eles associados, as questões de regulação em âmbito nacional e internacional, existem as necessidades de inovação tecnológica. Métodos mais eficientes de extração e processamento são necessários para minimizar o impacto ambiental. Isso inclui o desenvolvimento de tecnologias que utilizam menos água e energia e que reduzem a emissão de gases de efeito estufa. A reciclagem de baterias e outros componentes tecnológicos pode ajudar a reduzir a demanda por novos materiais. Pesquisas avançadas em reciclagem e reuso são cruciais para estabelecer uma economia circular nesses setores³⁵. O Desenvolvimento alternativas aos minérios críticos, como baterias que utilizam materiais mais abundantes, pode aliviar a pressão sobre as reservas globais e reduzir os riscos geopolíticos. Inovações em baterias de sódio-íon e tecnologias de armazenamento de energia de estado sólido são exemplos promissores.

Outras pressões sobre o tema, como o impacto social e ambiental, sempre acompanharam a atividade de mineração ao longo do tempo, sendo mais agudas no século XXI. Isso tem levado à implementação de práticas de mineração que busquem minimizar a degradação ambiental e promover a recuperação dos ecossistemas afetados. Tais práticas incluem a gestão adequada de resíduos e a proteção da biodiversidade local, elementos essenciais para uma operação sustentável³⁶.

As empresas também devem garantir condições de trabalho seguras e justas, especialmente em países em desenvolvimento, onde a mineração pode estar associada a violações de direitos humanos. A transparência nas cadeias de suprimentos e o envolvimento das comunidades locais são fundamentais para construir confiança e promover práticas responsáveis³⁷.

Além disso, os governos têm um papel crucial na criação e aplicação de regulamentos rigorosos que incentivem a sustentabilidade e a responsabilidade social, especialmente junto às comunidades tradicionais. Essas comunidades, muitas vezes localizadas em territórios remotos ricos em recursos minerais, são particularmente vulneráveis aos impactos da mineração³⁸. Políticas eficazes devem garantir que essas populações sejam protegidas e que seus direitos sejam respeitados.

Observa-se que os grupos temáticos elencados na seção 2 percorrem as diversas pressões que a relação entre minérios de recursos críticos e a transição energética precisa superar. Esses grupos abordam questões sociais, ambientais, econômicas, jurídicas e geopolíticas, buscando encontrar caminhos eficazes e harmoniosos para a implementação da transição energética. A análise dessas pressões permite compreender as múltiplas facetas do desafio contemporâneo de equilibrar o desenvolvimento sustentável com a exploração mineral.

A partir desses pontos, é importante analisar o estado do conhecimento dos programas de pós-graduação brasileiros em relação a esse enfrentamento. Essa análise possibilita identificar as tendências, lacunas e avanços nas pesquisas acadêmicas, fornecendo uma visão abrangente sobre como os acadêmicos estão contribuindo para a resolução dos desafios da transição energética no Brasil.

³⁴ US GEOLOGICAL SURVEY. Mineral commodity summaries 2020. US Geological Survey, 2020.

³⁵ HARPER, Gavin et al. Recycling lithium-ion batteries from electric vehicles. *nature*, v. 575, n. 7781, p. 75-86, 2019.

³⁶ MANCINI, Lucia et al. Mapping the role of raw materials in sustainable development goals. A Preliminary Analysis of Links, Monitoring Indicators, and Related Policy Initiatives, v. 3, p. 1-9, 2019.

³⁷ SOVACOO, Benjamin K. et al. Sustainable minerals and metals for a low-carbon future. *Science*, v. 367, n. 6473, p. 30-33, 2020.

³⁸ ZVARIVADZA, Tawanda. Artisanal and Small-Scale Mining as a challenge and possible contributor to Sustainable Development. *Resources Policy*, v. 56, p. 49-58, 2018.

4. Estado do conhecimento de 1996 a 2023: análise das produções acadêmicas e suas características gerais

Observa-se que a primeira produção disponível no banco de dados tem início no ano de 1996, importante ressaltar que não houve na busca na fase de identificação nenhuma limitação temporal sobre as publicações.

Nota-se um aumento significativo na produção entre os anos de 2002 e 2012, com uma média 160% superior à do período entre 1996 e 2001, e 210% superior à do período entre 2013 e 2023. Este aumento na produção pode ser atribuído ao último superciclo de minérios, iniciado por volta de 2001, impulsionado pelo crescimento da China e sua demanda crescente por recursos naturais para suportar o desenvolvimento industrial e urbano. Durante este período, houve aumentos expressivos nos preços do minério de ferro, cobre e outros metais, seguidos por uma desaceleração e correção após a crise financeira global de 2008-2009³⁹.

Quando se analisa o critério da procedência institucional, observa-se que a rede pública apresenta uma produção significativamente mais robusta do que a rede privada, sendo responsável por 82,11% dos trabalhos produzidos. Quando o recorte é feito pelo nível da pós-graduação, a representatividade da rede pública aumenta ainda mais no caso das teses de doutorado, atingindo 93,86%.

Ao analisar a distribuição geográfica dos trabalhos por região do país, verifica-se que a região Sudeste concentra o maior número de produções, representando 62,11% do total, quase dois terços das publicações do país, influenciada pela tradição minerária do estado de Minas Gerais, sendo as universidades desse estado responsáveis por mais de 25% dos estudos no Brasil. A região Centro-Oeste é a segunda maior produtora, com 11,58%, seguida pelo Nordeste e Sul, ambos com 9,47%, e, por fim, a região Norte, com 7,37%. Apesar de ser uma das regiões mais impactadas pela mineração e suas relações com o meio ambiente e povos tradicionais, a produção acadêmica na região Norte é menor. Isso se deve ao fato de que apenas duas universidades, a UFPA⁴⁰ e a UFRA⁴¹, ambas localizadas no estado do Pará, apresentaram trabalhos nas publicações selecionadas, enquanto os demais estados da região não figuram nos estudos publicados.

Em relação à área de concentração dos trabalhos. A pesquisa revelou que, até o momento, não há nenhum programa de pós-graduação no Brasil com área de concentração dedicada especificamente ao estudo do direito minerário ou à mineração associada à transição energética. A área mais próxima dessa temática é a do curso de mestrado da Escola Naval de Guerra, com foco em "Defesa, Governança e Segurança Marítimas", e o curso de mestrado na PUC de São Paulo, que aborda a "Governança Global e Formulação de Políticas Internacionais".

É importante comentar sobre as palavras-chave dos trabalhos, pois sua análise pode evidenciar a abrangência da pesquisa, permitindo a visualização do tema para além do título. Os termos "ambiental", "regulação", "marco" e "regulatório" são os mais recorrentes, seguidos por "minerária" e "sustentabilidade". Destacam-se também subtemas na nuvem de palavras, como "barragem", "desastre" e "fundão", indicando pesquisas sobre os riscos associados a barragens, possivelmente

³⁹ A crise financeira global de 2008-2009 foi desencadeada pela bolha imobiliária nos Estados Unidos e pela crise de crédito subprime, resultando em uma recessão global, aumento do desemprego e crises financeiras em todo o mundo. Governos responderam com pacotes de resgate financeiro e reformas regulatórias para fortalecer o sistema financeiro global e evitar crises futuras. Esta crise destacou a necessidade de uma supervisão financeira mais rigorosa e uma gestão mais cuidadosa do risco. REINHART, Carmen M.; ROGOFF, Kenneth S. *This time is different: Eight centuries of financial folly*. Princeton university press, 2009.

⁴⁰ Universidade Federal do Pará.

⁴¹ Universidade Federal Rural da Amazônia.

influenciadas pelos rompimentos das barragens do Fundão em Mariana/MG (2015)⁴² e da barragem B1 em Brumadinho/MG (2019)⁴³. Observa-se ainda subtemas como “lítio”, “terras raras” e “energética”, sugerindo a preocupação dos pesquisadores em investigar minérios críticos e seu papel na transição energética.

Para facilitar a compreensão dos temas mais estudados e das lacunas de pesquisa identificadas, os trabalhos foram categorizados em nove grupos temáticos detalhados na seção 2 (procedimentos metodológicos). Embora um único trabalho pudesse potencialmente se enquadrar em mais de um grupo temático, optou-se por alocar cada estudo no grupo que melhor reflete seu objetivo principal, visando assegurar precisão e clareza na análise dos resultados.

O grupo temático com o maior número de trabalhos foi o “Grupo 2 – Impacto Ambiental”, que concentrou 25,26% das produções. Este grupo aborda os impactos ambientais causados pela mineração em suas operações. Nas produções de pós-graduação, destaca-se o esforço acadêmico na análise dos impactos ambientais decorrentes da atividade mineradora, incluindo investigações sobre novas questões surgidas da demanda por minérios críticos na transição energética. Notou-se que 20,33% dos trabalhos no Grupo 2 exploraram conexões com a área do direito (regulação), com temas relativos à proteção de direitos e governança estatal, enquanto os demais abordaram processos internos de empresas mineradoras.

O grupo temático “Grupo 8 – Tecnologia” é o segundo maior em número de trabalhos, representando 23,16% das teses e dissertações publicadas. Este grupo inclui pesquisas nos campos de geologia, mineralogia e tratamentos industriais de minérios, refletindo o esforço da academia brasileira em direção à melhoria contínua dos processos de extração e beneficiamento mineral. Vale destacar que mais de 80% dos trabalhos analisados se preocupam com os princípios da economia circular, desenvolvendo tecnologias que utilizam menos água e energia, além de promoverem o reaproveitamento de resíduos da atividade mineradora.

O “Grupo 5 – Regulação” é o terceiro mais prolífico em termos de trabalhos publicados, representando 17,89% do total. Destaca-se que a maior incidência de produções ocorre a partir de 2013, com quase 65% dos trabalhos desse grupo temático sendo produzidos entre 2013 e 2023. As discussões iniciadas com o envio da proposta para um novo código de mineração ao Congresso Nacional pelo governo federal, o Projeto de Lei nº 5.807/2013 (conhecido como o “novo marco regulatório da mineração”), e a subsequente promulgação da Lei nº 14.066 em 30 de setembro de 2020⁴⁴, impulsionaram os estudos observados nessa investigação.

Os grupos temáticos “Grupo 6 – Economia e Tributação” e “Grupo 1 – Impacto Social” também se destacam entre os mais produtivos, representando, respectivamente, 11,58% e 10,53% do total de publicações. No Grupo 6, observa-se uma significativa importância nos estudos sobre a tributação específica do setor

⁴² O rompimento da barragem do Fundão em Mariana/MG, operada pela Samarco (uma joint venture entre Vale e BHP Billiton), ocorreu no dia 5 de novembro de 2015, ocasionando a morte de 19 pessoas e o vazamento de aproximadamente 43,7 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério.

⁴³ O rompimento da barragem B1 em Brumadinho/MG, operada pela Vale, ocorreu no dia 25 de janeiro de 2019, ocasionando a morte de 272 pessoas e o vazamento de aproximadamente 12,0 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério.

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 14.066, de 30 de setembro de 2020. Altera a Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010, para estabelecer a Política Nacional de Segurança de Barragens e o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens. 2020.

mineral, como o CFEM (royalties)⁴⁵ e o ICMS⁴⁶. Mais de 45% dos trabalhos nesse grupo discutem e investigam a tributação dessas contribuições, refletindo a complexidade do sistema tributário brasileiro, que também afeta o setor de mineração.

Já o Grupo 1 foca nos impactos sociais gerados pelas atividades de mineração. A maioria dos trabalhos, 40% do total no Grupo 1, possui um caráter reativo, estudando situações já ocorridas e investigando seus efeitos a posteriori. Em contraste, 20% dos trabalhos abordam a temática do “fechamento de minas” e como mitigar os impactos sociais decorrentes da exaustão dos depósitos minerais, adotando assim uma postura proativa e propositiva nos estudos acadêmicos apresentados.

O “Grupo 7 – Contextualização Histórica” representa 5,26% do total de produções acadêmicas analisadas. Os trabalhos desse grupo investigam a influência da economia e da atividade mineral na cultura e na formação de diversas regiões e localidades brasileiras, oferecendo uma perspectiva histórica sobre o desenvolvimento socioeconômico impulsionado pela mineração.

Apesar de não ser o mais numeroso, o grupo temático “Grupo 2 – Impacto em Comunidades Tradicionais” vem ganhando importância nos últimos anos, representando 4,21% do total de trabalhos analisados. Todos os trabalhos desse grupo foram publicados a partir de 2010, e 100% deles abordam a temática indígena. Um aspecto interessante é que 75% das produções nesse grupo estão concentradas nas regiões Norte e Nordeste do Brasil, que possuem os maiores contingentes indígenas⁴⁷, com 44,48% e 31,22% da população indígena do país, respectivamente.

Essa concentração regional reflete a maior presença de comunidades indígenas no Norte e Nordeste, destacando a relevância dos estudos sobre os impactos em comunidades tradicionais nessas áreas. As pesquisas demonstram um crescente interesse acadêmico em entender e mitigar os efeitos das atividades econômicas e políticas com base mineral sobre as populações indígenas, que são fundamentais para a diversidade cultural e a sustentabilidade ambiental do Brasil.

Os grupos temáticos “Grupo 3 – Segurança Energética” e “Grupo 9 – Geopolítica” são de menor expressão na base de dados, representando cada um apenas 1,05% do total de publicações. Esses dados sugerem uma lacuna nos estudos acadêmicos em duas áreas críticas para os desafios do século XXI relacionados à mineração e à transição energética.

A segurança energética envolve garantir um fornecimento estável e sustentável de energia, fundamental para o desenvolvimento econômico e social. A mineração desempenha um papel estratégico nesse contexto, fornecendo os recursos minerais necessários para a produção de energia, especialmente no cenário da transição para fontes renováveis. Já a geopolítica abrange a influência da distribuição e do controle

⁴⁵ Os royalties na mineração brasileira são regulamentados pela Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM), que é um tributo específico destinado a compensar os estados e municípios pela exploração de recursos minerais em seus territórios. A CFEM foi criada para assegurar que parte da riqueza gerada pela mineração seja revertida em benefícios para a sociedade, particularmente nas regiões onde a atividade mineradora ocorre. A CFEM foi instituída pela Constituição Federal de 1988 e regulamentada pela Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. A legislação que rege a CFEM foi atualizada e consolidada pela Lei nº 13.540, de 18 de dezembro de 2017.

⁴⁶ O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) é um dos principais tributos estaduais no Brasil, de competência dos estados e do Distrito Federal. As exportações de produtos minerais são isentas de ICMS, conforme a política de incentivo às exportações prevista na Constituição Federal e regulamentada pela Lei Kandir (Lei Complementar nº 87/1996). No entanto, os Estados podem adotar o regime de substituição tributária para a mineração. Nesse regime, o ICMS é recolhido antecipadamente em uma fase anterior da cadeia produtiva

⁴⁷ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Censo Demográfico 2022, disponível no link: <https://censo2022.ibge.gov.br/panorama>.

dos recursos minerais nas relações internacionais, sendo vital para compreender as dinâmicas de poder global e os conflitos relacionados aos recursos naturais.

O baixo número de publicações nessas áreas indica a necessidade de maior investimento e foco em pesquisas que possam contribuir para o desenvolvimento de políticas eficazes e sustentáveis, bem como para a compreensão das complexas interações entre mineração, segurança energética e geopolítica. Abordar essas lacunas é essencial para enfrentar os desafios futuros e promover uma transição energética justa e segura.

5. Considerações Finais

O levantamento da produção de teses e dissertações sobre a regulação dos minérios críticos para a transição energética, no período de 1996 a 2023, revelou que grande parte dos estudos se concentra na compreensão dos problemas relativos a questões ambientais, tecnológicas, regulatórias, econômicas, tributárias e sociais. A partir de 2010, observou-se uma crescente preocupação com os impactos da atividade mineradora sobre os povos indígenas.

Além disso, identificou-se uma oportunidade significativa para avanços em estudos que explorem as complexas interações entre mineração, segurança energética e geopolítica. Essas áreas são cruciais para enfrentar os desafios contemporâneos e promover uma abordagem mais holística e sustentável no manejo dos recursos naturais. A ampliação do foco acadêmico para incluir essas importantes dimensões podem apoiar na construção de políticas e práticas que abordem de forma eficaz os desafios interconectados do século XXI

A distribuição regional das publicações revelou que a região Sudeste lidera, contribuindo com 62,11% do total, seguida pela região Centro-Oeste com 11,58%. As regiões Nordeste e Sul apresentam ambas 9,47%, enquanto a região Norte contribui com 7,37%. É notável a menor produção acadêmica na região Norte, apesar de ter se tornado a maior produtora mineral brasileira desde a década de 2010.

Observa-se um notável aumento na produção entre 2002 e 2012, com uma média 160% superior à do período de 1996 a 2001, e 210% superior à do período de 2013 a 2023. Esse crescimento pode ser atribuído ao último superciclo de minérios, iniciado por volta de 2001, impulsionado pelo crescimento da China e sua crescente demanda por recursos naturais.

Por fim, é importante destacar a significativa produção proveniente da rede pública, responsável por 82,11% dos trabalhos produzidos.

Referências

- ATHIAS, D. T., Regulação e royalties de minério e petróleo: análise comparativa Brasil e Estados Unidos. São Paulo: Editora D'Plácido, 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- _____. Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM). Senado, 1989.
- _____. Lei nº 13.540, de 18 de dezembro de 2017. Altera a legislação da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM). Senado, 2017.
- _____. Lei nº 14.066, de 30 de setembro de 2020. Altera a Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010, para estabelecer a Política Nacional de Segurança de Barragens e o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens. 2020.
- COSTA VALE, P. A.; OLIVEIRA MOREIRA, T. Migrants' human rights in Brazil: state of the art. *Cadernos de Direito Actual*, [S. l.], n. 24, p. 56–70, 2024.
- DEBERDT, R., Responsible sourcing and the (in) visibilization of Congo's artisanal cobalt miners in the age of the green energy transition. Tese de Doutorado. University of British Columbia, 2023
- FERREIRA, N. S. de A., As pesquisas denominadas "estado da arte". *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 23, n. 79, ago. 2002.

- FIGUEROA, S. F. de M. As ciências geológicas no Brasil: uma história social e institucional, 1875-1934. São Paulo: Hucitec, 1997.
- FURTADO, C. Formação Econômica do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- GIELEN, D. Critical minerals for the energy transition. International Renewable Energy Agency, Abu Dhabi, 2021.
- IBRAM. Desempenho da mineração tem queda em 2022, mas setor cria mais empregos e aumentará investimentos para US\$ 50 bi até 2027. Portal da Mineração, 2023, acessado em 26/10/2023 através do link: <https://ibram.org.br/noticia/desempenho-da-mineracao-tem-queda-em-2022-mas-setor-cria-mais-empregos-e-aumentara-investimentos-para-us-50-bi-ate-2027/>.
- IBGE, Censo Demográfico 2022, disponível no link: <https://censo2022.ibge.gov.br/panorama>, 2022.
- GIL, A. C., Métodos e técnicas de pesquisa social. São Paulo: Atlas, 2008.
- Harper, G., S., R., K., E., D., L., Slater, P., Stolkin, R., Anderson, P., Recycling lithium-ion batteries from electric vehicles. *nature*, 575(7781), 75-86. 2019.
- IRENA., Global Energy Transformation: A Roadmap to 2050. 2018.
- JARA, J. J., LAGOS, G., & TILTON, J. E., Using exploration expenditures to assess the climate for mineral investment. *Resources Policy*, 56, 2008, pp 103-113.
- MACHADO, I. FIGUEROA, S., História da Mineração Brasileira. Curitiba: Editora CRV, 2020
- MANCHERI, N. A., SPRECHER, B., BAILEY, G., GE, J., & TUKKER, A., Effect of Chinese policies on rare earth supply chain resilience. *Resources, Conservation and Recycling*, 142, 2019, pp 101-112.
- MANCINI, L., VIDAL LEGAZ, B., VIZZARRI, M., WITTMER, D., GRASSI, G., & PENNINGTON, D., Mapping the role of raw materials in sustainable development goals. A Preliminary Analysis of Links, Monitoring Indicators, and Related Policy Initiatives, 3, 1-9., 2019.
- MOHER, D., L., A., TETZLAFF, J., ALTMAN, D. G., & The PRISMA Group. Preferred reporting items for systematic reviews and meta-analyses: the PRISMA Statement. *PLOS Med*, 6(7), 2009.
- NASSAR, N. T., BRAINARD, J., GULLEY, A. L., MANLEY, R., MATOS, G., LEDERER, G., ... & WILBURN, D. R. Evaluating the mineral commodity supply risk of the US manufacturing sector. *Science Advances*, 6(8), 2020.
- REINHART, C. M.; ROGOFF, K. S. This time is different: Eight centuries of financial folly. princeton university press, 2009.
- RIBEIRO, D., O Povo Brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- SÖDERHOLM, P., SÖDERHOLM, K., & VIKLUND, R., Mining, regional development and benefit-sharing in developed countries. *Resources Policy*, 45, 2015, pp 78-91.
- SOVACOL, B. K., ALI, S. H., BAZILIAN, M., RADLEY, B., NEMERY, B., OKATZ, J., & MULVANEY, D., Sustainable minerals and metals for a low-carbon future. *Science*, 367(6473), 30-33. 2020.
- US GEOLOGICAL SURVEY. Mineral commodity summaries 2020. US Geological Survey, 2020.
- VIANA, H. R. G. XAVIER, Y. M. de A., A evolução constitucional do direito de propriedade sobre os recursos minerais no Brasil. *Contribuciones a Las Ciencias Sociales*, São José dos Pinhais, v. 17, n. 1, p. 790-813, 2024.
- ZVARIVADZA, T., Artisanal and Small-Scale Mining as a challenge and possible contributor to Sustainable Development. *Resources Policy*, v. 56, p. 49-58, 2018.



CADERNOS DE DIREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 25. Núm. Extraordinario (2024), pp. 48-74
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Litigância predatória: entre o acesso à justiça e os abusos sistemáticos do direito ao processo

Predatory litigation: between access to justice and systematic abuses of the right to due process

Marco Bruno Miranda Clementino¹

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Lucas José Bezerra Pinto²

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Sumário: 1. Introdução. 2. As contradições do acesso à justiça em uma era de múltiplos interesses jurídicos. 3. Acesso à justiça x abuso de ação. 4. A litigância predatória. 4.1. Um referencial necessário: litígio e litigância. 4.2. Desfazendo confusões: noções gerais para a compreensão da litigância predatória. 4.3. A litigância predatória seria qualquer litigância abusiva?. 4.4. A concepção coletivizante de litigância predatória. 5. Coletivização integrativa e a administração processual da litigância predatória. 5.1. As etapas do combate à litigância predatória. 5.2. A resposta institucional e a resposta processual à litigância predatória. 5.3. A resposta institucional: a institucionalização cooperativa e o papel dos vários atores do sistema de justiça. 5.4. A resposta processual: a coletivização integrativa e a procedimentalização na tutela das garantias do direito à ação, jurisdição e devido processo. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

Resumo: Este artigo analisa os elementos nucleares que significam a ideia de litigância predatória e suas distinções para outras modalidades similares de abusos processuais, em um contexto de colisão entre as garantias de acesso à justiça e de direito à jurisdição. A partir disso, visa construir a formatação institucional e procedimental necessária para consolidar etapas (identificação, procedimentalização e responsabilização) de combate a esse fenômeno abusivo que vem sendo, sem maiores digressões metodológicas, detectado no âmbito jurisdicional. Adota-se, para isso, uma abordagem problematizadora e exploratória, sem abdicar de algumas constatações dedutivas. Este exame revela uma concepção coletivizante imanente à litigância predatória, a atrair a utilização de mecanismos sistêmicos para responder a problemas sistêmicos, a exemplo da institucionalização cooperativa (cooperação entre diferentes atores do sistema de justiça para administrá-lo) e da coletivização

¹ Juiz Federal. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Mestre (UFRN) e Doutor (UFPE) em Direito. E-mail: marco.bruno.miranda@ufrn.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1281119330515495>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5091-4108>.

² Procurador Federal junto à Advocacia-Geral da União. Especialista em Processo Civil (Damásio/IBMEC) e Mestre em Direito (UFRN). Integrante do Núcleo de Atuação Prioritária da Procuradoria-Regional Federal da 1ª Região. E-mail: lucasjbp@outlook.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9250941681341814>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-0675-7261>.

integrativa (modelo procedimental de comunicabilidade entre diferentes técnicas processuais coletivas-repetitivas-cooperativas).

Palavra-chave: litigância predatória; acesso à justiça; abusos processuais; coletivização integrativa; respostas institucionais.

Abstract: This article analyzes the fundamental elements that represent the idea of predatory litigation and its distinctions from other similar types of procedural abuse, in a context of collision between the guarantees of access to justice and the right to jurisdiction. From this, it aims to build the institutional and procedural format necessary to consolidate steps (identification, proceduralization and accountability) to combat this abusive phenomenon that has been, without further methodological digressions, detected at the jurisdictional level. To this end, a problematizing and exploratory approach is adopted, without giving up some deductive findings. This examination reveals a collectivizing conception immanent to predatory litigation, attracting the use of systemic mechanisms to respond to systematic problems, such as cooperative institutionalization (cooperation between different actors in the justice system to administer it) and integrative collectivization (procedural model of communicability between different collective-repetitive-cooperative procedural techniques).

Keywords: predatory litigation; access to justice; procedural abuses; integrative collectivization; institutional responses.

1. Introdução

Entre os anos de 2015 e 2021, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul detectou a existência de 64.037 (sessenta e quatro mil e trinta e sete) ações semelhantes que versavam sobre empréstimos consignados, das quais 43,6% (quarenta e três vírgula seis por cento) ou 27.924 (vinte e sete mil novecentos e vinte e quatro ações) foram ajuizadas pelo mesmo advogado. Identificou-se, com novas triagens, que 99% (noventa e nove por cento) delas havia requerimento de dispensa de audiências de conciliação e, em praticamente sua totalidade, os fatos narrados eram basicamente os mesmos, não havia extratos bancários a instruir a inicial e os representados eram idosos³.

O que se percebeu, na ocasião, é que um mesmo advogado não somente protocolou milhares de demandas idênticas, mas assim o fez sob fatos e alegações genéricas, sem qualquer prova delas ou intenção conciliatória ou resolutiva, tendo por representados um conjunto de pessoas juridicamente vulneráveis, que talvez sequer tivessem a exata compreensão ou ciência dessas demandas. Essa forma de utilização do direito fundamental à ação e à jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, aqui em diante nominada CRFB/88) tem sido vista como uma forma de litigância abusiva e anômala⁴, constantemente nomeada de “predatória”⁵.

Alguns dados estatísticos recentes apontam que, em meio à massificação dos processos no Poder Judiciário brasileiro, 30% (trinta por cento) da distribuição

³ BRASIL. *Nota Técnica CIJMG n. 12 de 2024*. Nota Técnica – tema repetitivo nº 1198 STJ. 2024, p. 1-4. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/informes/cijmg-nota-tecnica-12.htm>. Acesso em 25/07/2024.

⁴ FERRAZ, T. S. “O tratamento das novas faces da litigiosidade: das espécies anômalas à litigância predatória”, *Revista de Processo*, V. 249, 2024, p. 729-731.

⁵ FERRAZ, T. S. “O tratamento das novas faces da litigiosidade: das espécies anômalas à litigância predatória”, *Revista de Processo*, V. 249, 2024, p. 729-731.

mensal de novas demandas possui elementos de litigância artificialmente criada⁶. Considerando o custo médio de tramitação das causas, isso significaria dizer, em outras palavras, que essa forma de litigar poderia representar um gasto de R\$ 25.036.363.522,56 (vinte e cinco bilhões, trinta e seis milhões, trezentos e sessenta e três mil, quinhentos e vinte e dois reais e cinquenta e seis centavos) anuais⁷.

Em outras palavras, a litigância predatória pode estar consumindo não apenas o sistema de justiça, mas – em um impacto até mais depredante – o próprio orçamento público, o que implica, fundamentalmente, a necessidade de identificá-la e combatê-la adequadamente.

Todavia, atualmente, por mais que de modo geral se compreenda a temeridade da “litigância predatória”, há ainda poucas reflexões sobre o que, substancialmente, é o seu conteúdo e seus elementos essenciais de identificação, quais são os mecanismos para inibi-la (processuais e institucionais) e, enfim, como as garantias do direito à ação e do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB/88) devem dialogar com a limitação dessas condutas, num contexto em que a maximização da eficiência da justiça também não pode abdicar por completo dos direitos procedimentais constitucionalmente assegurados.

É verdade que, panoramicamente, é possível afirmar a necessidade de limitar a litigância predatória, mas, conquanto seja possível visualizá-la em certas condutas tendentes à predação do ambiente jurisdicional, ainda não há a precisa delimitação de suas características gerais, nem muito menos uma sistematização dos modos pelos quais ela deve ser trabalhada processualmente (sua procedimentalização), com vistas à garantia de uma melhor administração da justiça e daquilo que lhe é inerente.

A partir dessa problemática, este artigo, adotando inicialmente uma perspectiva descritiva para depois assumir tons mais exploratórios, constrói-se a partir de pesquisa documental-bibliográfica (notas técnicas, leis, doutrina e jurisprudência), seguindo, tópico a tópico, o seguinte trajeto: no tópico 2, descreve-se o objeto do estudo do trabalho mediante uma contextualização mais geral das contradições contemporâneas do acesso à justiça; no tópico 3, fixa-se sua premissa básica, buscando ressignificar o direito à ação e à jurisdição em uma idealização mais substantiva, que por vezes pode trazer limites ao próprio direito de demandar; no tópico 4, uma vez consolidados seus pressupostos, intenta-se deduzir os elementos que comporiam a noção de litigância predatória, distinguindo-a de outras situações similares; no tópico 5, enfim, trabalham-se as etapas de enfrentamento ao fenômeno, bem como as respostas institucional e processual respectivas, suscitando-se, nesse momento, as ideias de institucionalização cooperativa e de coletivização integrativa como elos fundamentais para a otimização de seus contornos instituto-procedimentais; no tópico 6, são apresentadas as considerações finais.

Ainda é necessário um último alerta: a litigância predatória é fenômeno relativamente novo na acepção coletivo-sistêmica que se desenha, de modo que este estudo não tem a pretensão de esgotar o tema. Busca-se, assim, lançar ideias preliminares e consolidar alguns fundamentos sistêmico-jurídicos que podem auxiliar aqueles que se deparam com tais situações na vida forense ou acadêmica.

2. As contradições do acesso à justiça em uma era de múltiplos interesses jurídicos

O final do século XIX e o início do século XX são marcados por uma profunda transformação da sociedade, a qual, através da quantificação e qualificação de suas

⁶ BRASIL. *Nota Técnica CIJMG n. 12 de 2024*. Nota Técnica – tema repetitivo nº 1198 STJ. 2024. p. 1-4. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/informes/cijmg-nota-tecnica-12.htm>. Acesso em 25/07/2024.

⁷ Considerado o ano-base de 2022. BRASIL. *Nota Técnica CIJMG n. 12 de 2024*. Nota Técnica – tema repetitivo nº 1198 STJ. 2024. p. 1-4. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/informes/cijmg-nota-tecnica-12.htm>

relações jurídico-sociais, acaba por se verter numa sociedade de massa⁸. Essencialmente, por mais que esse termo possua diferentes conotações⁹, José Ortega y Gasset, em um dos primeiros grandes ensaios a se debruçar sobre o fenômeno, já apontava que essa percepção de massa social derivaria da “coincidência de desejos, ideias, de modo de ser” daqueles que a integram¹⁰.

Se a sociedade se massifica, nada mais natural que essa característica implique, direta ou indiretamente, a formação de múltiplos interesses, que, paulatinamente, vão sendo incorporados nas constituições e legislações como direitos a serem pluralmente tutelados¹¹. Por isso, desde o pós-segunda guerra mundial (meados do século XX), o direito à ação, à jurisdição ou, simplesmente, ao acesso à justiça vem sendo alçado a uma das principais garantias das constituições contemporâneas.

Historicamente, Boaventura de Sousa Santos descreve que nesse período houve uma ampliação do Estado-Providência (ou Estado de Bem-Estar Social), que, por sua vez, expandiu e inflou os direitos sociais e econômicos. Como reflexos da busca desse reconhecimento e exigência (“justiabilidade”¹²), promoveu-se a garantia de acesso à justiça a uma espécie de direito-premissa, porquanto sua denegação acabaria acarretando a de todos os demais¹³.

A partir das décadas de 1960 e 1970, essa percepção se traduziu num movimento de reforma dos sistemas jurídicos para abarcar e maximizar essa garantia fundamental¹⁴. Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em um dos estudos clássicos sobre o tema, propuseram ondas renovatórias para alavancar o direito à ação e minimizar a exclusão à jurisdição, em medidas que iam desde à assistência judiciária aos mais vulneráveis (primeira onda), passando pela otimização da tutela coletiva (segunda onda), até a um novo enfoque do acesso à justiça (terceira onda)¹⁵.

Conquanto essas diretrizes tenham consolidado esse direito fundamental no ordenamento brasileiro – com claros reflexos na CRFB/88, que além de consagrá-lo (art. 5º, XXXV), esboça um conjunto de mecanismos para assegurá-lo (art. 5ª, LXXIV, LXXVII, art. 134 e seguintes, dentre outros) –, sua utilização crescente, irrefletida e irracional tem, pouco a pouco, promovido o que se chama de “explosão

⁸ GINER, S. “Mass Society: history of concept”. In: BALTES, P. B.; SMELSER, N. J. *International encyclopedia of the social & behavioral sciences*, Elsevier, 2001, p. 9368-9372.

⁹ Os ensinamentos críticos de Theodor Adorno e Hanna Arendt apontam os aspectos negativos dessa massificação em ADORNO, T. *Indústria cultural e sociedade*, Paz e Terra, São Paulo, 2009. ARENDT, H. *Origens do totalitarismo*, Companhia das letras, São Paulo, 1989.

¹⁰ ORTEGA Y GASSET, J. *A rebelião das massas*, Domínio público, 2013, p. 21. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000060.pdf>. Acesso em 27 de novembro de 2023.

¹¹ BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*, Malheiros, 2011.

¹² Kazuo Watanabe esboça o termo “justiabilidade” para se referir a potencialidade de exigência (sob o prisma do mérito, porque o direito à ação existe autonomamente) de direitos fundamentais em juízo, sobretudo os direitos sociais. Esclarece que o Estado se reconfigurou, não sendo mais um Estado puramente liberal, sendo-lhe exigíveis prestações positivas, o que implica em um fim da neutralidade judiciária e consequentemente a assunção de novas atribuições as quais expandem a justiabilidade, embora isso deva observar certos parâmetros pela inviabilidade prática do Estado Brasileiro universalizar todos os direitos fundamentais sociais. WATANABE, K. “Controle jurisdicional das políticas públicas: “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis”, *Revista de Processo*, v. 36, n. 193, 2013, p. 13-25.

¹³ SANTOS, B. S. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. Afrontamento, 1994, p. 145-152.

¹⁴ SILVA, G. R. “O movimento mundial de acesso à justiça e os caminhos para a reforma dos sistemas jurídicos”, *Cadernos de Direito Actual*, nº 9, 2018, p. 353-370.

¹⁵ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988.

da litigância”¹⁶ ou “explosão do direito”¹⁷, identificados – até de maneira pouco rigorosa – como o aumento exponencial de interesses jurídicos e processos judiciais.

Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), indicam que o Poder Judiciário Brasileiro possui mais do que 80 (oitenta) milhões de processos pendentes em 2024, em um quantitativo que se supera anualmente¹⁸. Em meio a essa “avalanche” de procedimentos, não é surpresa a emergência de um fenômeno corrosivo: a utilização abusiva do direito de demandar para atingir fins escusos, utilizando-se do ambiente jurisdicional, não para a obtenção de bens jurídicos legitimamente conferidos, mas para lograr proveitos particulares a partir dessa desarticulação estrutural.

A vida forense, recentemente, tem se deparado com algumas situações que configuram, por assim ser, uma nova espécie de litigância, que, se vista isoladamente em um único e atômico processo, pouco aparentaria configurar qualquer espécie qualificada de abuso de direito. Porém, quando analisada sob uma macrovisão, demonstra a utilização subversiva do processo e do Poder Judiciário, exaurindo seus limitados recursos e predando econômica, operacional e sistematicamente o sistema de justiça.

Veja-se o exemplo do ocorrido na cidade de Saloá, interior do Estado de Pernambuco, cidade com 15.000 (quinze mil) habitantes. Do dia para a noite, sua vara única teve 1.500 (mil e quinhentas) ações praticamente idênticas distribuídas por três advogados, constatando-se posteriormente que muitos dos autores sequer eram da localidade ou sabiam da existência das ações, em um movimento de abuso massificado e direcionado do direito de demandar¹⁹.

Nessa circunstância, foi o próprio direito de ação e acesso à justiça, tradicionalmente invocado como direito-premissa, que passou a ser usado como “escudo” para o ajuizamento arbitrário de demandas e a prática abusiva de atos processuais. Os filtros do sistema de justiça, por outro lado, ao operarem sob um enfoque significativamente garantista, têm sido cada vez mais porosos, o que, não raramente, é o que possibilita a promoção desnecessária, fraudulenta, enfim, artificial de ações e atos processuais.

Embora o caso de Saloá em Pernambuco seja ilustrativo, há inúmeros outros exemplos dessa anomalia nos fóruns brasileiros²⁰, pelo que o fenômeno tem recebido atenção e vem sendo, em geral, denominado de “litigância predatória”²¹. Essa concepção, que merece ser melhor explorada, entrelaça-se com o uso abusivo do processo, isto é, com a utilização do direito de acesso à jurisdição para além dos limites impostos pelos seus fins econômicos, sociais e pela boa-fé, em verdadeiro abuso de direito²².

¹⁶ SANTOS, B. S. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, Afrontamento, Porto, 1994, p. 145

¹⁷ Essa expressão é usada por: VIGORITI, V. “Giustizia e futuro: conciliazione e class action”. *Revista de processo*, v. 181, 2010, p. 297-304.

¹⁸ Há, segundo o Justiça em Números 2024 e o painel estatístico do Conselho Nacional de Justiça precisamente 84.448.482 (oitenta e quatro milhões, quatrocentos e quarenta e oito mil, quatrocentos e oitenta e dois) processos pendentes no Poder Judiciário na data de 30 de abril de 2024. BRASIL. *Justiça em números 2024*, CNJ, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf>.

¹⁹ MACÊDO, L. B. “Litigância predatória”, *Revista de Processo*, v. 351, 2024, p. 445-462.

²⁰ BRASIL. *Nota Técnica CIJMG n. 12 de 2024*. Nota Técnica – tema repetitivo nº 1198 STJ. 2024. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/informes/cijmg-nota-tecnica-12.htm>. Acesso em 25/07/2024.

²¹ Essa denominação tem sido utilizada por inúmeras fontes na doutrina, na jurisprudência e nos centros de inteligência do Judiciário. Veja-se, por exemplo, a Nota Técnica nº 01/2022 do CIJMS. BRASIL. *Nota Técnica CIJMS n. 01 de 2022*. Nota Técnica. 2022. Disponível em: <https://www.tjms.jus.br/storage/cms-arquivos/62a318e6cbe7019b873fa0a4d8d58599.pdf>. Acesso em 25/07/2024.

²² Referencia-se aqui o art. 187 do Código Civil que impõe que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

A litigância predatória, pois, se reveste de características que advêm da multiplicação dos interesses jurídico-processuais num contexto de acesso à justiça praticamente irrestrito. Como explica Gustavo Osna, pela formatação jurisdicional amplamente permissiva (acesso gratuito amplo e sem controle, isenção de pagamento de custas e honorários em procedimentos, juizados especiais, etc.), “o processo civil (brasileiro) parece vir estimulando a litigância de baixo risco”, as quais, enfim, geram “um ambiente problemático causado pela demanda de custo zero”²³.

Esse cenário, ainda que constantemente justificado pela interpretação expansiva do direito constitucional de ação e de acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CRFB/88), tem, contraditoriamente, produzido a violação dessas mesmas garantias.

3. Acesso à justiça x abuso de ação

A própria noção da utilização do direito de ação e de acesso à jurisdição em si para configurar um abuso processual não é algo simples, nem muito menos automático, quando se pensa na cláusula constitucional de acesso à justiça em sua conformação tradicional.

Michele Taruffo, em artigo nominado de “abuso del proceso”²⁴, expressa em suas palavras iniciais que toda vez que se propõe “a dizer alguma coisa sobre o abuso do processo acaba se encontrando em dificuldades”, sobretudo porque a própria existência desta noção envolve a projeção de uma certa valoração ética ao processo que, por vezes, denega ou mitiga sua conotação tática e estratégica (“proceso come gioco” de Piero Calamandrei²⁵ ou “sporting theory of justice” de Roscoe Pound²⁶). Em essência, sustenta que isso, em alguma medida, representaria uma contradição à liberdade de atuação que advêm do próprio direito à ação e do acesso à justiça, integrantes que são das constituições modernas.

Literalmente, o art. 5º, XXXV, da CRFB/88 enuncia que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O dispositivo possui uma formatação clássica liberal já tradicional nas anteriores constituições, impondo uma limitação ao Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) de não criar barreiras a impedir o acesso à jurisdição (eficácia negativa). Contudo, mais contemporaneamente, tem-se também reconhecido que há ali um dever de caráter prestacional, no sentido de que o Estado não deve somente se abster, mas igualmente promover qualificadamente esse acesso, por força do quanto enunciado nos incisos LXXIV do art. 5º e art. 134 do texto constitucional (eficácia positiva)²⁷.

É por isso que a doutrina tem entendido que, na cláusula do art. 5º, XXXV, ainda mais quando combinada com outros dispositivos constitucionais, há um sentido formal e um material de acesso à justiça. Formalmente, seria uma regra de liberdade de acesso ao Judiciário e de promoção de demandas. Materialmente, consistiria em algo mais profundo e principiológico, atrelado à ideia de acesso à distribuição de justiça igualitária, eficiente e célere²⁸.

Por isso, se essas reflexões de Michele Taruffo assumem especial relevância dentro da epistemologia jurídica em um nível mais geral (acesso à justiça formal),

²³ OSNA, G. “Três notas sobre a litigância predatória (ou, o abuso do direito de ação)”, *Revista de Processo*, v. 342, 2023, p. 59.

²⁴ TARUFFO, M. “Abuso del processo”, *Revista de Processo Comparado*, v. 5, 2017, p. 141-156.

²⁵ CALAMANDREI, P. “Il processo come gioco”, *Rivista di Diritto Processuale*, v. 5, 1950, p. 23-51.

²⁶ SHERMAN, E. F. “Dean pound’s dissatisfaction with “the sporting theory of justice”: where are we a hundred years later?”, *South Texas Law Review*, v. 48, 2007, p. 7-21.

²⁷ CLEMENTINO, M. B. M.; PINTO, L. J. B. “Acesso à jurisdição x acesso à justiça: um estudo sobre a constitucionalidade da limitação da competência delegada federal”, In: MEDEIROS, B. A. (et al.). *Direito aplicado: agenda 2030*, v. 4, Insigne, Natal, 2023, p. 176-203.

²⁸ WATANABE, K. “Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos”, *Del Rey*, Belo Horizonte, 2019, p. 109.

no constitucionalismo brasileiro, colorido que é por uma deontologia que imprime igualmente à jurisdição ideais valorativos de celeridade e eficiência e, aos atores processuais, deveres de lealdade e responsabilidade (acesso à justiça material), a garantia de ação e acesso jamais pode ser dotada de uma tonalidade isolacionista, que a eleve a uma discricionariedade total das partes, muito menos quando a administração da justiça, subjacente às disputas, reveste-se de caráter público. Afinal, a jurisdição é um ambiente público cuja configuração operacional pode levar ao seu esgotamento, o que violaria o próprio direito coletivo de acesso à justiça material quando não racionalizado seu uso.

Garret Hardin, nesse sentido, já em 1968, descrevia o que chamava de “tragédia dos comuns”, como um estado em que, pela ausência de regras adequadas à exploração de um bem comum, haveria uma tendência dos indivíduos de sua destruição pela sobreutilização²⁹. Trazendo essas lições ao direito, e mais especificamente à litigância, Steven Shevell, por sua vez, ao analisá-la sob o prisma econômico, conclui que, de fato, “os incentivos privados e sociais para usar o sistema judicial são divergentes” e essa dissociação “faz os custos de transação de uso do sistema legal por vezes insuficientes para serem suportados socialmente”³⁰. Por decorrência lógica, legar o acesso à jurisdição exclusivamente à vontade das pessoas e seus interesses particulares, por uma perspectiva econômico-comportamental, pode ensejar a perpetuidade de um estado de litigância, inclusive predatória, que é socialmente desvantajosa.

Disso decorre que não se pode interpretar a cláusula do art. 5º, XXXV, da CRFB/88 como uma mera opção pela utilização irrestrita do direito à ação independentemente de sua finalidade (simples acesso à jurisdição ou acesso à justiça formal), mas como um dever-poder que impõe faculdades e responsabilidades, em prol de uma administração da justiça devida, eficiente e célere, ideia essa que está muito mais em consonância com as garantias previstas constitucionalmente (qualificado acesso à jurisdição ou acesso à justiça material).

Assim, o direito de praticar atos processuais ou de ação, dentro de um contexto material de acesso e administração da justiça, permite falar não apenas de abusos intraprocessuais (litigância de má-fé, atos atentatórios à dignidade da justiça, etc.), mas, igualmente, do abuso na utilização da jurisdição em si. Nesse sentido, a litigância predatória, como forma abusiva de utilização do direito à jurisdição que preda o sistema de justiça, precisa ser compreendida e refletida para, então, resguardar a própria garantia de acesso à justiça almejada pela CRFB/88.

4. A litigância predatória

4.1. Um referencial necessário: litígio e litigância

Antes de se analisar efetivamente o que se entende por “litigância predatória”, bem como suas consequências e respostas institucionais e processuais, é fundamental precisar o que se entende por “litigância”, bem como relacioná-la à ideia de “litígio”. De fato, os termos são por vezes utilizados como sinônimos, sem maiores digressões, quando, no fundo, podem não significar a mesma coisa³¹.

A palavra “litígio”, que transporta o conteúdo essencial dessas palavras, possui utilização inegavelmente polissêmica. No Dicionário Priberam, “litígio” aparece definido como substantivo que contempla dois significados: i) a “ação entregue em tribunal”, como sinônimo de “demanda” e “pleito”; ii) ou de “contenda” e “disputa”, como equivalente a “conflito”. Nesse sentido, é importante perceber que “litígio”, na

²⁹ HARDIN, G. “The tragedy of the commons”, *Science*, v. 162, n. 3859, 1968, p. 1243-1248.

³⁰ SHAVELL, S. “The level of litigation: private versus social optimality of suit and of settlement”, *International Review of Law and Economics*, v. 19, 1999, p. 110-111.

³¹ PINTO, L. J. B. *Tutela coletiva e julgamento repetitivo: suas interações e reconstruções no enfrentamento da litigiosidade*. Dissertação de Mestrado. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2023, p. 96-101.

linguagem comum, é usado para se reportar tanto ao conflito processualmente posto como aquele fático que o precede³².

Apesar desse uso habitual, o conceito processual clássico de litígio é, basicamente, o da lide carneluttiana, um conflito intersubjetivo de interesses qualificado por uma pretensão resistida³³. Essa noção reducionista que equipara o litígio simplesmente ao seu fenômeno social foi alvo de críticas por autores como Piero Calamandrei³⁴ e Enrico Liebman³⁵, mas permanece intacto no imaginário processual, criando, ainda que indiretamente, a sensação de que não existem litígios processuais³⁶.

Renato Beneduzi, trabalhando sob uma acepção ampla, assevera que o conceito carneluttiano acaba confundindo o litígio com o conflito que o antecede. Assim, afirma que o litígio não é necessariamente um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, arrematando que "litígio, com efeito, é o conflito juridicamente relevante"³⁷. Ele, nesses moldes, não seria nem um fenômeno exclusivamente processual, nem material, sendo essencialmente um fenômeno jurídico, que pode existir antes ou no processo.

Efetivamente, ao conceber o litígio como qualquer controvérsia juridicamente relevante, é possível equipará-lo à sua definição ampla mais corriqueira, habitual e ordinária, que congloba os dois fenômenos. Nessa concepção, abarcaria tanto a ideia social do conflito de interesses, como a processual de controvérsias. Abrange, pois, em suas significações: o conflito subjetivo concreto além do processo (litígio fático) e o conflito objetivo posto ou surgido no processo (litígio processual)³⁸. Partindo desse panorama e da concepção da existência de duas dimensões distintas do litígio, deve-se perceber que "litigância", como expressão relacionada a "litígio", conecta-se a um desses momentos do "litígio".

A "litigância" costuma designar a forma de litigar (exemplo: litigância de má-fé e litigância abusiva) e a formação de litígios processuais, como sinônimo de judicialização (exemplo: alta litigância no tema, explosão de litigância, dentre outros). Desse modo, o seu significado se liga, em geral, à faceta processual do litígio, com conexões profundas com a fase jurisdicional da controvérsia. Então, sem maiores esforços, da ideia de litigância compreende-se a noção de formação de litígios ou controvérsias processuais (litígio processual) e seu modo de litigar³⁹.

³² LITÍGIO. In: *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa*. [s. d.]. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/litigio>. Acesso em: 25 de julho de 2024.

³³ THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de direito processual civil*, v. 1. Ed. 58, Forense, Rio de Janeiro, 2017, p. 135.

³⁴ "Es natural que Carnelutti, mantenedor ais-lado de una concepción de la jurisdicción diversa y más restringida que la común (según él, no se tiene jurisdicción más que en la fase de cognición, y quien incluye en la jurisdicción también la ejecución forzada comete un "error técnico" [...]), no encuentre ya, para señalar los límites entre la jurisdicción voluntaria y la verdadera jurisdicción". CALAMANDREI, P. *Los estudios de derecho procesal en Italia*, Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1959, p. 179-180.

³⁵ DELLORE, L. "Conflito de interesse e o conceito de lide". *GenJurídico*, 2021. Disponível em: <https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/processocivil/conflito-de-interesses-conceito-de-lide/>. Acesso em 27 de fevereiro de 2024.

³⁶ VITORELLI, E. "Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva". *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 77, p. 98.

³⁷ BENEDUZI, R. R. "Teoria geral do litígio". In: MENDES, A. G. de C. (org.). *O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – estudos em homenagem ao professor, jurista e ministro Luiz Fux*, v. II, LMJ Mundo Jurídico, Rio de Janeiro, 2018, p. 423

³⁸ CLEMENTINO, M. B. M. "As demandas repetitivas de direito público e o princípio da procedimentalização da isonomia". In: MORAES, V. C. A. de. *As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro*, ENFAM, Brasília, 2016, p. 42.

³⁹ Maria Cecília Asperti reconhece a diferença entre a produção de litígios fáticos e a produção de litígios jurídicos. No entanto, como não desenvolve uma diferenciação entre o conflito e o litígio no plano sociológico, reduzindo o litígio naquele trabalho à sua feição judicial, separa os

Portanto, ainda que se reconheça a polissemia dos termos, para uma melhor compreensão do fenômeno, a ideia de “litigância” se reporta ao modo de desenvolver os litígios processualmente existentes. Logo, ao se falar de “litigância predatória” deve-se ter em vista que, conceitualmente, estar-se-á descrevendo o fenômeno do abuso de direito de ação em suas repercussões que circundam o processo, ainda que, em algum grau, isso possa interagir com circunstâncias extraprocessuais. “Litigância predatória”, por excelência, nesses termos, se vincula ao fenômeno de judicializar ou criar litígios processuais, de um modo determinado que preda o sistema de justiça⁴⁰.

4.2. Desfazendo confusões: noções gerais para a compreensão da litigância predatória

Se a ideia substantiva de “litigância” pode ser expressada pelo elo que toma com a judicialização, em especial a criação e o desenvolvimento de litígios processuais, a sua concepção quando adjetivada pelo “predatória” tem assumido feições diversas nas variadas instâncias.

O fato é que os tribunais têm detectado a formação de uma “litigância anômala”⁴¹, com a percepção da existência de abusos no direito de demandar e praticar atos processuais em variados casos, que, pelo caráter que assumem e pelas consequências que trazem, passaram a ser cada vez mais objeto de atenção e geridos pelos seus centros de inteligência judiciais espalhados por todo o território brasileiro.

O Centro de Inteligência do Tribunal de Justiça de Pernambuco, já em 2021, mediante a Nota Técnica nº 02, designava como “litigância predatória” a “prática de ajuizamento de ações produzidas em massa, utilizando-se de petições padronizadas contendo teses genéricas, desprovidas, portanto, das especificidades do caso concreto, havendo alteração apenas quanto às informações pessoais da parte, de forma a inviabilizar o exercício do contraditório e da ampla defesa”⁴².

De certo modo, essa definição foi seguida por outros centros de inteligência e pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que, na Recomendação nº 127/2022, por sua vez, a definiu 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”⁴³.

Embora haja nessas primeiras conceituações elementos que tocam a litigância predatória, essas diretrizes, de um lado, parecem ser genéricas, o que poderia levar a uma indevida equiparação das ações repetitivas com as predatórias; e, num segundo momento, específicas demais, ao eleger apenas o ato de ajuizamento direcionado à inviabilização de somente algumas espécies de direito como apto a configurar essa predação. Ou seja, para mais e para menos, essas definições são imprecisas⁴⁴.

conceitos de “conflituosidade” e “litigiosidade” para se referir a produção de conflitos e a produção de processos judiciais. Naquela proposta, diferente do conceito que aqui se adota, “a litigiosidade deve ser entendida como a busca da prestação jurisdicional”, o que neste trabalho se designa como litigância. ASPERTI, M. C. de A. *A mediação e a conciliação de demandas repetitivas*, Fórum, Belo Horizonte, 2020, p. 23-24.

⁴⁰ Isso não significa dizer que, em certas circunstâncias, seria possível mesmo aludir a uma jurisdição predatória, que se referiria a ideia de que certos atores do próprio Poder Judiciário poderiam predá-lo com diferentes condutas. No entanto, tendo-se em vista que este trabalho se desenvolve em torno da ideia de litigância, não se trabalha aqui essa noção.

⁴¹ FERRAZ, T. S. “O tratamento das novas faces da litigiosidade: das espécies anômalas à litigância predatória”, *Revista de Processo*, V. 249/2024, p. 729-731.

⁴² BRASIL. *Nota Técnica CIJPE n. 02* de 2021. Nota Técnica. Disponível em: <https://portal.tjpe.jus.br/documents/2720433/2720551/nota+tecnica+02/06527cda-f4fc-0076-9fa0-66458417c9ee>. Acesso em: 25/07/2024.

⁴³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação n. 127*. Em linha. Recomendação de 15/02/2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original17591220220217620e8cf0e759c.pdf>. Acesso em: 25/07/2024.

⁴⁴ MACÊDO, L. B. “Litigância predatória”, *Revista de Processo*, v. 351, 2024, p. 445-462.

Com a constatação de que a litigância predatória pode abranger situações mais amplas do que as abarcadas pelas recomendações, a Corregedoria Nacional de Justiça traçou a Diretriz Estratégica nº 7, em 2023, através da qual os tribunais devem envidar esforços para “regulamentar e promover práticas e protocolos para o combate à litigância predatória, preferencialmente com a criação de meios eletrônicos para o monitoramento de processos, bem como transferir as respectivas informações à Corregedoria Nacional, com vistas à alimentação de um painel único, que deverá ser criado com essa finalidade”⁴⁵.

Em outras palavras, foram legadas aos tribunais e seus centros de inteligência a regulamentação e a adoção de medidas contra a litigância predatória, abdicando-se de um conceito unificado e reconhecendo-se, assim, a variabilidade de situações que poderiam, casuisticamente, serem tipificadas como tal.

Na doutrina e na jurisprudência, de modo semelhante, não há unanimidade sobre o que efetivamente representa⁴⁶. Há desde quem busque uma definição mais precisa até aqueles que compreendem que essa noção não pode partir de uma “ótica puramente conceitual”⁴⁷, valendo salientar que a temática e suas repercussões processuais estão para serem enfrentadas pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial Repetitivo nº 2021665/MS, afetado em 09/05/2023 com a seguinte controvérsia (Tema nº 1198):

Possibilidade de o juiz, vislumbrando a ocorrência de litigância predatória, exigir que a parte autora emende a petição inicial com apresentação de documentos capazes de lastrear minimamente as pretensões deduzidas em juízo, como procuração atualizada, declaração de pobreza e de residência, cópias do contrato e dos extratos bancários⁴⁸.

Independentemente disso, conquanto se deva ter em mente que um conceito taxativo e demasiadamente fechado da litigância predatória seja inalcançável, pela enormidade de situações jurídicas que podem integrá-lo, deve ser previsto um núcleo essencial que deve balizar, por mais que principiologicamente, seu significado. Nessa abordagem, de início, seria salutar compreender o que não é ou não deveria ser apontado como atos de tal espécie.

Em primeiro lugar, não se pode reduzir a litigância predatória unicamente ao ato de demandar, pois a criação de litígios processuais ilegítimos e o abuso na forma de litigá-los em vias que importem na predação do sistema de justiça não são exclusivos da utilização do direito de ação no seu momento postulatório, sendo possível, em certas circunstâncias, ocorrer na defesa ou mesmo em outras ocasiões do agir processual (recorrer, peticionar, suscitar, provar, dentre outros)⁴⁹.

Também não se pode equiparar simplesmente a litigância predatória às ações massificadas e repetitivas ajuizadas, diariamente, no Poder Judiciário. Por mais que

⁴⁵ BRASIL. Corregedoria Nacional de Justiça. Diretrizes Estratégicas para 2023. Diretriz. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/metas-e-diretrizes-estrategicas/metas-2023/>. Acesso em 25/07/2024.

⁴⁶ LINO, D. B. “Nota sobre litigância predatória (abuso do direito de demandar)”, *Boletim Revista dos Tribunais Online*, v. 38, 2023, p. 1-4.

⁴⁷ MACÊDO, L. B. “Litigância predatória”, *Revista de Processo*, v. 351, 2024, p. 449-450.

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial n. 2020665/MS, de 05/09/2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true∓tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1198&cod_tema_final=1198. Acesso em 25/07/2024.

⁴⁹ BRASIL. *Nota Técnica do Grupo de Trabalho da Portaria n. 026 de 2021 CGJ/TJMT*. Nota Técnica. Disponível em: https://centrodeinteligencia-mc.tjmt.jus.br/portalcetrodeinteligencia-arquivos-prod/cms/Nota_Tecnica_NUMOPEDE_Prov_26_2021_CGJ_f3116bb807.pdf. Acesso em 25/07/2024.

haja um volume assombroso de novas demandas, muitas delas com características bastante similares, exatamente por envolverem situações jurídicas que, num mundo massificado em suas relações jurídica-sociais (consumo, trabalhistas, empresariais, tributárias, etc.), são bastante próximas, há aqui uma legítima utilização do ambiente jurisdicional que, ainda que mereçam um tratamento adequado ao fenômeno, não importam em quaisquer condutas predatórias por si sós⁵⁰.

Por fim, não figura como tal a distribuição de ações ou prática de atos que, por mais que possam gerar um consumo relevante dos recursos judiciais, são exercidos com finalidades legítimas, claramente deduzidas nesse sentido e direção. Afinal, há processos e ações complexas, as vezes até seriais, que reclamam grandes esforços, mas são amplamente aceitas no modelo jurisdicional brasileiro e cobertas pela cláusula de acesso à jurisdição, a exemplo de uma ação falimentar com centenas de credores que se movimentam para recuperar seus créditos, um inventário com muitos bens e herdeiros que buscam seus interesses patrimoniais ou qualquer processo estrutural que envolva múltiplos atores, danos e atos.

Em outras palavras, alguns tipos de condutas, por mais que gerem uma alocação considerável de recursos jurisdicionais, não podem ser consideradas predatórias porquanto não envolvem uma utilização subversiva dessas capacidades, mas legítima e justificável, seja pela natureza dos interesses jurídicos que manifestam (demandas repetitivas), seja pelo fim que perseguem (demandas complexas). Por esse escopo, identifica-se um dos elementos componentes do conceito de "litigância predatória": a necessidade de um propósito ilegítimo para caracterizar a predação.

4.3. A litigância predatória seria qualquer litigância abusiva?

Com lastro nessas noções, poder-se-ia, simplesmente, compreender que o que se nomina de "litigância predatória" nada mais seria do que a conjugação de formas diversas de "litigância abusiva", passíveis de serem, inclusive, integralmente administradas e tratadas pelos institutos processuais existentes como a litigância de má-fé (arts. 79 a 81 do CPC) e os atos atentatórios à dignidade da justiça (art. 77 do CPC).

Essa equiparação, é válido dizer, não raramente é realizada nas notas técnicas emitidas por centros de inteligência vinculados aos diversos tribunais. A própria Nota Técnica nº 12/2024 apresentada pela Rede de Inteligência do Poder Judiciário, representada pelos Centros de Inteligência de várias cortes, como subsídio ao julgamento do Tema Repetitivo nº 1198 do Superior Tribunal de Justiça, aponta que a expressão "litigância predatória" pode ser utilizada "para abranger as diversas manifestações de abuso de direito de ação que atinjam o próprio sistema de justiça", tais como a "litigância artificialmente criada", as "práticas fraudulentas", a "litigância frívola" e as "condutas processuais manifestamente procrastinatórias"⁵¹.

A Nota Técnica nº 01/2022 do Centro de Inteligência de Minas Gerais aponta, por exemplo, que poderiam figurar ou serem indicativos de "litigância predatória": i) petições iniciais que, embora veiculem lide que demandaria discussão de questões fáticas, não contêm narração fática assertiva; ii) petições iniciais que veiculam pretensão de exibição de documentos, sem detalhamento de razões específicas e concretas que evidenciem verdadeira necessidade da documentação; iii) petições iniciais de ações revisionais de diversas espécies de contratos desacompanhadas do contrato a ser revisto; iv) petições iniciais de ações revisionais de contratos com valor da causa desproporcional ao conteúdo econômico das pretensões deduzidas; v) procuração, declaração de pobreza e outros documentos com assinatura digital não lançada por meio de certificação digital adequada, vi) fragmentação de pretensões

⁵⁰ MACÊDO, L. B. "Litigância predatória", *Revista de Processo*, v. 351, 2024, p. 445-462.

⁵¹ BRASIL. *Nota Técnica CIJMG n. 12 de 2024*. Nota Técnica – tema repetitivo nº 1198 STJ. 2024. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/porta1-tjmg/informes/cijmg-nota-tecnica-12.htm>. Acesso em 25/07/2024.

com o propósito de burlar o teto de valor legalmente estabelecido para definição da competência do Juizado Especial, etc.⁵².

Por mais que se reconheça a confluência entre a práticas de atos abusivos no processo e a de atos que importam em uma litigância predatória, compreende-se que, acaso se procedesse a essa igualação, seria absolutamente desnecessário falar em “litigância predatória” como conceito ou fenômeno autônomo que merece novos detalhamentos e reflexões.

Afinal, há muito no sistema processual se concebem mecanismos de administração e sancionamento de condutas que extrapolam a boa-fé procedimental. Sob essa lógica, pouco mais caberia discutir senão a ausência de emprego adequado e consistente dos anteparos já existentes. Se assim fosse, inclusive, todas essas notas técnicas emitidas pelos centros de inteligência nada mais seriam do que recomendações de utilização mais corrente, eficiente e proativa dos instrumentos de contenção de abusos processuais, com a identificação mais precisa de condutas que devem receber essa penalização.

Dessa forma, por outro caminho, entende-se que a litigância predatória seria não um gênero, mas uma forma específica de abuso processual, um modo de utilização das vias jurisdicionais que envolve a utilização contextual de atos e demandas seriados com o intuito de escusar ou obter um fim ilícito. Nesse sentido, a mera adoção de condutas protelatórias em um processo, a anexação de uma procuração sem adequada outorga e mesmo a distribuição de uma ação sem qualquer embasamento fático ou jurídico, por si sós, não a configurariam, embora todos sejam atos passíveis de correção e, a depender da hipótese, de sancionamento⁵³.

Por isso, deve-se fazer uma distinção necessária, que de certo modo é introduzida pela própria Nota Técnica nº 12/2024, entre a concepção de “litigância predatória” como gênero similar à “litigância abusiva”, versando nesse escopo sobre todos os abusos processuais passíveis de identificação e sancionamento pelo Poder Judiciário, da “litigância predatória” como espécie de “litigância abusiva”, a qual se reporta à forma determinada de abuso de ação e jurisdição num panorama de manuseio sistemático de demandas em que a repetição aparece como subterfúgio⁵⁴.

Enfim, nesse último cenário, não se caracterizaria como “litigância predatória” a simples prática de atos abusivos de conotação limitada e com impactos, em grande

⁵² BRASIL. *Nota Técnica CIJMG n. 1 de 2022*. Nota Técnica. Disponível em: https://www.tjmg.jus.br/data/files/49/80/E5/70/DF212810B8EE0B185ECB08A8/NT_01_2022%20_1_%20_1_.pdf. Acesso em: 25/07/2024.

⁵³ Nesse caminho, interessantes desdobramentos conceituais são realizados pela Nota Técnica do Grupo de Trabalho do Estado do Mato Grosso (instituído pela Portaria nº 026/2021-CGJ/TJMT), que procede a algumas diferenciações entre litigantes legítimos, litigantes seriais e litigantes abusivos, também separando as demandas predatórias das demandas fraudulentas. Em certa medida, o conceito adotado por este trabalho para litigância predatória é que o a nota designou como “demanda predatória por passividade”, a qual seria “as derivadas de relações jurídicas massificadas e, portanto, repetitivas, com violação reiterada e sistêmica de garantias jurídicas reconhecidas a consumidores por empresas, grupos ou conglomerados econômicos, empresariais ou industriais, que, por meio de atitudes procrastinatórias, retardam o adimplemento da obrigação contratual ou legal de modo a potencializar a obtenção de lucros por meio da instrumentalização do Poder Judiciário”. O conceito é interessante, mas, no visão deste trabalho, peca por reduzir o fenômeno às relações consumidor-empresa, bem como por trazer uma outra ideia, de “demanda predatória por atividade”, que mais se relaciona, em dados contextos, ao que a própria nota traz como “demandas fraudulentas”. BRASIL. *Nota Técnica do Grupo de Trabalho da Portaria n. 026 de 2021 CGJ/TJMT*. Nota Técnica. Disponível em: https://centrodeinteligencia-mc.tjmt.jus.br/portalcentrodeinteligencia-arquivos-prod/cms/Nota_Tecnica_NUMOPEDE_Prov_26_2021_CGJ_f3116bb807.pdf. Acesso em 25/07/2024.

⁵⁴ BRASIL. *Nota Técnica CIJMG n. 12 de 2024*. Nota Técnica – tema repetitivo nº 1198 STJ. 2024. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/informes/cijmg-nota-tecnica-12.htm>. Acesso em 25/07/2024.

medida, adstritos ao processo individualmente examinado. Por essa formulação, não se confundiriam a litigância predatória com a simples incidência nas hipóteses de litigância de má-fé (arts. 79 a 81 do CPC), nem com os atos atentatórios à dignidade da justiça (art. 77 do CPC), ainda mais quando tais institutos se prestam a sancionar condutas temerárias em um contexto de violação individual e isolada de deveres que circundam a boa-fé processual.

Sob essa premissa, não haveria nesses atos, desde que tomados de maneira isolada, propriamente a formação de uma litigância predatória, a qual presume uma certa continuidade e permanência de condutas tendentes ao exaurimento do ambiente jurisdicional (um comportamento sistêmico). Isto é, há uma certa acepção coletiva na ideia subjacente à litigância predatória, que faz nela confluir a necessidade de uma pluralidade de condutas que visam lesar, quando vistas cumulativamente, o sistema de justiça.

4.4. A concepção coletivizante de litigância predatória

Apesar da litigância predatória não se identificar especificamente com o ajuizamento de demandas repetitivas, com abusos processuais gerais ou mesmo com o consumo excessivo de recursos judiciais quando esses elementos são isoladamente considerados, o somatório de todas essas qualificações, em um contexto de locupletamento do sistema de justiça, parece apontar para a melhor direção na compreensão do fenômeno.

Seguindo esse panorama, numa concepção mais geral, a ideia de litigância predatória reuniria o ato de litigar em juízo de uma forma que preda substancialmente o sistema de justiça. Eis, em síntese, a visão de Felipe Viaro, para quem:

A noção litigiosidade predatória congrega duas ideias principais: a ideia de litigiosidade, como conflito efetivamente levado para análise nas diferentes instâncias do Poder Judiciário, por meio de ações ou recursos judiciais, e a conduta de predar, ou seja, consumir os recursos do Poder Judiciário ou de defesa da parte contrária, impactando de forma considerável a sua viabilidade (no caso, a viabilidade de sua atuação)⁵⁵.

Ocorre que, assim vista, essa noção seria por demais genérica. Nela, bastaria um conflito que, direta ou indiretamente, gere ônus desproporcionais ao sistema de justiça para perfazer essa forma de litigância, o que, como se viu, não representa propriamente algo intolerável sob o prisma da cláusula de acesso a jurisdição prevista no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, que certamente contempla a possibilidade de incitar o Poder Judiciário a resolver questões complexas, muitas vezes com inúmeros atores, condutas, efeitos e, por consequência, com processos judiciais compostos de infindáveis atos para sua solução (novamente imagine-se certos processos de falência e recuperação judicial, inventários, disputas por terras e de índole estrutural).

Deveras, na dimensão dos conceitos de "litigância" e de "predação" há uma conotação coletiva e operacional subjacente, que a singulariza como fenômeno. É que ambos pressupõem a prática sistemática de uma pluralidade de atos e ações que formam um estado processual subversivo a depredar o ambiente jurisdicional.

Uma litigância predatória não é um mero litígio processual complexo, falso ou artificial⁵⁶, devendo produzir, pela predação qualificada que o caracteriza, uma

⁵⁵ VIARO, F. A. N. "Em busca de conceitos". In: LUNARDI, F. C.; KOEHLER, F. A. L.; FERRAZ, T. S. *Litigiosidade responsável: contextos, conceitos e desafios do sistema de justiça*, ENFAM, Brasília, 2023, p. 68.

⁵⁶ Sobre isso, inclusive, há a Nota Técnica nº 1/2022 do Centro de Inteligência dos Juizados Especiais do TJRN que define a "demanda agressora" como sendo uma "litigância artificialmente criada", em que há o ajuizamento de demanda sem a existência efetiva de um

disfuncionalidade tal que possa efetivamente impactar a administração da justiça. Logo, a sua ideia nuclear parece estar muito mais atrelada ao abuso de garantia de acesso à justiça num contexto de reiteração de demandas e condutas arbitrárias semelhantes do que a simples prática de atos isolados de abuso processual⁵⁷.

Especificamente, partindo das premissas estabelecidas, litigância predatória refere-se à utilização subversiva do direito de ação ou jurisdição (abuso de direito de acesso – compreendendo-se aqui tanto a ação como, excepcionalmente, outros atos processuais como a defesa), em que há a prática manipulada de atos sistematicamente reiterados com aparência de licitude para a ocultação ou obtenção de fim ilícito (desvio de finalidade – busca de procedimento ou objetivo ilegítimo com o processo), prejudicando como reflexo o sistema de justiça (predação – o Judiciário, a parte adversa ou mesmo terceiros).

Nesse enfoque, a predação do sistema de justiça ocorre exatamente porque a repetição é deliberadamente utilizada como modelo operacional para produzir abuso processual somente assimilável numa perspectiva sistêmica, tendo como consequência a perda da capacidade das instâncias judiciais e dos demais atores da justiça de bem analisar e julgar o caso concreto, abrindo-se, assim, a possibilidade da consumação dos atos antijurídicos. Um simples ato abusivo processual, por outro lado, é um mero ilícito processual, que não tem o condão de gerar esse efeito.

Haveria, assim, 03 (três) elementos que permitem a construção da noção: i) o abuso contextual do direito de acesso, em que se utiliza indevidamente do direito de praticar atos processuais reiteradamente para dele se locupletar; ii) o desvio de finalidade, através do qual essas condutas representam um modo operacional de persecução de algo ilícito, seja de fins ou de meios, constantemente ocultado pelo panorama de massificação (embora a massificação seja fator potencial-acidental, não conceitual-essencial dessa litigância); iii) a predação, por ter como consequência previsível (e até desejada) o esgotamento dos recursos da justiça, do adversário ou de terceiros.

Cada um desses elementos, por sua vez, comporta variadas manifestações. Felipe Viaro, a propósito, traz uma verdadeira tipologia de ações e condutas abusivas as quais, consideradas em um contexto de prática seriada e locupletamento, poderiam configurar a litigância predatória⁵⁸. Cite-se, com algumas adaptações:

a) demandas e condutas fraudulentas: aquelas que visam convalidar a prática de uma fraude (ex. ações que visam a concessão de benefícios previdenciários mediante documentos forjados);

b) demandas e condutas temerárias: aquelas que visam obter proveito a partir de algo que se sabe ou devia saber ser falso ou ilegal (ex. várias ações ajuizadas em

litígio fático-concreto prévio. Eis um conceito bastante interessante porque mostra uma espécie de abuso processual consistente na existência de uma litigância sem litígio. Embora alocada como espécie de “litigância predatória”, na ótica deste trabalho, as “demandas agressoras” são formas de litigância abusiva que, apenas quando tomadas contextualmente em meio à massificação, configuram a litigância predatória. BRASIL. *Nota Técnica CIJMG n. 12 de 2024*. Nota Técnica – tema repetitivo nº 1198 STJ. 2024. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/informes/cijmg-nota-tecnica-12.htm>. Acesso em 25/07/2024.

⁵⁷ De certo modo, essa ideia muito se aproxima da definida pela Nota Técnica nº 02/2021 do Centro de Inteligência da Justiça Estadual de Pernambuco, que aponta que “a litigância predatória é marcada pelo ajuizamento massivo de lides temerárias”, conquanto este trabalho compreenda que, por vezes, não há o simples ajuizamento de lides temerárias, mas o aproveitamento de uma situação processual massificada a caracterizar a litigância predatória. BRASIL. *Nota Técnica CIJUSPE n. 002 de 2021*. Nota Técnica. 2021. Disponível em: <https://portal.tjpe.jus.br/documents/2720433/2720551/nota+tecnica+02/06527cda-f4fc-0076-9fa0-66458417c9ee>. Acesso em: 25/07/2024.

⁵⁸ VIARO, F. A. N. “Em busca de conceitos”. In: LUNARDI, F. C.; KOEHLER, F. A. L.; FERRAZ, T. S. *Litigiosidade responsável: contextos, conceitos e desafios do sistema de justiça*, ENFAM, Brasília, 2023, p. 58-63.

prol de inúmeras pessoas com em lista de inadimplentes sem se saber se elas possuem direito ou não ou ajuizamento de ações sem procuração que autorize);

c) demandas e condutas frívolas: aquelas que visam criar controvérsias faticamente desnecessárias ou propositadamente fragmentárias (ex. ações que não se submetem ao pedido administrativo prévio ou cindem propositadamente seu objeto para entrar nos juizados);

d) demandas e condutas procrastinatórias: aquelas que visam postergar um resultado previsível de uma consequência jurídica, reduzindo sua eficácia (ex. demandas em série ajuizadas por empresa para não pagar débitos devidos com os fornecedores ou com o fisco);

e) demandas e condutas abusivas e *sham litigation*: aquelas que visam prejudicar ou inviabilizar os atos e exercício de direito manifestamente legítimos por concorrentes ou terceiros (ex. demandas ajuizadas nos plantões judiciais ou em multiplicidade de foros que visam “barrar” uma contratação pública ou privada);

f) demandas e condutas desregulativas ou spam processual: aquelas que visam transferir o custo de análise e de oportunidade para o concorrente ou para terceiros (ex. ações sobremaneira genéricas, não sendo sequer aptas de se extrair o objeto de controvérsia ou a correta compreensão dos pedidos ou da sua relação com as provas; ou ainda pedidos de justiça gratuita sem qualquer base real).

Há de se ver que todas essas demandas ou condutas, quando individualmente analisadas, não constituem litigância predatória, mas dentro de um cenário reiterativo e sistêmico, quando utilizadas subversivamente para dele se aproveitar (modelo operacional), assim se configurariam.

Traga-se o exemplo de uma empresa que se utiliza de ações, defesas e recursos judiciais para postergar o pagamento de uma dívida. Em tese, se isso ocorre pontualmente, há somente as hipóteses de litigância de má-fé cunhadas no art. 80, I, III e VII, do CPC. Contudo, quando isso se sucede em praticamente todos os seus débitos, de modo que a sua atividade empresarial é organizada para, com demandas em série, protelar seus pagamentos, utilizando-se do Poder Judiciário como balcão de seus negócios, há flagrante litigância predatória.

Do mesmo modo, não haveria essa predação quando o poder público em juízo apresenta elementos de defesa genéricos, mesmo que em vários processos, sem qualquer intencionalidade específica, embora haja litigância predatória quando dado ente federativo, sabendo da procedência jurídica de certos pleitos pelos administrados ou servidores, impõe-lhes resistência geral simplesmente porque intenta que os valores a serem expendidos assim o sejam via precatório, utilizando-se do ambiente jurisdicional tão somente para fazer “rolagem de dívida”, postergando suas obrigações⁵⁹.

Nesse contexto, a litigância predatória é a prática abusiva reiterada e sistemática de certos atos com desvio de finalidade, aproveitando-se de um estado jurisdicional disfuncional para, nessa balança, poder alcançar vantagens indevidas (como modelo de negócio).

Eventualmente, quem cria a situação massificada contextual não é sequer o sujeito que busca a vantajosidade. Por isso mesmo, a repetição é elemento potencial-acidental, não conceitual-essencial da litigância predatória. Nesse caminho, não seria necessário causar o contexto ensejador da litigância predatória para que os atos assim se qualifiquem. Bastaria que um litigante se aproveite dessa pré-formatação, locupletando-se dela ao perseguir sistematicamente um interesse ilegítimo, para consumá-la. Desse modo, se dois advogados demandam injusta e excessivamente o poder público numa dada localidade, em atos de litigância predatória, e um terceiro, visualizando o cenário, busca ali o mesmo intento, também é copartícipe dessa espécie de abuso processual.

Em síntese, a litigância predatória é uma forma abusiva de litigar que se constrói contextualmente como modelo operacional. Não deixa de ser, em essência,

⁵⁹ O termo “rolagem de dívida” é um jargão financeiro e econômico que significa, em suma, a renegociação ou reestruturação de uma dívida, visando postergar seu adimplemento.

um modo reiterado e, por isso, coletivamente qualificado, de se litigar de má-fé e atentando à justiça pelo cenário que lhe é subjacente.

5. Coletivização integrativa e a administração processual da litigância predatória

5.1. As etapas do combate à litigância predatória

Definido o núcleo essencial do que se compreende como litigância predatória, especialmente visto como fenômeno que congrega, numa certa acepção coletivizante, o abuso do direito de ação ou acesso à justiça num contexto de manuseio sistemático da repetição, estabelecendo-se uma predação perniciosa ao ambiente jurisdicional, é fundamental apontar, então, como o sistema de justiça pode e deve enfrentar esse modo ilegítimo de litigar, sem olvidar das garantias constitucionais que o circundam, como o devido processo legal, o contraditório e o próprio direito de ação e de acesso à justiça⁶⁰.

Nesse cotejo, visualiza-se, ao menos, 03 (três) etapas necessárias à sua adequada administração: (i) a identificação preliminar da litigância predatória a partir de casos concretos; (ii) a discussão procedimentalizada de sua qualificação para a manutenção das garantias constitucionais básicas dos litigantes em juízo e; (iii) a responsabilização para a inibição efetiva dessas condutas.

Sobre a primeira delas, conquanto ainda haja problemas analíticos e confusões conceituais que acabam por limitar uma melhor resposta à litigância predatória, não há dúvidas de que nos últimos anos essa foi a etapa na qual se obteve mais avanços, seja mediante as orientações técnicas editadas pelos centros de inteligência dos tribunais brasileiros, seja através de amadurecimentos doutrinários sobre a temática.

Ao menos desde 2015, percebeu-se a necessidade de criação de certos órgãos com a incumbência de melhor gerir o passivo processual dos tribunais, direcionando, em especial nas demandas repetitivas, sua atuação administrativa e jurisdicional. Nesse ano, surge a Comissão Judicial de Prevenção de Demandas em Natal/RN, na Justiça Federal do Rio Grande do Norte, havendo uma multiplicação de estruturas semelhantes a partir desse marco⁶¹.

Em outubro de 2020, o Conselho Nacional de Justiça edita a Resolução nº 349/2020, a qual, dentre outras providências, institui o Centro de Inteligência do Poder Judiciário – CIPJ e a rede de Centros de Inteligência do Poder Judiciário, com o objetivo de identificar e propor tratamento adequado de demandas estratégicas ou repetitivas e de massa no Poder Judiciário brasileiro (art. 1º)⁶². Desde então, esses

⁶⁰ Vale mencionar que o problema da litigância predatória não está adstrito à jurisdição brasileira. Muito pelo contrário, tem-se espalhado por diversos países do mundo ocidental, sobretudo aqueles que, tal como o Brasil, estão enfrentando contextos de ações massificadas. A Nota Técnica nº 12/2024, por exemplo, aponta que essas mesmas discussões têm sido travadas na França, Itália, Alemanha, Espanha, Portugal e Estados Unidos. BRASIL. *Nota Técnica CIJMG n. 12 de 2024*. Nota Técnica – tema repetitivo nº 1198 STJ. 2024. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/informes/cijmg-nota-tecnica-12.htm>. Acesso em 25/07/2024. p. 7. Michelle Taruffo, inclusive, possui um estudo de direito comparado sobre abusos processuais em geral, nominado de “abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral)”, em que analisa comparativamente o fenômeno de abusos processuais sobretudo entre países europeus. TARUFFO, M. “Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral)”, *Revista de Processo*, v. 177, 2009, p. 153-183.

⁶¹ *Contexto Histórico - Portal Centro de Inteligência - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Em linha. Portal Centro de Inteligência. [s. d.]. Disponível em: <https://www.tjrj.jus.br/web/centro-de-inteligencia/contexto-historico>. Acesso em 27/07/2024.

⁶² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 349*. Em linha. Resolução de 23/10/2020. Disponível em:

centros passaram a atuar, entre outros temas, no enfrentamento à litigância predatória, havendo a confecção de dezenas de notas técnicas sobre o tema⁶³.

Substancialmente, essas notas delimitam o que se entende por litigância predatória, bem assim traçam certas condutas processuais que, uma vez observadas na prática, poderiam configurar essa espécie de abuso processual. Dessa forma, a criação e consolidação dos centros de inteligência e de suas orientações são, de fato, o início da concretização institucional da fase de identificação de ações predatórias, permitindo, de uma vez, a uniformização de seu reconhecimento e a padronização das respostas a esses abusos.

Outrossim, se a temática era pouco explorada há alguns anos, percebe-se um incremento de trabalhos sobre ela. Apenas nos artigos da Revista de Processo, conceituada publicação da Editora Revista dos Tribunais (Thomson Reuters), há quase uma dezena de artigos que a permeiam publicados entre o final do ano de 2023 e início do ano de 2024. Isso demonstra que o tema tem recebido atenção crescente da doutrina especializada⁶⁴.

Se o trabalho dos centros de inteligência e da doutrina parecem cada vez mais otimizar as possibilidades de detecção dos indícios da litigância predatória, a procedimentalização das etapas de identificação, de discussão e de responsabilização por tais atos ainda possuem desenvolvimento bastante incipiente. Bem verdade que o Superior Tribunal de Justiça, como asseverado, afetou o Tema nº 1198 para discutir o poder geral de cautela do juízo em face da litigância predatória, ocasião que não somente deverá ser examinada a definição de litigância predatória, mas também serão decididos as possibilidades e limites da atuação jurisdicional diante do fenômeno.

No entanto, como mesmo denunciam a doutrina e certos atores do sistema de justiça⁶⁵, impõe-se uma especial diligência para que, ao seu fim, partindo de certas incompreensões e incompletudes analíticas, não se enquadrem nessa definição certos comportamentos que são, ou deveriam ser, resguardados pelo direito de ação e acesso. Afinal, nem sempre indícios se concretizam em fatos, de modo que a caracterização procedimental da litigância predatória, também ela, deve se submeter às balizas do contraditório e do devido processo legal. Por isso, mais adiante, serão analisados alguns aspectos que circundam a institucionalização e a procedimentalização das respostas à litigância predatória, como garantia da efetividade da justiça e das cláusulas constitucionais antes referidas.

5.2. A resposta institucional e a resposta processual à litigância predatória

Como o juízo pode identificar, num conjunto de casos esparsos, os elementos que compõem a litigância predatória? Poderia o juízo, ao se deparar com essas condutas que indiquem a sua existência, atuar para inibi-las? Nesse intuito, pode, de plano, aplicar sancionamentos e obstaculizar essas práticas?

<https://atos.cnj.jus.br/files/original131706202010285f996f527203d.pdf>. Acesso em: 28/07/2024.

⁶³ Essas notas estão disponíveis em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=cf62393c-583b-40ee-9eab-4edbf336b3b&sheet=1c632c02-5988-4bfa-82ee-e5d7c21a729f&theme=horizon&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 17 de julho de 2024.

⁶⁴ Pesquisa realizada em julho de 2024 no portal da Revista dos Tribunais: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>

⁶⁵ Veja-se, por exemplo: MOURÃO, Samuel A. F.; FREITAS, T. A.; GUGLINSKI, V. *A falácia do termo 'litigância predatória'*. Consultor Jurídico. 21/11/2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-22/a-falacia-do-termo-litigancia-predatoria/>. Acesso em 27/07/2024. Outros relatos também podem ser vistos na Nota Técnica nº 12/2024 CIJMG. BRASIL. *Nota Técnica CIJMG n. 12 de 2024*. Nota Técnica – tema repetitivo nº 1198 STJ. 2024. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/informes/cijmg-nota-tecnica-12.htm>. Acesso em 25/07/2024.

Num primeiro momento, poder-se-ia acreditar que são exatamente esses os questionamentos que o tema nº 1198 do Superior Tribunal de Justiça se propõe a responder. Contudo, basta um mero olhar à realidade dos fatos para se perceber que a grande questão que deveria tangenciar o repetitivo não é a mera possibilidade jurídica de utilização das faculdades do poder geral de cautela ante a configuração de atos predatórios (o que parece ser evidentemente possível), mas como detectá-los e como proceder a partir de então. Ou melhor, como procedimentalizar esses poderes num contexto em que a litigância predatória emerge, precisamente, de abusos profusos em uma sequência de atos e processos reiterativos e, assim, precisa ser identificada e caracterizada?

Indo além, a indagação envolve reflexamente a própria forma de assegurar as garantias fundamentais nesses processos para que os litigantes também tenham a aptidão de discutir essa caracterização e desconstituir eventuais distribuições de ônus e penalizações. Mesmo litigantes potencialmente abusivos fazem jus ao contraditório e a ampla defesa, ao acesso à justiça e ao devido processo, de modo que qualquer decisão de efeitos sancionatórios ou cautelares deve se submeter a esse crivo.

Portanto, a pergunta central não parece ser “se”, mas sim “quando” e “como” utilizar os poderes gerais de cautela quando a concretização da litigância predatória é contextual e demanda, por sua natureza, a análise conjunta de uma pluralidade de atos espalhados em diversos processos. Eis a problemática real do tema: há um perfil coletivo imanente à litigância predatória que apenas possibilita evidenciá-la contextualmente, mais precisamente quando se vislumbra uma reiteração de atos e condutas perpetradas sistematicamente por alguns atores processuais para, abusando do sistema de justiça, auferir certos proveitos, que podem ser jurídicos, econômicos, concorrenciais, sociais, de quaisquer naturezas.

Ou seja, o ponto é: como dar uma resposta sistêmica a um problema sistêmico?

São muitas as formas através das quais podem ocorrer a litigância predatória, desde as mais óbvias e evidentes (como o exemplo de Saloá/PE) até as mais obscuras e sorrateiras (como o de uma empresa que atua sistematicamente, em diferentes processos, para prejudicar seus consumidores, credores ou concorrentes). Sob essas premissas, são ao menos duas formas de resposta que deve haver no enfrentamento a esse modo de litigar: uma institucional e outra processual.

5.3. A resposta institucional: a institucionalização cooperativa e o papel dos vários atores do sistema de justiça

Pela conjuntura que permeia a litigância predatória, não há qualquer dúvida de que a primeira resposta ao fenômeno deve, necessariamente, ser a institucional. Cabe aos tribunais e seus centros de inteligência, bem como aos demais atores do sistema de justiça (advogados e seus representados, público ou privados, Defensorias Públicas, Ministério Público, dentre outros), auxiliarem o juízo no diagnóstico e tratamento de possíveis atos abusivos-predatórios.

A Resolução nº 349/2020 do Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre a “criação do Centro de Inteligência do Poder Judiciário e dá outras providências” já instrumentaliza os diversos centros para, dentre outras atribuições, manter interlocução com os demais Centros de Inteligência do Poder Judiciário, disseminar as medidas consubstanciadas nas notas técnicas exaradas pelos demais Centros de Inteligência e fixar critérios de taxonomia para classificação de demandas repetitivas ou em massa (art. 2º, VI, VII e VIII).

E, de fato, os centros de inteligência, como ramificações do Poder Judiciário, devem atuar, generalizada e concretamente (ora para emanar orientações gerais, ora para direcionar controles específicos, a partir do processamento de dados e informações), amparando as diferentes instâncias jurisdicionais, sobretudo no diagnóstico desses atos e condutas, que reclamam uma visão gerencial e transversal,

por vezes somente realizável por agentes que se situam em certas posições sobrepostas e confluentes.

Comumente, essa reiteração de atos e condutas tendentes à predação do ambiente jurisdicional constrói uma litigância que opera por vias sofisticadas, tornando ainda mais complexa a resposta a esse modo de litigar. Poderia suceder que certas ações fossem praticadas em comarcas diversas e mesmo distantes, que fossem dirigidas a diferentes entidades e ramos da Justiça ou que, embora sem impacto numérico significativo, houvesse uma insurgência mais sutil e obscura valendo-se do ambiente jurisdicional para concretizar finalidades clandestinas.

Daí a importância de uma resposta institucional ampla, que leve em conta não somente as estruturas judiciárias, mas todos os atores do sistema de justiça, até mesmo porque a predação consome os recursos comuns a todos e potencialmente dilapida interesses abstratamente convergentes⁶⁶. Efetivamente, tais atitudes sobrecarregam o ambiente jurisdicional, prejudicando não somente sua capacidade de processamento das pretensões de todos os seus demais atores⁶⁷, mas, numa macrovisão, distorcendo suas consequências e expectativas na própria tutela de direitos.

Disso deriva a importância da advocacia privada e pública (aqui incluída a Defensoria Pública), como funções essenciais à justiça e representante de partes que podem estar sendo espoliadas, de instar o Poder Judiciário e mesmo suas instituições quando confrontem situações anômalas reiteradas e sistemáticas (já expostas nas notas técnicas dos diversos centros de inteligência) que possam indicar a existência de litigância predatória. Tais agentes e instituições, por possuírem organizações, distribuições e atribuições diversas do Judiciário, por certo, têm um papel bastante relevante ao fornecer novas perspectivas e pontos de vista sobre o fenômeno.

A advocacia privada e mesmo as Defensorias, por exemplo, teriam uma capilaridade e uma abertura maior junto à população e certas organizações sociais, podendo angariar informações sobre capturas abusivas de clientela, representações ilegítimas, abordagens questionáveis, as quais, não raro, são a fonte inicial e embrionária da litigância predatória. A advocacia pública, por sua vez, tem uma altíssima aptidão para mapear certas litigâncias sistêmicas e reiterativas quando dirigidas contra o poder público, bem como atuar diretamente nas situações em que ele próprio se movimenta predatoriamente⁶⁸.

Destaque-se, outrossim, o papel da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) que, além de ter ingerência específica sobre os modos de atuação dos advogados públicos e privados, também tem uma forte dimensão disciplinar, sendo responsável pela penalização quando os atos dos advogados constituem infração administrativa. Assim, cabe à OAB, uma vez instada para tanto, apurar se os atos de litigância

⁶⁶ Como já se referiu outrora, há um interesse comum na saúde do ambiente jurisdicional como um todo pelos atores da justiça. Veja-se: HARDIN, G. "The tragedy of the commons", *Science*, v. 162, nº 3859, 1968, p. 1243-1248.

⁶⁷ Tema trabalhado por: WOLKART, E. N. *Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro*. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2018.

⁶⁸ A noção de litigiosidade responsável também é trabalhada por Marco Bruno Clementino e Lucas Pinto: "Essencialmente, a litigiosidade responsável invoca a ideia de um modo especial de litigar que observa, não de forma isolada, mas conjuntamente, os princípios sensíveis do processo, tais como: o acesso à justiça, o devido processo legal e a efetividade da jurisdição. Pela litigiosidade responsável, o litígio, natural que é na sociedade e não podendo ser evitado completamente, há de ser trabalhado de maneira otimizada, mediante comportamentos de todos os sujeitos processuais e extraprocessuais para que se cumpra sua finalidade, sem abdicar dos valores sistematicamente inerentes ao processo". CLEMENTINO, M. B. M.; PINTO, L. J. B. "Litigância redundante e litigiosidade responsável: uma análise dos limites do do processo coletivo a partir da problemática do seguro defeso do biênio 2015-2016. In: LUNARDI, F. C. *Tratamento da litigiosidade brasileira: diagnósticos, abordagens e casos de sucesso*. ENFAM, Brasília, 2023, p. 353.

predatória figuram como: angariação ou captura de causas (art. 34, IV), advocacia contra lei (art. 34, VI e XIV), anulações desnecessárias (art. 34, X), locupletamento ilícito (art. 34, XX), conduta incompatível (art. 34, XXV), inidoneidade moral (art. 34, XXVII), dentre outros ilícitos previstos na Lei nº 8.906/1994.

Por fim, o Ministério Público ostenta missão fundamental na identificação, procedimentalização e resposta à litigância predatória, isso porque é o próprio art. 127 da CRFB/88 que lhe incumbe “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, particularizando especificamente no art. 129, II, que é função sua “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição”, razão pela qual lhe é atribuída a tutela penal e coletiva dos bens jurídicos primários do Estado.

Ora, em todo este trabalho, concebeu-se o ambiente jurisdicional como um bem e serviço público essencial à garantia de direitos, de usufruto comum e coletivo das pessoas. A litigância predatória, por excelência, seria formada exatamente pelos atos e condutas que, em abuso do direito à jurisdição, dilapidam esse espaço qualificado e, por consequência, sendo ele pressuposto assecutorio de todos os demais direitos, compromete toda a ordem jurídica.

O Ministério Público, por essa significação, seria a instituição que possui um perfil constitucional talhado para o combate à litigância predatória. Assim, os deveres-poderes ministeriais (fiscalização, apuração, acionamento) devem ser exercidos sob essas condições e finalidades. Em essência, embora algumas linhas a mais devam ser tecidas sobre o papel procedimental do órgão à frente, quando solicitado por qualquer dos demais atores do sistema de justiça ante atos potenciais de predação jurisdicional, é o Ministério Público que deve promover as ações civis e penais públicas para a inibição dessas condutas temerárias.

Há, a partir da ideia de variados atores do sistema de justiça em cooperação para dar uma resposta institucional à litigância predatória, uma concepção de institucionalização cooperativa, que invoca exatamente a formatação de elos sistêmicos e colaborativos entre os agentes do sistema para, conjuntamente, administrar a litigância predatória.

5.4. A resposta processual: a coletivização integrativa e a procedimentalização na tutela das garantias do direito à ação, jurisdição e devido processo

Nesse sentido, conquanto a atuação dos centros de inteligência e dos demais atores do sistema de justiça seja um importante passo na institucionalização de uma resposta, deve-se vislumbrar que, na prática, é o juízo decisório-jurisdicional que tem o dever-poder de configurar uma estrutura processual para, a partir dos indícios de condutas abusivas previamente emolduradas por aqueles órgãos, detectar, debater, examinar e, posteriormente, declarar e sancionar a litigância predatória.

Pelos caminhos tradicionais do processo, haveria uma grande dificuldade nisso. Rememore-se, novamente, o caso ocorrido na cidade de Saloá, no interior pernambucano. Foram distribuídas em sua vara única em poucas semanas mais de 1.500 (mil e quinhentas) ações por um trio de advogados, sem que sequer fosse possível, de início, saber a real dimensão dessas demandas.

Em tese, numa situação como essa, caberia ao juízo da comarca triar cada um desses processos, procedendo às diligências necessárias à sua regularização (intimar para comprovar recolhimento de custas, juntar procurações atualizadas, anexar comprovantes de endereço, dentre outros) ou continuidade (citações, marcações de audiência, designação de perícias, dentre outros). Possivelmente, com a estrutura ali existente e com o acervo prévio, a adoção individual e pormenorizada de encaminhamentos seria impossível e, pior, ainda que houvesse indícios de uma litigância com perfil predatório, mesmo a conformação de providências para inibi-la poderia ensejar ou a emanção de decisões genérica-arbitrárias ou a tomada de expedientes pouco eficientes.

Seja para uma melhor administração da justiça e do ambiente jurisdicional, seja mesmo para garantir a obediência aos ditames do direito à ação, contraditório e devido processo legal, há a necessidade de uma procedimentalização adequada do poder geral de cautela, ou até melhor, dos deveres-poderes do juízo ante a deflagração de uma situação potencialmente apta a retratar a litigância predatória.

Essencialmente, sob o prisma desenhado, esses atos representam uma dimensão transcendente e reiterativa de abusos processuais, na medida em que operam como um modo sistemático de utilização subversiva do direito à jurisdição para o alcance de finalidades antijurídicas por agentes determinados.

De certo modo, partindo das noções lançadas por Marc Galanter mediante a qual ocupam os espaços judiciais atores tipologicamente diversos quanto à frequência de litigar ("*one-shotters*" e "*repeat players*"), pode-se conceber, igualmente, a existência de tipologias distintas para classificar os litigantes em sua forma de litigar, a qual, pela forma reiterativa e sistemática que atuam na litigância predatória, não deixam de ser espécies de "*repeat players*"⁶⁹.

Assim, a litigância predatória acaba assumindo essa feição coletivo-repetitiva⁷⁰, vez que os atos que a qualificam e os atores que a perpetram assim o fazem num plano plural e contextual (não atômicamente), motivo pelo qual é fundamental a adoção da ideia de "coletivização integrativa"⁷¹.

A coletivização integrativa seria um modelo de integração e comunicação procedimental entre o individual, o coletivo e o repetitivo, mediado por conformações cooperativas, que permite a formatação de estruturas processuais transversais a consolidar operações associadas entre seus institutos, mecanismos e instrumentos. Embora este trabalho não possa explorar minudentemente suas consequências, razão pela qual se remete o leitor à monografia expositiva do tema⁷², dela decorre a possibilidade de formação de arranjos procedimentais coletivos-cooperativos que processam situações repetitivas, objetivando-se, em última análise, uma resposta processual concentrada e otimizada a eventos multifacetados e funcionalmente complexos⁷³.

Exemplos da concretização desse modelo via interpretação judicial seriam a concertação de atos entre juízos para a concentração de atos processuais (art. 69, § 1º, I, II, III e VII), a centralização de processos repetitivos (art. 69, § 2º, VI, CPC) e o chamamento à coletivização (art. 139, X, CPC). Por esses instrumentos, uma vez que um juízo se depare com um conjunto de atos reiterados em diversos processos símiles que indiquem uma litigância abusiva qualificada a predar o sistema de justiça, poderia ele estabelecer, inclusive com outros juízos (o que pode ser necessário a

⁶⁹ GALANTER, M. "Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change". *Law and Society Review*, v. 9, n. 1, 1974. Republicação com correções em *Law and Society*. Dartmouth, Aldershot: Cotterrell, 1994, p. 169-175.

⁷⁰ Descreve-se a íntima correlação entre os fenômenos coletivo e repetitivo com base em três pressupostos: "o pressuposto ontológico, que se refere as relações reais entre os âmbitos individual, coletivo e o social, os quais permeiam o processo; o pressuposto teleológico, que descreve e reconstrói o modo específico e finalístico da tutela coletiva no ordenamento processual; e, por fim e a partir dessas constatações, o pressuposto lógico-sistemático, que implica na forma adequada de integrar processualmente os fenômenos coletivo e repetitivo". Para aprofundamentos, consultar: PINTO, L. J. B. *Tutela coletiva e julgamento repetitivo: suas interações e reconstruções no enfrentamento da litigiosidade*. Dissertação de Mestrado. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2023.

⁷¹ PINTO, L. J. B. *Tutela coletiva e julgamento repetitivo: suas interações e reconstruções no enfrentamento da litigiosidade*. Dissertação de Mestrado. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2023.

⁷² PINTO, L. J. B. *Tutela coletiva e julgamento repetitivo: suas interações e reconstruções no enfrentamento da litigiosidade*. Dissertação de Mestrado. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2023.

⁷³ PINTO, L. J. B. *Tutela coletiva e julgamento repetitivo: suas interações e reconstruções no enfrentamento da litigiosidade*. Dissertação de Mestrado. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2023.

dependem da profusão de demandas), procedimentos atípicos que resultem numa concatenação e unificação das respostas jurisdicionais ao fenómeno.

Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna, prevendo essas finalidades, afirmam que o dispositivo da cooperação judiciária nacional conduz a “formação de arranjos coletivos, no curso do processo”⁷⁴, com “feição análoga” àquela desempenhada por formas de coletivização, como o *Multidistrict Litigation* estadunidense, o *Group Litigation Order* inglês e o *Musterverfahren* alemão⁷⁵. Fredie Didier Jr. vai além, entendendo que não apenas questões acessórias, mas igualmente as principais poderiam ser centralizadas, o que conduz a ideia que a centralização seria, essencialmente, uma coletivização⁷⁶.

Por essas faculdades processuais, nada obsta que dado juízo incidentalize a análise da litigância predatória, construindo um procedimento de resolução de discussão, problematização e resolução uma para todos os casos e atos que circundarem esse evento, desde que assim o faça à luz dos princípios constitucionais que asseguram a ampla defesa, contraditório e devido processo.

Nesse compasso, na medida que há um tipo de coletivização por aderência, seria natural o chamamento do Ministério Público e dos demais juízos processantes das causas como auxiliares do juízo principal (até mesmo para garantir, via cooperação, uma harmonização de provimentos). A depender da circunstância, de igual modo, entes públicos e privados, e mesmo órgãos de classe como a OAB podem ser instados a opinar no feito, contribuindo com o Judiciário.

A coletivização integrativa se prestaria, portanto, e com a invocação desses dispositivos em combinação, a inaugurar espaços intermediários de diálogos institucionais e de concretização estratégica da jurisdição⁷⁷, assumindo, esses arranjos, a função de resolução sistêmica de um problema sistêmico, como é a litigância predatória.

Evidentemente, pela atipicidade dessa procedimentalização e mesmo por todos os caminhos que a litigância predatória e os poderes gerais do juízo podem tomar, não há uma estrutura pré-formatada a se seguir. Apesar disso, algumas diretrizes são bastante claras na correta direção dessa procedimentalização:

(i) para estruturação desse procedimento é imprescindível que haja a identificação do elo comum à totalidade de atos que importam na constituição da litigância predatória, o que, fatalmente, levará a certos atores do sistema de justiça, sejam eles representados (empresas, organizações, entes públicos, dentre outros) ou representantes (advogados privados e públicos, defensores, procuradores, dentre outros). A ausência desse elo, há de se ver, implica a ausência de sistematicidade, o que importa na ausência de litigância predatória.

(ii) uma vez que instaurado pelas vias cooperativas-coletivas (modelo de coletivização integrativa), é fundamental que os atores potencialmente envolvidos, como presas ou predadores, ou mesmo terceiros interessados, sejam chamados como partes do incidente ou auxiliares do Judiciário, até mesmo para possibilitar, num eventual reconhecimento da litigância predatória, a tomada de providências afetas a cada um deles (a exemplo da OAB e de um ente público que esteja participando dos processos referidos);

(iii) o Ministério Público, como guardião primário da ordem jurídica, possui a incumbência de acompanhar todo o procedimento na condição de *custos legis*,

⁷⁴ ARENHART, S. C.; OSNA, G. “A cooperação nacional como mecanismo de coletivização: algumas questões preliminares”. In: *Cooperação Judiciária Nacional*. DIDIER JR., F.; CABRAL, A. do P. JusPodivm, Salvador, 2021, p. 511

⁷⁵ ARENHART, S. C.; OSNA, G. “A cooperação nacional como mecanismo de coletivização: algumas questões preliminares”. In: *Cooperação Judiciária Nacional*. DIDIER JR., F.; CABRAL, A. do P. JusPodivm, Salvador, 2021, p. 512-519.

⁷⁶ DIDIER JR., F. “Ato concertado e centralização de processos repetitivos”. In: *Cooperação Judiciária Nacional*. DIDIER JR., F.; CABRAL, A. do P. JusPodivm, Salvador, 2021, p. 227-242.

⁷⁷ BATEUP, C. “The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue”. *Brooklyn Law Review*, v. 71, n. 1, p. 1109-1180, 2006.

cabendo-lhe, igualmente, requerer e prosseguir com a tomada das diligências, sejam concomitantes ou posteriores, ao reconhecimento da litigância predatória, inclusive promovendo ações civis e penais públicas para a inibição e responsabilização das condutas conforme sua caracterização;

(iv) outros juízos processantes, acaso as condutas predatórias sejam profusas, podem auxiliar o juízo e participar como terceiros do procedimento, devendo, ao fim, na hipótese de não haver centralização decisória (o que seria recomendado), proferirem decisões que sigam harmonicamente as diretrizes desse procedimento, prezando pela estabilidade, integridade e coerência da jurisdição;

(v) e, mais importante, essa procedimentalização, ao tempo que se presta a dar eficiência e uniformização às respostas jurisdicionais ao fenômeno, serve, com igual essencialidade, à garantia do contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Logo, a todos aqueles potenciais praticantes de atos e condutas de predação, deve ser assegurado o direito de debatê-la, descaracterizá-la, justificá-la e até mesmo corrigi-la quando possível, sem prejuízo de, em cada apuração subsequente (administrativo-disciplinar, cível e penal), poder se defender especificamente.

Por isso, a procedimentalização das etapas de identificação, discussão e sancionamento da litigância predatória, a partir da ideia de uma coletivização integrativa para o tratamento de um fenômeno complexo e sistêmico, demonstra ser o melhor método tanto para otimizar a administração da justiça como para, assim procedendo, conservar os direitos fundamentais dos litigantes e seus representantes (quando sejam suspeitos de condutas predatórias)⁷⁸.

6. Considerações finais

Após a contextualização das contradições contemporâneas do acesso à justiça, que a alocam, ao mesmo tempo, como direito-premissa e subterfúgio de abusos processuais, foram realizadas reflexões sobre o verdadeiro conteúdo da cláusula contida no art. 5º, XXXV, da CRFB/88. Em essência, até mesmo porque há nela garantias negativas e positivas, chegou-se a compreensão de que o texto constitucional expressa um direito de acesso à justiça substancial, que impõe ao poder público a criação de bases para um acesso à justiça eficiente, célere e adequado.

Por decorrência lógica, a garantia à jurisdição não seria um direito ilimitado, pois, como ambiente comum, deve ser interpretado tendo como baliza a própria administração da justiça e o direito à ação de todas as pessoas que dele usufruem. Assim, seria um dever-poder que impõe faculdades e responsabilidades, em prol de uma administração da justiça devida e operacionalmente eficiente, ideia essa que está muito mais em consonância com as garantias previstas constitucionalmente (qualificado acesso à jurisdição ou acesso à justiça material). Nesse enfoque, a litigância predatória, como forma abusiva de utilização do direito à jurisdição que preda o sistema de justiça, não encontraria guarida na garantia prevista no art. 5º, XXXV, da CRFB/88.

Fixada essa premissa, buscou-se, então, investigar o que seria efetivamente a "litigância predatória". Para isso, inicialmente, desenvolvem-se as ideias de litígio

⁷⁸ Ideia semelhante é trazida por Gabrielly de Souza para quem: "conclui-se que as ações coletivas e técnicas de coletivização podem ser manejadas enquanto métodos para enfrentamento da litigância predatória, embora o regramento processual aplicável a essas técnicas atualmente apresente impasses nesse sentido, especialmente em relação à inexistência de preclusão em relação ao ajuizamento individual de ações repetitivas através do processamento coletivo de questões comuns. Assim, é possível afirmar que há uma relação de solução e aprimoramento do acesso à justiça a ser considerada entre o fenômeno da coletivização e unidade do direito frente à litigância predatória, na medida que um processo coletivo mais efetivo e com menos timidez em relação aos seus limites subjetivos e objetivos de vinculação representaria uma forma de redução das chances de atuação da advocacia predatória nas ações individuais repetitivas". SOUZA, G. "Litigância predatória, tutela coletiva e o porvir do acesso à justiça". *Revista de Processo*, v. 353, 2024, p. 227.

e litigância para uma melhor compreensão do fenómeno, ainda que se reconheça a polissemia dos termos. Assim, percebeu-se que a ideia de “litigância” se reporta ao modo de desenvolver os litígios processualmente existentes. Logo, ao se falar de “litigância predatória” deve-se ter em vista que, conceitualmente, estar-se-á descrevendo o fenómeno do abuso de direito de ação em suas repercussões que circundam o processo.

Em seguida, foram desfeitas algumas confusões (empreendidas por vezes pela doutrina, pela jurisprudência e mesmo pelas notas técnicas emanadas pelo Poder Judiciário) sobre o que compreenderia essa forma abusiva de litigar. Nesse diapasão, demonstrou-se que os atos de predação não se reduzem ao ato de demandar em si, podendo ocorrer na defesa ou mesmo em outras ocasiões do agir processual (recorrer, peticionar, suscitar, provar, dentre outros). Do mesmo modo, demonstrou-se que ela não se equipara nem a litigância repetitiva-massificada, nem a processos complexos que se utilizam excessivamente dos recursos judiciais. Afinal, não haveria nessas hipóteses utilização subversiva dessas capacidades, mas legítima e justificável.

Igualmente, retrabalhando as ideias que circundam essa litigância, distinguiu-se essa modalidade dos atos típicos tradicionais de abuso processual (casos de litigância de má-fé e atos atentatórios à dignidade da justiça), uma vez que tais condutas, desde que tomadas de maneira isolada, não ocasionariam propriamente a formação de uma litigância predatória, a qual presume uma certa continuidade e permanência de comportamentos tendentes ao exaurimento do ambiente jurisdicional (um comportamento sistêmico). Nisso, compreendeu-se que há uma certa acepção coletiva na ideia subjacente à litigância predatória, que faz nela confluir a necessidade de uma pluralidade de condutas que visam lesar, quando vistas cumulativamente, o sistema de justiça.

Dessa análise, concluiu-se que litigância predatória refere-se à utilização subversiva do direito de ação ou jurisdição (abuso de direito de acesso – compreendendo-se aqui tanto a ação como, excepcionalmente, outros atos processuais como a defesa), em que há a prática manipulada de atos sistematicamente reiterados com aparência de licitude para a ocultação ou obtenção de fim ilícito (desvio de finalidade – busca de procedimento ou objetivo ilegítimo com o processo), prejudicando como reflexo o sistema de justiça (predação – o Judiciário, a parte adversa ou mesmo terceiros).

Definido o seu núcleo essencial, apontaram-se as 03 (três) etapas necessárias à sua adequada administração: (i) a identificação preliminar da litigância predatória a partir de casos concretos; (ii) a discussão procedimentalizada de sua qualificação para a manutenção das garantias constitucionais básicas dos litigantes em juízo e; (iii) a responsabilização para a inibição efetiva dessas condutas.

Sendo muitas as formas através das quais poderia ocorrer, desde as mais óbvias e evidentes até as mais obscuras e dissimuladas, percebeu-se que o Tema Repetitivo nº 1198 do Superior Tribunal de Justiça, conquanto vise debater o poder geral de cautela face ao fenómeno, acabou por reduzir demais seu escopo temático, porquanto, na ocasião, deveriam ser examinadas não apenas sua definição e as possibilidades de atuação jurisdicional, mas a identificação casuística e a procedimentalização de respostas respectivas.

Sob essas premissas, desenvolvem-se duas formas de respostas que devem coexistir para o tratamento da litigância predatória: a institucional e a processual. Enquanto a institucional delineia, tendo por base uma institucionalização cooperativa, o papel dos vários atores do sistema de justiça nas etapas de combate à litigância predatória, a processual trata de formatar, a partir da ideia de coletivização integrativa, os modos procedimentais específicos que se prestam, ao mesmo tempo, à identificação e ao processamento do evento abusivo, e na garantia dos direitos fundamentais dos litigantes (acesso à jurisdição, contraditório e devido processo legal).

7. Referências bibliográficas

- ADORNO, T. *Indústria cultural e sociedade*, Paz e Terra, São Paulo, 2009.
- ARENDT, H. *Origens do totalitarismo*, Companhia das letras, São Paulo, 1989.
- ARENHART, S. C.; OSNA, G. "A cooperação nacional como mecanismo de coletivização: algumas questões preliminares". In: *Cooperação Judiciária Nacional*. DIDIER JR., F.; CABRAL, A. do P. JusPodivm, Salvador, 2021, p. 509-536.
- ASPERTI, M. C. de A. *A mediação e a conciliação de demandas repetitivas*, Fórum, Belo Horizonte, 2020
- BATEUP, C. "The dialogic promise: assessing the normative potencial of theories of constitutional dialogue", *Brooklyn Law Review*, v. 71, n. 1, p. 1109-1180, 2006.
- BENEDUZI, R. R. "Teoria geral do litígio". In: MENDES, A. G. de C. (org.). *O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – estudos em homenagem ao professor, jurista e ministro Luiz Fux*, v. II, LMJ Mundo Jurídico, Rio de Janeiro, 2018.
- BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*, Malheiros, São Paulo, 2011.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação n. 127*. Em linha. Recomendação de 15/02/2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original17591220220217620e8cf0e759c.pdf>. Acesso em 25/07/2024.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 235*. Em linha. Resolução de 14/07/2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2312>. Acesso em: 28/07/2024.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 349*. Em linha. Resolução de 23/10/2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original131706202010285f996f527203d.pdf>. Acesso em: 28/07/2024.
- BRASIL. Corregedoria Nacional de Justiça. Diretrizes Estratégicas para 2023. Diretriz. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/metas-e-diretrizes-estrategicas/metas-2023/>. Acesso em 25/07/2024.
- BRASIL. *Justiça em números 2024*, CNJ, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf>.
- BRASIL. *Nota Técnica CIJMG n. 1 de 2022*. Nota Técnica. Disponível em: https://www.tjmg.jus.br/data/files/49/80/E5/70/DF212810B8EE0B185ECB08A8/NT_01_2022%20_1_%20_1_.pdf. Acesso em: 25/07/2024.
- BRASIL. *Nota Técnica CIJMG n. 12 de 2024*. Nota Técnica – tema repetitivo nº 1198 STJ. 2024. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/informes/cijmg-nota-tecnica-12.htm>. Acesso em 25/07/2024.
- BRASIL. *Nota Técnica CIJMS n. 01 de 2022*. Nota Técnica. 2022. Disponível em: <https://www.tjms.jus.br/storage/cms-arquivos/62a318e6cbe7019b873fa0a4d8d58599.pdf>. Acesso em 25/07/2024.
- BRASIL. *Nota Técnica CIJPE n. 02 de 2021*. Nota Técnica. Disponível em: <https://portal.tjpe.jus.br/documents/2720433/2720551/nota+t%c3%a9cnic+a+02/06527cda-f4fc-0076-9fa0-66458417c9ee>. Acesso em: 25/07/2024.
- BRASIL. *Nota Técnica do Grupo de Trabalho da Portaria n. 026 de 2021 CGJ/TJMT*. Nota Técnica. Disponível em: https://centrodeinteligencia-mc.tjmt.jus.br/portalcentrodeinteligencia-arquivos-prod/cms/Nota_Tecnica_NUMOPEDE_Prov_26_2021_CGJ_f3116bb807.pdf. Acesso em 25/07/2024.
- BRASIL. *Nota Técnica CIJUSPE n. 002 de 2021*. Nota Técnica. 2021. Disponível em: <https://portal.tjpe.jus.br/documents/2720433/2720551/nota+t%c3%a9cnic+a+02/06527cda-f4fc-0076-9fa0-66458417c9ee>. Acesso em: 25/07/2024.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial n. 2020665/MS, de 05/09/2023. Disponível em:

- https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1198&cod_tema_final=1198. Acesso em 25/07/2024.
- CALAMANDREI, P. "Il proceso come gioco", *Rivista di Diritto Processuale*, v. 5, 1950, p. 23-51.
- CALAMANDREI, P. *Los estudios de derecho procesal en Italia*, Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1959
- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988.
- CLEMENTINO, M. B. M.; PINTO, L. J. B. "Acesso à jurisdição x acesso à justiça: um estudo sobre a constitucionalidade da limitação da competência delegada federal", In: MEDEIROS, B. A. (et al.). *Direito aplicado: agenda 2030*, v. 4, Insigne, Natal, 2023, p. 176-203.
- CLEMENTINO, M. B. M. "As demandas repetitivas de direito público e o princípio da procedimentalização da isonomia". In: MORAES, V. C. A. de. *As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro*, ENFAM, Brasília, 2016, p. 32-52.
- CLEMENTINO, M. B. M.; PINTO, L. J. B. "Litigância redundante e litigiosidade responsável: uma análise dos limites do do processo coletivo a partir da problemática do seguro defeso do biênio 2015-2016. In: LUNARDI, F. C. *Tratamento da litigiosidade brasileira: diagnósticos, abordagens e casos de sucesso*. ENFAM, Brasília, 2023, p. 329-371.
- Contexto Histórico - Portal Centro de Inteligência - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Em linha. Portal Centro de Inteligência. [s. d.]. Disponível em: <https://www.tjrj.jus.br/web/centro-de-inteligencia/contexto-historico>. Acesso em 27/07/2024.
- DELLORE, L. "Conflito de interesse e o conceito de lide". *GenJurídico*, 2021. Disponível em: <https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/processocivil/conflito-de-interesses-conceito-de-lide/>. Acesso em 27 de fevereiro de 2024.
- DIDIER JR., F. "Ato concertado e centralização de processos repetitivos". In: *Cooperação Judiciária Nacional*. DIDIER JR., F.; CABRAL, A. do P. JusPodivm, Salvador, 2021, p. 227-242.
- FERRAZ, T. S. "O tratamento das novas faces da litigiosidade: das espécies anômalas à litigância predatória", *Revista de Processo*, V. 249, 2024, p. 727-758.
- GALANTER, M. "Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change". *Law and Society Review*, v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974. Republicação com correções em *Law and Society*. Dartmouth, Aldershot: Cotterrell, 1994, p. 165-230.
- GINER, S. "Mass Society: history of concept". In: BALTES, P. B.; SMELSER, N. J. *International encyclopedia of the social & behavioral sciences*, Elsevier, 2001. P. 9368-9372.
- HARDIN, G. "The tragedy of the commons", *Science*, v. 162, n. 3859, 1968, p. 1243-1248.
- LINO, D. B. "Nota sobre litigância predatória (abuso do direito de demandar)", *Boletim Revista dos Tribunais Online*, v. 38, 2023, p. 1-4.
- LITÍGIO. In: *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa*. [s. d.]. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/litigio>. Acesso em: 25 de julho de 2024.
- MACÊDO, L. B. "Litigância predatória", *Revista de Processo*, v. 351, 2024, p. 445-462.
- MOURÃO, Samuel A. F; FREITAS, T. A.; GUGLINSKI, V. *A falácia do termo 'litigância predatória'*. Consultor Jurídico. 21/11/2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-22/a-falacia-do-termo-litigancia-predatoria/>. Acesso em 27/07/2024.

- ORTEGA Y GASSET, J. *A rebelião das massas*, Domínio público, 2013. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000060.pdf>. Acesso em 27 de novembro de 2023.
- OSNA, G. "Três notas sobre a litigância predatória (ou, o abuso do direito de ação)", *Revista de Processo*, v. 342, 2023, p. 55-70.
- PINTO, L. J. B. *Tutela coletiva e julgamento repetitivo: suas interações e reconstruções no enfrentamento da litigiosidade*. Dissertação de Mestrado. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2023.
- SHAVELL, S. "The level of litigation: private versus social otimality of suit and of settlement", *International Review of Law and Economics*, v. 19, 1999, p. 99-115.
- SHERMAN, E. F. "Dean pound's dissatisfaction with "the sporting theory of justice": where are we a hundred years later?", *South Texas Law Review*, v. 48, 2007, p. 7-21.
- SILVA, G. R. "O movimento mundial de acesso à justiça e os caminhos para a reforma dos sistemas jurídicos", *Cadernos de Direito Actual*, n. 9, 2018, p. 353-370.
- SOUZA, G. "Litigância predatória, tutela coletiva e o porvir do acesso à justiça". *Revista de Processo*, v. 353, 2024, p. 217-237.
- TARUFFO, M. "Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral)", *Revista de Processo*, v. 177, 2009, p. 153-183.
- TARUFFO, M. "Abuso del processo", *Revista de Processo Comparado*, v. 5, 2017, p. 141-156.
- THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de direito processual civil*, v. 1. Ed. 58, Forense, Rio de Janeiro, 2017.
- VIARO, F. A. N. "Em busca de conceitos". In: LUNARDI, F. C.; KOEHLER, F. A. L.; FERRAZ, T. S. *Litigiosidade responsável: contextos, conceitos e desafios do sistema de justiça*, ENFAM, Brasília, 2023, p. 49-94.
- VIGORITI, V. "Giustizia e futuro: conciliazione e class action". *Revista de processo*, v. 181, 2010, p. 297-304.
- VITORELLI, E. "Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva". *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 77, p. 93-118.
- WATANABE, K. "Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos", *Del Rey*, Belo Horizonte, 2019.
- WATANABE, K. "Controle jurisdicional das políticas públicas: "mínimo existencial" e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis", *Revista de Processo*, v. 36, n. 193, 2013, p. 13-25.
- WOLKART, E. N. *Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro*. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2018.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 25. Núm. Extraordinario (2024), pp. 75-94
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Disinformation, digital platforms and digital human rights *Desinformação, plataformas digitais e direitos humanos digitais*

Raphael Rodrigues Valença de Oliveira¹

Federal University of Rio Grande do Norte

Marco Bruno Miranda Clementino²

Federal University of Rio Grande do Norte

Summary: 1. Introduction. 2. The Informational Order and digital human rights. 2.1. The Informational Order in time and space. 2.2. Disinformation as an unwanted product of the Informational Order and its legal repercussions. 3. Disinformation as a transnational risk to the IAHRs. 4. Conclusions. References.

Abstract: The article analyzes the legal repercussions of the spread of disinformation practiced through digital platforms in light of the rights and obligations imposed by the Inter-American System for the Protection of Human Rights (IACHR). It also seeks to contextualize the current moment of the Informational Order and its relationship with digital human rights, in order to understand the impacts of disinformation perpetrated through digital platforms as a transnational risk to the IACHR. Finally, solutions are presented to mitigate the negative impact of disinformation on the promotion and guarantee of the human rights set out in the American Convention on Human Rights (ACHR). A bibliographical and documentary survey is carried out, with emphasis on national and foreign doctrinal, legislative and jurisprudential sources.

Keywords: Disinformation. Digital Platforms. Digital Human Rights. Inter-American System for the Protection of Human Rights.

Resumo: O presente trabalho analisa as repercussões jurídicas da disseminação da desinformação praticada por meio das plataformas digitais à luz dos direitos e obrigações impostos pelo Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIDH). Outrossim, busca-se contextualizar o atual momento da Ordem Informacional e a sua relação com os direitos humanos digitais, visando compreender os impactos da desinformação perpetrada por meio das plataformas digitais como risco transnacional ao SIDH. Ao final, apresentam-se soluções objetivando mitigar o impacto negativo da desinformação na promoção e garantia dos direitos humanos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Realiza-se levantamento bibliográfico e

¹ Master's Degree in Law from the PPGD at the Federal University of Rio Grande do Norte. Attorney for the Union – Attorney General's Office. E-mail: raphael.oliveira@agu.gov.br.

² Professor at the Federal University of Rio Grande do Norte. Master and Doctor in Law. Federal Judge. Email: marcobrunomiranda@gmail.com.

documental, com ênfase em fontes doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais, nacionais e estrangeiras.

Palavras-chave: Desinformação. Plataformas Digitais. Direitos Humanos Digitais. Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

1 INTRODUCTION

The Informational Order brought with it a revolution in the way information is produced, disseminated and consumed by digital subjects. Digital platforms, such as social media/networks and search engines, with the consolidation of the digitalization of private life and the virtualization of the intimacy of the digital citizen, have become unprecedented central spaces in the formation of public opinion and the construction of democratic debate. However, umbilically associated with the undeniable benefits of these technologies, proportional challenges have emerged, among which the proliferation of disinformation stands out. This phenomenon, characterized by the deliberate dissemination of false or misleading information, presents substantial risks to society, especially with regard to the protection of human rights enshrined in the Inter-American System for the Protection of Human Rights (IAHRS), the normative focus of this research.

In this step, it is verified that the practice of disinformation, especially when consummated through digital networks, can vilify a series of rights that have been positivized in the inter-American sphere, such as the rights to information, personal integrity, protection of honor and dignity, freedom of conscience and religion, freedom of thought and expression, among others, recorded in the American Convention on Human Rights (ACHR or American Convention), which will be subject a specific examination.

In addition, disinformation can exacerbate the violation of civil and political rights in the strict sense, including the manipulation of electoral processes and the undermining of democracy. In crisis contexts, such as pandemics or armed conflicts, disinformation can also threaten the right to health and life by spreading dangerous rumours or discouraging preventive behaviour.

In this context, this article seeks to explore the risks that disinformation perpetrated through digital platforms poses to human rights. To this end, the main forms of disinformation, the mechanisms used for its propagation, and the direct and indirect impacts on various digital human rights will be analyzed, that is, traditional human rights that now represent autonomous legal assets in the online environment.

By addressing these issues, the work intends to contribute to the construction of a legal framework that, with due scientific rigor, allows the confrontation of the implications of digital disinformation and, simultaneously, formulate effective strategies to protect human rights in an increasingly complex and interconnected informational environment.

2 THE INFORMATIONAL ORDER AND DIGITAL HUMAN RIGHTS

2.1. The Informational Order in time and space

From the second half of the twentieth century, with the advent of the so-called post-industrial society, precursor of another stage of the technological revolution that was approaching, the human being began a process of expanding the *territorial locus* (historically attached to his village, tribe, fiefdom, town and city), detaching himself from the land as a static and limiting element of human experience, starting to interact in an innovative, dynamic way (social relationships become more intense and closer, as a result of more direct contact) and now with different actors of the collective (such as people other than those in their close life, companies from other cities and countries, states, international organizations, among others).

This rupture in the way people related, lived and worked, announced a new Order, which would not only impact the most different fields of science (sociology, economics, law, among others), but would also profoundly re-signify the conceptions of the world, order, society, capitalism, State, constitutionalism and the very meaning of being human.

This is the so-called Informational Order³, built from the fusion of some distinctive landmarks.⁴

It should be noted, from the outset, that the phenomena discussed below did not occur in isolation, apart from the others, much less did they follow a chronological order of sequenced factual concretion, revealing, therefore, with greater rigor, relations of complementarity and coordination than cause and effect itself, although, with the exception, when so inferred, the due reservations will be made in the text.

The first symbol that demarcated the change in the logic thus projected is the advent or consolidation of globalization, interpreted by the doctrine⁵ as a movement of reduction of spatial distances in the world, guided by the perspective of convergence of territorial nuclei, people, goods and services, which, in addition to not being circumscribed to the traditional borders demarcated by geopolitics, nor does it submit to the national wills of sovereign states. It is understood as a manifestation that reshapes the world order, imposing new roles, duties and challenges on the traditional subjects of international law. As will be demonstrated, globalization is divided into cycles or phases, enjoying, at the moment, effects that have never been observed before, a magnitude justified, according to the hypotheses of this research, due to the unprecedented coexistence with the next milestones detected.

This new cycle or current moment of globalization was unimaginable by the common citizen of the 1960s and 1970s, since, regardless of their place of residence, they had little interaction with friends or family members who lived in a neighboring state, regardless of the degree of intimacy that may have existed between them. Depending on the country, it would be difficult to build bonds of friendship or maintain close blood ties with those who lived beyond their city, precisely because of the difficulties inherent in distance communication, as well as face-to-face contact. This social model of interaction between individuals has been exponentially remodeled over the last 60 (sixty years), a chronological interval marked by the doctrine as the emergence of a new classification of society.

The doctrine is not peaceful regarding the concept of this new model of social organization, concentrating several terminologies⁶ to illustrate this new arrangement resulting from the social contract signed by individuals, which seem to translate different perspectives on the same phenomenon investigated. In this sense, for the purposes of this research, the concept of information society will be adopted to identify this new way of relating socially, responsible for elevating information, knowledge and data to protagonists of the connections between individuals, redesigning the priorities as well as the focuses of interest of the subjects.

The emergence of this social model is a product of the gradual and historical displacement of the dominant economic structure, once based on the land (agrarian society) and the factory (industrial society), to today take root in information. The doctrine points out that it was not the information itself that evoked this protagonism, but the evolution of information and communication technologies (ICTs) that were responsible for

³ For those wishing to study the concept of Informational Order in greater depth, see: OLIVEIRA, R.R.V. *Regime brasileiro de transferência internacional de dados pessoais*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2024.

⁴ OLIVEIRA, R.R.V; CLEMENTINO, M.B.M. "Os MLATS vigentes no Brasil e as implicações na soberania contemporânea: internacionalização, territorialidade e jurisdição", *Revista FIDES*, v. 12, n. 1, 2021, p. 830-849.

⁵ VON BOGDANDY, A. "Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization, and International Law". *European Journal of International Law*, v. 15, n. 5, 2004, p. 885-906, <https://doi.org/10.1093/ejil/15.5.885>. Available in <https://academic.oup.com/ejil/article/15/5/885/533488>.

⁶ The expressions most used by literature, whether national or foreign, are: information society, knowledge society, post-industrial society and digital society. Notwithstanding the relevance of the classifications adopted, considering that for the purposes of the present research, they will not bring effects different from those provided by the terminology "information society", this was adopted as the chosen one.

allowing and accelerating this process, still in progress of construction of the current social structure⁷.

The nomenclature "information society" is not exactly new, nor is it immune to criticism, as pointed out, especially when opposed by authors who prefer to label the current moment as a "knowledge society", "post-industrial society" and "digital society". In essence, despite the preference for one terminology or another, it is found that the information society can be conceived as a social nucleus that incorporates information and communication technology (ICT) as a fundamental mechanism for the construction of the production chain, centralizing information, knowledge and data as core resources of human relationships. It is, however, an organizational context that would be re-signified again after the popularization of the internet.

With the spread of the World Wide Web and the expansion of commercial services, information communication networks have been improving and gaining even greater popularity. At this moment, which dates back to the final decade of the twentieth century and the beginning of the twenty-first century, with greater or lesser intensity depending on the degree of technological development of the country under examination, the network infrastructure and the available applications began to harmonize, providing another degree of experience to users, a scenario that would be inviting not only for natural people, but also for private companies, state entities and international organizations to launch themselves into the digital society⁸.

This new element boosted the instantaneous and daily contact between individuals, who began to carry out various operations with data on a daily basis, especially universalizing the access and sharing of (massified) information, transforming the large network into a new space for the promotion of rights, freedoms, knowledge, social interaction, as well as the production of wealth. However, not only values dear and desired by the social, legal and economic orders were fostered. The internet has transformed production processes, attracting with it to the digital *locus* several of the problems associated with and resulting from physical interactions, such as market disputes, conflicts of interest, in addition to other challenges that are inherent to the human condition in a collective context, such as crimes, misdemeanors, among other unwanted conducts that are the object of disapproval by the law.

The combination of these two elements, information society and popularization of the internet, further accentuated this profile of the new collective organization, highlighting the role of data as the central axis of the most diverse orders, a framework that inspired the development of several concepts intended to differentiate these social (data-driven society), economic (data-driven economy) and legal (legal informational order).

In addition to the causes already mentioned, another impactful movement claims prominence in this informational revolution: the advent of the Fourth Industrial Revolution⁹, conceived as a new stage of industrial transformation, characterized by the development of technologies in areas such as genetics, physics, robotics, microelectronics and other niches related to digital innovations¹⁰. Regardless of the adherence to certain terminologies, it is easy to see that signs such as artificial intelligence, machine learning, the internet of things, blockchain, and virtual reality, in addition to their incorporation into everyday life, have reshaped the way individuals live socially, their behavior patterns, as well as the very meaning of being human.

⁷ BELL, D. *The Coming of Post-Industrial Society: A Venture in Social Forecasting*, Basic Books, New York, 1973.

⁸ About the history and development of the internet in the world and in Brazil, see: CARVALHO, M. S. R. M. *A trajetória da Internet no Brasil: do surgimento das redes de computadores à instituição dos mecanismos de governança*. Dissertação de mestrado, Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Sistemas de Computação, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

⁹ SCHWAB, K. *The Fourth Industrial Revolution*, Penguin Books, London, 2017; SCHWAB, K.; DAVIS, N. *Shaping the Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum, Geneva, 2018.

¹⁰ VERONESE, A. "The fourth industrial revolution and blockchain: social values and trust". *ADENAUER NOTEBOOKS XXI*, Konrad Adenauer Foundation, Rio de Janeiro, 2020.

On the economic level, the repercussions were so substantial that they even impacted the very conception of the capitalist economic system, prevalent since the collapse of the former Soviet Union, allowing space for the development of the so-called Surveillance Capitalism¹¹, identified as a particular species of the capitalism genus, based on the monetization of data acquired by surveillance, that is, An economic platform that considers human experience as pure material (raw data) and free for hidden business practices of extracting, sharing, predicting and selling data¹². In this sense, if even raw data, which are those that have not yet been processed, already have high monetary repercussions, since they infer necessary, useful or even vital information for the performance of economic activity, with due economic treatment, the capacity to produce wealth then reaches levels that are difficult to measure, logic that, by itself, would be enough to demonstrate the risks to which the holders of these infinite inputs are subjected.

In this step, given the impressive technological revolution observed in fields such as machine learning, artificial intelligence, the internet of things, and virtual reality, combined with a natural rooting of these mechanisms in the most intimate routines of collective and individual action, a scenario of inevitable indexation¹³ has been structured and digital tracking (online tracking), in which monitoring and hyper-surveillance have been revealed as common practices and even in a way fostered by companies and States, under the most diverse reasons¹⁴.

The first reason is based on the economic reflex, because if personal data, in this data-driven economy, has become the inputs that generate value, it is evident that the production system will adapt to extract the highest yield (benefit) from them, at the lowest possible cost, which is why thousands of examples of companies offering various benefits to users are seen daily. Consumers and even third parties apparently uninterested in evaluating a service, answering a survey or commenting on a certain location, regardless of whether they have actually contracted the service, know about the product to be asked or know the place commented, since the data processing method in surveillance capitalism is supported by mass collection, wholesale (big data). Thus, due to the high volume of data collected (a kind of treatment) in this first level of extraction, the concern is only the generation of data for data's sake, feeding back into an economic system that demands data in order to reach its full (and immeasurable) potential. Therefore, any hypothetical judgment of veracity and falsity is not important at this stage for the algorithm.

The second aspect lies in a consequentialist analysis, based on the cost-benefit perspective. The benefit of the unrestricted collection of data from the holders, for the most part, without any type of prior consent, counterpart or even knowledge¹⁵ of it, means free raw material available for appropriation without any kind of difficulty. The cost, in turn, would be contemplated if the protective legislation were effective, both so that those responsible for data processing (controller and operator) ensure compliance with their duties and obligations, as well as so that, in cases of non-compliance with these commandments, they would be held responsible in a manner proportional to the seriousness of the infractions and irregularities, a reality that is not yet applicable in Brazil, for example, as will be demonstrated.

The third point concerns the fact that these practices have been fostered by States, transnational corporations and other major players in the information market to create a large set of data that only mirrors one side of the faces (one-way mirror), since only citizens, users and consumers are the ones who supply this big data, providing the

¹¹ ZUBOFF, S. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Profile Books, London, 2019.

¹² This social dynamic was also masterfully examined by David Lyon, in his work *Surveillance society: monitoring everyday life*, Open University Press, Buckingham, 2001.

¹³ INTRONA, L.; NISSEBAM, H. "Shaping the web: why the politics of search engines matters", *The Information Society*, v. 16, 2000, p. 169-185.

¹⁴ HOOFNAGLE, C. J.; SOLTANI, A.; GOOD, N.; WANBACH, D. J. "Behavioral advertising: the offer you can't refuse", *Harvard Law & Policy Review*, v.6, 2012, p. 273-296. Available in: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2137601.

¹⁵ ZUBOFF, S. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Profile Books, London, 2019, p.17-25.

respective controllers (States and large companies, mainly) with unimaginable knowledge, control and power over the surveilled¹⁶, who in addition to not knowing that they are being monitored, are unaware of the data that is being collected and for what purposes they are being processed, failing to comply with several precepts of specific protective laws, as well as fundamental rights and guarantees that are basic in most of the legal systems minimally structured in the world.

Such abuses are sources of several obscure practices, such as profiling, through which States, companies and subjects form identification profiles of citizens, users and consumers (data subjects), associating preferences, financial standard, adopted routes, among other particular characteristics, aiming to predict desired behaviors or avoid unwanted ones, in order to obtain advantages. A famous precedent for this hidden practice occurred in the Cambridge Analytica case, in which the political consulting firm responsible for advising then-candidate Donald Trump improperly used data from more than 87 (eighty-seven) million users of the social network Facebook, collecting them through an apparently harmless application accessed within the platform of the American giant, with the intention not only of building user profiles, but also of manipulating them to vote for Trump.

Finally, a practice that also represents an important behavioral change that did not exist before the advent of social networks deserves special mention, a concrete product of a process identified in this research as virtualization of intimacy and digitalization of private life¹⁷, in which, deliberately, people choose, through automatic volitional manifestations, without critical judgment on the resulting repercussions, make various sensitive personal data available on global platforms that operate millions of data in seconds¹⁸, offering access, use, reproduction and storage, for example, of this data to people physically located in the most diverse countries, subject, therefore, to the effects of multiple legal orders.

As a result, globalization, the information society, the popularization of the internet, the data-driven economy, surveillance capitalism, the industrial revolution, the virtualization of intimacy and the digitalization of private life call for the role of protagonists of this new Informational Order that is being built by large and fierce steps, propelling information and human rights to the epicenter of this digital transformation.

2.2. Disinformation as an unwanted product of the Informational Order and its legal repercussions

In a society in which information has a prominent seat, it is necessary to understand the reasons that justify the constant disputes to manipulate it and, above all, control it, because, as previously demonstrated, mere access to information represents today a valuable input in the Informational Order. At this stage, although it is undeniable that the digital age has provided significant advances in the expansion of democratic quality, solidified above all in the plurality of sources of information available, as well as in the volume, speed and viral capacity that this information can reach¹⁹ through the informational circulation sponsored via digital platforms, on the other hand, there is also an expansion of the information that can be achieved through the dissemination of information and the spread of information through digital platforms. concerns about the

¹⁶ PASQUALE, F. *The black box society. The secret algorithms that control money and information*, Harvard University Press, Cambridge, 2015, p. 9.

¹⁷ In this sense, some authors claim that to exist is to be indexed in a search engine. INTRONA, L; NISSEBAM, H. "Shaping the web: why the politics of search engines matters", *The Information Society*, v. 16, 2000, p. 169-185.

¹⁸ GANDOMI, A; MURTAZA, H. "Beyond the hype: Big data concepts, methods, and analytics", *International Journal of Information Management*, v. 35, n. 2, 2015, p.137-144, ISSN 0268-4012, <https://doi.org/10.1016/j.ijinfomgt.2014.10.007>. Available in:

<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0268401214001066>. "Beaver, Kumar, Li, Sobel, and Vajgel (2010) report that Facebook processes up to one million photographs per second".

¹⁹ VOSOUGHI, S; ROY, D; ARAL, S. "The Spread of True and False News Online", 2018. Available in: <https://science.sciencemag.org/content/359/6380/1146>.

dysfunctions that can affect this informational ecosystem, concerns that inspire and demand special care on the part of States and the international community.

In this wake, some threats to the basic properties of information security²⁰ have received special prominence, whether those that threaten the availability of information²¹, such as censorship and authoritarianism, or those that are even more controversial today, such as those that threaten the integrity of information, such as disinformation, hate speech and false information. Considering the impact and harmful reach, it is noteworthy that the present research will be dedicated to the first two forms: disinformation and hate speech.

Using, initially, the contributions made by the ISHR itself, we extract the definition presented by the Guide to guarantee freedom of expression in the face of deliberate disinformation in electoral contexts²², from the Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression of the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR), which conceives disinformation as the massive dissemination of false information (a) with the intention of misleading the public and (b) with awareness of its falsity.

In 2018, the European Union, in turn, through a Report promoted by the High Level Group on Fake News and Online Disinformation, also tried to conceptualize disinformation, understanding that disinformation as defined in this Report includes all forms of false, inaccurate, or misleading information designed, presented and promoted to intentionally cause public harm or for profit.²³

In a complementary sense, the United Nations Report on Information Integrity (2023), referring to a concept presented by UNESCO, presents disinformation as false or misleading content that can cause specific harm, regardless of motivations, awareness, or behaviors.²⁴

From these definitions, common elements capable of identifying the concept of disinformation stand out: (i) content known to be false and (ii) created/disseminated with the intention of deceiving the public/causing harm.

Hate speech, in turn, another serious threat to the integrity of information, according to the working definition of the United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech²⁵, is "any type of oral, written or behavioral communication, which attacks or uses pejorative or discriminatory language with reference to a person or group based on who they are, that is, based on their religion, ethnicity, nationality, race, color, descent, gender or other identity factor".

In the context of the IAHRs, the apology for hatred that constitutes incitement to violence is one of the speeches not covered by freedom of expression, under the terms of Article 13.5 of the ACHR, which expressly provides that "the law must prohibit all propaganda in favor of war, as well as all apology for national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, to hostility, crime or violence".

Having elaborated the necessary premises to conceptualize disinformation and hate speech, we now enter the legal repercussions of these two products, which have

²⁰ By way of illustration, the four main basic properties of information security that are internationally recognized are confidentiality, integrity, availability, and authenticity.

²¹ Property responsible for ensuring that information is accessible or usable by a duly authorized individual or system or entity.

²² ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS). Available in: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/Guia_Desinformacion_VF.pdf.

²³ EUROPEAN COMMISSION, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology, "A multi-dimensional approach to disinformation – Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation, Publications Office", 2018, Available in: <https://data.europa.eu/doi/10.2759/739290>.

²⁴ UNITED NATIONS. "Policy Brief for Our Common Agenda: Information Integrity of Digital Platforms", 2023. Available in: https://brasil.un.org/sites/default/files/2023-10/ONU_Integridade_Informacao_Plataformas_Digitais_Informe-Secretario-Geral_2023.pdf.

²⁵ UNITED NATIONS. "Strategy and plan of action on hate speech", 2019. Available in: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/advising-and-mobilizing/Action_plan_on_hate_speech_EN.pdf.

affronted the regular exercise not only of freedom of expression and the right to information, but also of other human rights and even democratic institutions.

In this step, despite the unequivocal advantages promoted with the possibility that any citizen can produce information/content, without any editorial control (control that only occurs in traditional mass communication vehicles), this dissemination, practically without limits of information, has also brought with it some harmful effects, given the commission of abuses and illicit speeches. A typical example was experienced especially during the COVID-19 pandemic, which led the World Health Organization to adopt the term "infodemic", used to describe "an excess of information, some accurate and some not, that makes it difficult to find reliable sources and reliable guidance when needed".²⁶

Illustrating the harmful impacts that disinformation and hate speech can have on the most diverse fields, such as health, the environment, gender equality, vulnerable groups, marginalized minorities, the electoral process and the democratic regime.

As for health, the spread of misinformation represents a serious threat to the public system in general, especially to vaccination campaigns. When inaccurate or false information circulates, barriers to access to health care and adherence to vaccines are created. This can result in serious consequences, such as outbreaks of vaccine-preventable diseases and increased morbidity and mortality. In addition, misinformation can undermine trust in health authorities and science, leading people to make decisions based on misinformation, putting not only their own health but also the health of their communities at risk. This situation is even more serious when it occurs in the face of a crisis, emergency, or conflict.

About the environment and climatic conditions, the misinformation conveyed about states of climate emergency has undermined urgent actions necessary to ensure a habitable present and future on planet Earth, as evidenced by the experience of coping with recent flood events in the South and prolonged droughts in certain regions of the North and Northeast of Brazil.

In relation to gender equality, vulnerable groups and marginalized minorities, these themes and subjects continue to be targets of hate speech, which has resulted in scenarios of social, economic and political exclusion. A common example can be observed when women, blacks, members of the LGBTQIAPN+ community, journalists and representatives of civil society run for office. A group that deserves superior care is children and adolescents, whether from the aspect of their mental and emotional health (with multiplied scenarios of how much misinformation and hate speech can cause or aggravate anxiety or depression), in favor of protection against exploitation and abuse.

With regard to the electoral process and the democratic regime, disinformation has an impact on the formulation of public opinion, from the moment it (a) can mistakenly influence the voter's perception of candidates, political issues and parties; (b) it can create conspiracy theories that divert attention from issues relevant and important to voters; (c) it can erode the confidence of voters in the electoral process, inferring, therefore, that its massive and unlimited dissemination greatly affronts the free and informed vote and, consequently, the electoral process itself in the States.

Considering this context, it is essential, therefore, that measures must be adopted to combat the aforementioned threats to the integrity of information - more precisely, disinformation and hate speech - in order to safeguard human rights, as well as the rule of law itself. With the dysfunctions pointed out, it is to be deduced that the tools currently available have not been able to contain its dissemination - dysfunctions that, it should be repeated, are not covered by freedom of expression. In this wake, and considering international parameters, it is necessary to develop new paths, especially normative, to safeguard the integrity of the information.

Furthermore, progress in the adoption of new medicines seems to become more effective as they are incorporated as a duty not only of States and the international

²⁶ In this regard, see: PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION. "Understanding the Infodemic and Misinformation in the fight against COVID-19". (<https://iris.paho.org/handle/10665.2/52052>). Available in https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52054/Factsheet-Infodemic_por.pdf?sequence=16.

community, but of society, digital platforms, advertisers and all those actors in the communication process that can, in some way, influence the guarantee of a healthy information ecosystem.

3 DISINFORMATION AS A TRANSNATIONAL RISK TO THE IAHRs

As seen, disinformation has proved to be an unwanted product of the Informational Order itself, challenging not only jurists, but all those who live and relate to the information society and who aspire to coexist in a democratic regime, embodied in the promotion of personal freedom and social justice. In addition, specifically, it can be stated that disinformation has had several negative impacts on the promotion and guarantee of human rights in digital environments, notably those provided for in the ACHR.

In this section, we present the comparison of the conventional provisions that attract greater judgment of violation due to the phenomenon of disinformation and hate speech disseminated through large digital platforms. The provisions will be developed in obedience to the order contained in the conventional text.

At the outset, it should be noted that disinformation and hate speech have demonstrated substantial power to attack the right to personal integrity, provided for in article 5 of the ACHR, while it may compromise the physical, psychic and moral integrity of the individual.

Physical integrity may be vilified when misinformation instigates the holder to adopt conducts that violate his bodily fullness and his right to health, such as adherence to medical treatments that are known to be false or devoid of any scientific basis. In addition, even the circulation of information that aims to discourage the adoption of treatments that have been scientifically proven to be effective, discrediting them, has resulted in collective scenarios that have generated and may continue to generate avoidable damage to the health of the population²⁷.

In a complementary sense, it should be remembered that, in emergency situations or natural disasters, such as those experienced during the COVID-19 pandemic and the floods that affected the southern region of Brazil²⁸, disinformation has demonstrated – and continues to demonstrate – that it enjoys the power to induce people to make decisions that put their own lives in danger, such as the disinformation campaign that associated the application of the COVID-19 virus immunization vaccine with the emergence of diseases collateral, correlation without any scientific support²⁹. On this subject, it is important to highlight the position enshrined in the document "Disinformation, pandemic and human rights"³⁰, approved by the IACHR on June 15, 2022:

During the COVID-19 pandemic, that began toward the end of 2019 and that took over the world in the years that followed, disinformation once again emerged as a serious problem. If during some of the recent electoral processes disinformation had posed a threat to democratic systems, during the pandemic this risk was associated with State's capacity to design and implement efficient public health responses and the consequences for public health of the dissemination of false guidance and ineffective or even harmful remedies. First of all, protecting public health from a threat like COVID-19

²⁷ WORLD HEALTH ORGANIZATION. "Disinformation and public health". Available in: <https://www.who.int/news-room/questions-and-answers/item/disinformation-and-public-health>.

²⁸ BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. DECRETO nº. 57,603, de 5 de maio de 2024. Amends Decree No. 57,600, of May 4, 2024, which reiterates the state of public calamity in the territory of the State of Rio Grande do Sul affected by the climatic events of intense rainfall, COBRADE 1.3.2.1.4, which occur in the period from April 24 to May 2024, and specifies the affected Municipalities.

²⁹ In this sense, see: SKAFLE, I., NORDAHL-HANSEN, A., QUINTANA, D. S., WYNN, R., & GABARRON, E. "Misinformation About COVID-19 Vaccines on Social Media: Rapid Review", *Journal of Medical Internet Research*, 2022. Available in: <https://doi.org/10.2196/37367>; Within the scope of OAS, see: <https://www.oas.org/ext/en/main/covid-19/Repository/PgrID/3434/PageID/28/pid/3434/mcat/3436/acat/1/tagid/1440/tagname/covid-19>

³⁰ INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. "Disinformation, pandemic and human rights", 2023.

is a legitimate objective from the perspective of inter-American human rights standards. The protection of "public health or morals" is a phrase that numerous of the rights clauses in the American Convention use explicitly and consistently, including Article 13. This legitimate objective does not, however, grant authorities *carte blanche* to do what they want, and no legitimate objective does. Rather, it is a step in the required "tripartite test" that the inter-American system and its organs use to weigh restrictions on the human rights they are bound to protect. Also, any restriction must be established formally and materially by law,¹⁹ and the restriction must be necessary in a democratic society. This latter step in the analysis is generally itself divided into three additional and concordant analyses, on suitability, on necessity or narrowness, and on strict proportionality.²⁰ These additional steps are crucial for properly weighing the restrictions and their relationship to the facts justifying them.

It is also perceived that psychic integrity can also be violated in disinformation campaigns, since the dissemination of fraudulent news about traumatic events, crises, threats or catastrophes, especially when non-existent or unfounded, has the power to disproportionately stimulate the increase in general levels of stress, the main element of potentiation and triggering of psychic dysfunctions, such as anxiety disorders, phobias, mental confusion, depression, and burnout syndrome³¹.

Finally, it is also known that disinformation can represent a threat to the moral integrity of the subject, insofar as it can negatively influence people's ethical behavior, either by distorting the individual's self-perception, or by inciting him to practice, before third parties, prejudiced, discriminatory or even violent attitudes against certain ethnic, religious, political or social groups. contributing to the spread of hate speech, intolerance and segregation, thus outraging fundamental ethical and moral values.

One cannot forget the deleterious repercussions of one of the most current products of the massification of hate speech: the so-called digital cancel culture³² and its implications for the right to personal integrity, because, as has been seen globally, it is a social phenomenon of contemporaneity that intends to remove credibility, affecting prestige, the reputation and dignity of a certain recipient, whether an individual or a legal entity, from attacks and condemnatory judgments in the digital environment, but which often go beyond virtual limits and have immeasurable repercussions in the universe of facts, as attested by examples of people who were physically assaulted as a result of fraudulent news that went viral, such as the lynchings that resulted in the homicides of Mrs. Fabiana Maria (mistaken for a misspoken portrait³³), in Brazil, and of Mr. Ricardo and Mr. Alberto Flores (mistaken for child kidnappers³⁴), in Mexico, among thousands of others.

Disinformation and hate speech have demonstrated substantial power to undermine the protection of honor and the recognition of dignity, provided for in article 11 of the ACHR.

The protection of honor, whether in its objective sense, represented by the understanding of reputation, or in its subjective meaning, associated with the perception of dignity and self-esteem, reveals itself as a simultaneous object of both national protection³⁵, sometimes enshrined as a fundamental right, sometimes as a conventional

³¹ HARVARD MEDICAL SCHOOL. "Anxiety and Stress Disorders. A guide to managing panic attacks, phobias, PTSD, OCD, social anxiety disorder, and related conditions", Special Health Report, 2021.

³² An example of digital exile can be illustrated with the suspension of former US President Donald Trump's account on the then "Twitter", now "X", under the justification of "risk of further incitement to violence", according to the platform itself. Available in: https://blog.x.com/en_us.

³³ Available in: <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/670/linchamento-virtual-violencia-real>.

³⁴ Available in: <https://www.bbc.com/portuguese/salasocial-46206104>.

³⁵ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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;

one, elevated to the *status* of a human right, as illustrated by article 11 of the ACHR, insofar as it states that no one can be the object of arbitrary or abusive interference in their private life, in that of their family, nor of illegal offenses to their honor or reputation, which is why the advance of disinformation and hate speech have been laid bare as a complex instrument for promoting crimes against honor, regulated in Brazil through the Brazilian Penal Code³⁶.

The conventional wording, in turn, asserts that no one can be the object of *arbitrary or abusive* interference in his or her private life. Furthermore, the proliferation of fraudulent news may, unjustifiably, violate this protection limit conceived by the conventional law, while the propagation of unhealthy information, such as false, manipulated, modified or untrue news, audios and videos, to the extent that they distort and damage the reputation and dignity of the offended, may cause, Thus, undue, disproportionate and unjustified interference in the legal assets of an individual without any type of legal basis³⁷.

In addition, the conventional wording, rightly, is even more concerned with the protection against illegal offenses to its honor and reputation, which reflect aggressions even more serious than the so-called arbitrary or abusive interferences pointed out above, since they enter the universe of illegality, apt to attract, therefore, reprimands not only of a civil nature, but also criminal, such as the dissemination of fraudulent news that intentionally imputes a crime to someone (slander) or that incites hatred and violence (hate speech).

Disinformation and hate speech have demonstrated substantial power to also attack freedom of conscience and religion, provided for in article 12 of the ACHR, since, by manipulating and modifying information, it has contributed to the increase in events of extremism, radicalization and promotion of hate speech³⁸ against certain religious and ethnic groups, See worldwide massacres³⁹, armed conflicts⁴⁰ and similar events marked by incitement, crimes and other acts of violence motivated by ethnic-religious tensions.

In this sense, the dissemination of fraudulent news has the power to prevent or hinder the individual formulation of judgments, ideas and opinions either about oneself or about the world that circumscribes it, while it will propagate to the subjects inaccurate, inconsistent informational content that does not attract a judgment of reliability necessary for the use and decision-making. representing, therefore, a relevant obstacle to the exercise of conservation and manifestation of beliefs, especially religious ones.

In a similar sense, it is clear that one of the main negative impacts of the proliferation of hate speech and disinformation campaigns has fallen on the freedoms of thought and expression, provided for in article 13 of the ACHR.

In this regard, it is necessary to distinguish, initially, the boundaries between these two freedoms engraved in the aforementioned precept, because, while freedom of thought identifies the freedom to produce and develop thoughts, beliefs, convictions and opinions, without undue or coercive external interference, and it is, therefore, a right of internal scope of its holder, restricted to his intimate sphere, Like the freedom to have religious, philosophical and political beliefs and preferences, freedom of expression, in turn, comprises the freedom to manifest, expose and verbalize one's thoughts, convictions and beliefs, thus acting in an environment external to the core of its holder, demanding, in this logic, the need for communication and externalization of these wills so that they are known by peers and collectivity.

³⁶ BRASIL. DECRETO-LEI nº. 2,848, de 7 de dezembro de 1940 – CÓDIGO PENAL. CRIMES CONTRA A HONRA. Artigos 138 a 145.

³⁷ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS (COURT). *Case Álvarez Ramos vs. Venezuela*. Preliminary Exceptions, Forums, Repairs and Coasts. Judgment of August 30, 2019. Serie C No. 380, P. 101.

³⁸ UNITED NATIONS. Available in: https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/notohate_fact_sheets_en.pdf.

³⁹ Available in: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2022/09/myanmar-facebooks-systems-promoted-violence-against-rohingya-meta-owes-reparations-new-report/>.

⁴⁰ For example, the globally known war conflicts between Israel and Palestine, civil war in Syria, Nigeria, India and Pakistan, among others.

From this perspective, despite the fact that freedom of thought is considered an absolute right in many legal systems, including in the inter-American sphere itself⁴¹, a locus in which thought itself is free and cannot be restricted, the same cannot be said for the verbalization and exteriorization of this thought⁴², that is, freedom of expression, as far as it is concerned, is subject to legitimate limitations, imposed, even, by the conventional wording itself, such as the prohibition of demonstrations in favor of war, as well as any apology for national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility, crime or violence, showing that freedom cannot be used as an instrument of transgression and protection of crimes.

It is a list of restrictions that is consistent with the very core that underpins and grounds the reason for the existence of freedom of expression as a human right, integrated by three parameters: (i) the first, which is firmly based on the premise of seeking "truth and the debate of ideas", a concept currently addressed from the perspective of information integrity, that is, information that translates reality with greater precision, consistency and reliability is more likely to be revealed through the free debate of divergent ideas and opinions – free market of ideas⁴³ – stripping itself as a focal concept to guarantee the vitality of democratic regimes; (ii) the second, as an expression of the dignity of the human person, since people are only fully realized when they can manifest their convictions and thoughts, an individual dimension of this guarantee; (iii) the third, as the protection and promotion of democracy, a political system in which power is exercised through concrete popular participation and representation, a model that includes not only the right to vote in elections, but also active and effective participation in public debates, demonstrations and other forms of political expression, established in an environment of inclusion of all groups in society, regardless of race, gender, religion, sexual orientation, *socioeconomic status*, as well as the recognition and appreciation of the diversity of opinions, ideologies and interests, ultimately guaranteeing the principle of equality and respect for human rights.

Thus, considering that freedom of expression was designed to serve as a human right that seeks to protect, at the individual level, the dignity and autonomy of the subject and, at the collective level, the functional coexistence in a democratic society⁴⁴, we understand the reasons that require its exercise to be limited so that it does not legitimize conducts that subvert its own foundations, such as the dissemination of fraudulent news that undermines the democratic regime (such as movements to subvert the current Order and attacks against democratic institutions), that promote hate speech and that incite the practice of criminal conduct.

From this perspective, the OAS initially established as follows:

The inter-American human rights system has concluded that freedom of expression is characterized as a right with two dimensions: an individual one, which concerns the expression of one's thoughts, ideas, and information; and a collective or social dimension, consisting of the right of society to procure and receive information, to know the thoughts, ideas, and information of others and to be well informed⁴⁵.

⁴¹ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS (COURT). *Case Ricardo Canese vs. Paraguay*. Forums, Repairs and Coasts. Judgment of August 31, 2004. Series C No. 111, § 77; *Case López Álvarez vs. Honduras*. Forums, Repairs and Coasts. Judgment of February 1, 2006. Serie C No. 141, P. 163.

⁴² INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS (COURT). *Case Baraona Bray vs. Chile*. Preliminary Exceptions, Forums, Repairs and Coasts. Judgment of November 24, 2022. Serie C No. 481, P. 103.

⁴³ In this sense, see: STUART MILL, J. *About freedom*, Martin Claret, São Paulo, 2003.

⁴⁴ The INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS (COURT) has a peaceful position on the centrality of freedom of expression in the existence of a democratic society, in accordance with Advisory Opinion OC 5/85 of November 13, 1985. Available in: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_por.pdf.

⁴⁵ OAS. "Guide to Guarantee Freedom of Expression in the Face of Deliberate Disinformation in Electoral Contexts, 2019.

In a complementary sense, with the digitalization of the public sphere⁴⁶, the perspective of the right to "seek, receive and disseminate information and ideas of all kinds" changes significantly. The right to information is now thought of not only as access to digital content, but also as access to complete and quality information.

In this vein, in recent years, it is recalled that Brazil has been the scene of serious attacks on the quality of public debate and the weakening of institutional structures and essential public policies, which were thought to be consensual. The COVID-19 pandemic, notably, triggered a process of popularization of the anti-vaccine discourse in Brazil, which came to impact consolidated public policies that were once worthy of broad social trust, such as the National Vaccination Program, without forgetting the attacks on the Praça dos Três Poderes and its respective physical structures, which represented true offenses to the democratic institutions themselves.

In a complementary sense, as will be demonstrated in a separate section that will address the international debate on the governance of digital platforms, it is clear that one of the main current concerns has been the one intended to distinguish freedom of expression from the so-called freedom of *reach*, that is, the right to freedom of expression does not equate to a right to be driven by algorithms. The consolidation of evidence and research consensus by international panels of experts such as the International Panel on the Information Environment has signaled that the digital environments produced by platforms are not neutral and empty spaces, as algorithms actively boost certain discourses to the detriment of others, highlighting and horizontalizing content that was treated as extreme niche discourses, as attested by the discourses that have become more popular in Brazil and in the world in recent years - anti-vaccines and fraud in electoral processes - given that they attack precisely the right to public health and the democratic regime.

Continuing, it should be noted that disinformation can also represent a threat to the right of rectification or reply, enshrined in Article 14 of the ACHR, since this provision provides the recipient of inaccurate or offensive information with the right to correct or respond to it, as a measure of pacification and social justice, thus preventing a reaction measure that may be slow and bureaucratic and could represent an indirect stimulus in an environment that is already very much a propagator of news Fraudulent.

A complex problem of the current digital society has challenged the realization of this conventional guarantee: the stratospheric speed of informational circulation of the inaccurate and offensive message. In a matter of seconds, disinformation summarily, virtually, and socially condemns the recipient, without any kind of minimally critical judgment on the actual authorship or materiality of the potential conduct in disapproval. The punishment then spreads instantly to the *offline world* (plane of facts) causing often irreversible damage, illustrated by the growing culture of *digital cancellation*, *lynching* and *cyberbullying*, materialized by attacks on the means of existence, subsistence and coexistence of the canceled, which usually result in dangerous attacks on their integrity, from dismissals to serious physical aggressions, from suicides or homicides to genocides, emptying the exercise of the right of rectification and reply, since they do not reach with the same effectiveness - temporal and material - the paths and substrates that were initially accessed by the inaccurate or offensive information.

Finally, under the terms of Article 23 of the ACHR, it is recalled that one of the main reflections of disinformation and hate speech disseminated through digital platforms is also that which is laid bare as an instrument of manipulation and intervention in the political process, which aims, in particular, to influence not only the process of electing political representatives, phases prior to and concomitant with the electoral period, as well as the post-election stage of inspection of elective mandates and accountability⁴⁷.

Thus, as demonstrated above, it is the human right of citizens to actively participate in the process of electing their representatives, both through the right to vote and to be voted for, a result that will be guaranteed through equal access to public functions in their

⁴⁶ COSTA ASSIS, C. "O PARADOXO DA ESFERA PÚBLICA DIGITAL", *Cadernos de Direito Actual*, [S. l.], n. 21, 2023, p. 101-129.

⁴⁷ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS (COURT). *Case Moya Chacón y otro v. Costa Rica*. Preliminary Exceptions, Forums, Repairs and Coasts. Judgment of May 23, 2022. C Series No. 451.

country. However, in order for the designated scenario of balance and respect for political rights to be guaranteed, it is essential that citizens are protected from fraudulent information that was intentionally disseminated in order to favor certain groups and candidates to the detriment of others, which is why many countries have shifted their concerns regarding the need to guarantee electoral integrity in the face of disinformation to international environments systematic, seeking some kind of cross-border help for this world-class problem.

At the inter-American level, in October 2019, the OAS published the Guide to Guarantee Freedom of Expression in the Face of Deliberate Disinformation in Electoral Contexts, a document that begins by describing the phenomenon of disinformation in electoral contexts, with an emphasis on some of the benefits brought by this new informational⁴⁸ ecosystem, presenting some factors that should be weighed when analyzing the informational disorder produced in the electoral context, such as (i) political polarization (remembering the impact of echo chambers), (ii) the business model of digital platforms anchored in online advertising (disinformation is propagated through the same advertising techniques and tools used by the advertising market) and (iii) viralization (studies show that fraudulent news circulates more quickly than the true news)⁴⁹.

The OAS Guide⁵⁰ also discusses the impacts of digital platforms in this context of informational dysfunction, identified as species of the category of intermediaries and platforms:

⁴⁸ As benefits of the popularization of the Internet mentioned by the OAS in the Guide to guarantee freedom from expression in the face of deliberate disinformation in electoral contexts, the following passages deserve to be highlighted: "La Internet es una red descentralizada que ha expandido la posibilidad de que las personas y los ciudadanos se expresen en la esfera pública, con acceso a recursos tecnológicos mínimos. Este nuevo ecosistema de comunicación presenta enormes oportunidades para la expansión y el fortalecimiento del debate público, así como para la circulación y acceso a la información de interés público (...) Internet es una de las tecnologías que más ha potenciado el ejercicio de la libertad de expresión, dado que convirtió a millones de personas que eran receptores pasivos de información en activos participantes del debate público."

⁴⁹ (...) Polarization. Several studies link the phenomenon of disinformation to political polarization. Some argue that disinformation is the cause of polarization, as it appeals to people's emotions and seeks to affect their behavior, including voting behavior (such as so-called "voter suppression," i.e., practices or strategies used to discourage certain sectors of the population from participating in the electoral process)⁷. Others argue that disinformation is actually the effect of political polarization, as people lock themselves into narrow information silos in which they only access information through the prism of their own ideologies or political positions (spaces called "echo chambers"), which prevents them from accessing divergent points of view (...) Thus, it has been argued that the online advertising market, based on the mining of personal data and the ability to target messages accurately and effectively, encourages disinformation as it is spread through the same tools and techniques used by the advertising market.¹⁵ In this regard, the use of personal data for advertising purposes—largely permitted by outdated or limited data protection laws—appears to create conditions that favor the phenomenon or make it more effective. It should be noted here that many of these norms in the region could be outdated in relation to these new phenomena or their application could be limited. Internet virality. It should be noted that the phenomenon of Internet virality is not in itself problematic: on the contrary, by taking advantage of the decentralized nature of the network, the circulation of information can bypass controls or points of blockage or censorship, something especially valuable in the contexts of authoritarian countries. However, when it comes to misinformation, it can be a factor that complicates the approach to the phenomenon. There are studies that suggest that fake news circulates faster than the real news, because they appeal to emotions and are - consequently - more attractive.¹⁸ It has also been argued that social networks offer a form of information exchange that is "epistemically valuable": a publication on a social network is equivalent to a "testimony" given by another person, usually someone we know or appreciate for some reason (that is why we "follow" or are his "friends", etc.). As human beings tend to accept what others transmit to us in the form of testimony, it is possible to postulate that disinformation flourishes in social networks because it takes advantage of an epistemologically valid procedure for most cases and uses. OAS. "Guide to Guarantee Freedom of Expression in the Face of Deliberate Disinformation in Electoral Contexts".

⁵⁰ *Idem*, p. 21.

The paradigm shift in the information flow of democratic societies was accompanied by the emergence of new actors. That is the case of intermediaries and platforms operating on the Internet seem to play central roles in the new information ecosystem. These actors have had a positive impact on their development, by facilitating access to information that we do not know (in the case of search engines), offering the necessary infrastructure to participate in the public debate (such as Internet service providers) or offer platforms where it is possible to share information, ideas, and access content produced by third parties (as is the case with media consumption platforms or social networks). These services, managed by the private sector, have become important actors, partly as a result of the concentration - in market terms - prevalent in these services.²

The legacies of intermediaries and platforms in the construction of a more plural debate space have not only been positive, as there are known and challenging risks involved in this mission, especially when faced with attempts at arbitrary and unjustified control of digital discourse, either through censorship or through manipulation – processing that compromises the integrity – of electoral information. Instruments now commonly recruited by authoritarian leaders and governments in order to forge the flow of information to serve their own interests, euphemistically as foreseen by the OAS Guide:

Through their role as intermediaries in the flow of information on the Internet, these actors operate as traffic "control nodes." Their decisions have a significant impact on the public debate, and so a number of governments—especially authoritarian ones—have tried to pressure them to help shape the flow of information according to their interests⁵¹

Still from the perspective of the electoral process, it should be noted that, in 2020, the UN and the OAS issued a joint declaration, entitled the Joint Declaration on Freedom of Expression and Elections in the Digital Age⁵², in which they highlighted the importance of freedom of expression and information for the electoral system:

(...) deliberate disinformation, misinformation or manipulation, disseminated with the intention of harm, as well as 'hate speech', can generate and aggravate tensions related to elections; calling on parties and candidates to avoid intentionally using such statements to boost their electoral prospects, and recognising the important role that independent electoral authorities and bodies play in addressing these forms of expression and promoting access to information;

Furthermore, examples of manipulation of videos, images and sounds of candidates (deep fakes⁵³), unduly associating them with reprehensible and perhaps criminal conduct, continue and will continue to circulate intentionally and virally on social networks, compromising, in addition to the suitability of the electoral process, the integrity of the democratic regime itself.

In this vein, the 2023 report of the International Panel on the Information Environment (IPIE), produced as a result of a survey carried out with experts on the subject

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Statement issued by the United Nations (UN) Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the Representative on Freedom of the Media of the Organization for Security and Co-operation in Europe, and the Special Rapporteur for Freedom of Expression of the Organization of American States (OAS). ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. "JOINT DECLARATION ON FREEDOM OF EXPRESSION AND ELECTIONS IN THE DIGITAL AGE", 2020. Available in: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Opinion/JointDeclarationDigitalAge_30April2020_EN.pdf.

⁵³ Cf.: SHAO, G. "What deepfakes are and how They may be dangerous", CNBC, 2019; KNIGHT, Will. "The US military is funding an effort to catch deepfakes and Other AI trickery", *MIT Technology Review*, 2018.

around the globe, highlights electoral disinformation as one of the main forms of systemic disinformation, second only to health disinformation⁵⁴.

The proliferation of theses on electoral fraud in digital environments and their offline reverberations, such as the violent contestation of the electoral result on January 8, 2023 in Brazil, focus on the right of citizens to freely choose their representatives.

In the same sense, the agenda of political violence against women candidates or human rights defenders has also been well documented⁵⁵, with digital media being the main environment for the suppression of these rights. In particular, it is noted that hate speech is crossed by other intersectionalities in addition to misogyny, such as racism, transphobia, lgbtphobia, among others. The IACHR has adopted precautionary measures on the subject⁵⁶, a signal that has been directing the internal debate on the subject, in view of the reinforced obligation imposed on the State to protect human rights defenders.

Ultimately, the problems posed by the lack of regulation of the industry go beyond elections, encompassing threats to the sovereignty of States and their operational capacity to enforce the rights of their citizens and other people in their territory. In the absence of regulation, the digital environments produced by the platforms become spaces of parallel sovereignty, where private contractual rules of technology companies that operate in a separate from the application of national laws, including those related to the exercise of human rights, are in force. In this regard, the same OAS Guide⁵⁷ highlights as follows:

It has also been found that Internet companies themselves moderate the content that circulates on their platforms, adopt decisions to suppress or reduce the circulation of content according to their own terms of service and "community" rules and thus also form the public debate. Actualmente, y fruto de desafíos como el de la desinformación intencionada y el discurso que ininci al odio, muchas de estas empresas están travesando procesos de revisión de los criterios que utilizan para moderar contenidos, los procedimientos internos que utilizan a tal fin y la selección de información que generan y presentan a los usuarios, basadas en la utilización de algoritmos. This dynamic of public prisons and private actions is aggravated by concentration: as powerful as the actor who operates as an intermediary, more attractive is the actor who operates as an intermediary, more attractive is vuelve for those who want to press and have more impact on their decisions.

Moving forward, it should be noted that disinformation can also represent a risk to the right to equality before the law, engraved in article 24 of the ACHR, which is responsible for providing that everyone has the right, without discrimination, to equal protection of the law. In this vein, the concepts of echo chamber and bubble filters receive prominent attention, as they reveal how certain algorithmic arrangements are designed by platforms and how they will have repercussions beyond digital borders.

The term echo chamber, derived from the English expression echo chambers, identifies, based on an analogy to the sounds that reverberate in a hollow envelope, such

54 INTERNATIONAL PANEL ON THE INFORMATION ENVIRONMENT. "Trends in the Global Information Environment 2023 Expert Survey Results", Synthesis Report 2023.2, 2023.

55 LAURIS, E.; HASHIZUME, M. *Violência Política e Eleitoral no Brasil: panorama das violações de direitos humanos de 2016 a 2020*, Terra de Direitos e Justiça Global, Curitiba, 129 p. Available in: http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2020/09/Relat%C3%B3rio_Violencia-Politica_FN.pdf. See also: ASSIS, M. P. et al. "E ainda nos levantamos: luta e resistência das mulheres em defesa dos direitos humanos". In: *Comitê Brasileiro de Defensoras e Defensores de Direitos Humanos. Dossiê Vidas em Luta: criminalização e violência contra defensoras e defensores de direitos humanos no Brasil*, v. III. Organização: Layza Queiroz Santos et al, Terra de Direitos, Curitiba, 2020. Available in: <https://terradedireitos.org.br/uploads/arquivos/Dossie-Vidas-em-Luta.pdf>.

56 IACHR. Resolution No. 34/2022. Precautionary Measure No. 408-22. Benny Briolly Rosa da Silva Santos and members of his work team in relation to Brazil, July 11, 2022. Available in: https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/mc/2022/res_34-22%20_mc_408-22_br_pt.pdf.

57 ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS). "Guide to Guarantee Freedom of Expression in the Face of Deliberate Disinformation in Electoral Contexts", p. 22.

as bells, a linked and closed media space that has the potential to amplify the messages delivered there and isolate them from the messages that contradict them (avoids dissent), which is why it is not uncommon to confuse it with the expression bubble filters), a phrase that refers to the personalization of results from search engines, such as Google and social media feeds, which are creating a unique universe of information for each of us based on our tastes (profiling⁵⁸).

In addition to the structural network dimension of the platforms mentioned above, it is also worth remembering the practical effects supported by the right to equality as a result of the lack of transparency in the application of content moderation rules by the platforms, a gap that for a long time was anchored in the myth of the supposed exemption and neutrality of the networks (which would be mere intermediaries), but in the face of the disclosure of recent scandals⁵⁹, especially after 2016, they weakened this thesis. In summary, such events showed that the discourse on the platforms results from a complex interaction between users' interests, platform resources and generative algorithmic choices⁶⁰, which exclusively serve the final pursuit of increasing the time users spend on social networks, by capturing their attention.

In this way, there is a content curation produced by the networks' own algorithms that, in interaction with the behavior of users, defines which types of posts will be amplified and which will be restricted (logic of the echo chambers above), having as a measure the engagement capacity of a given content (privileging mainly sensationalist and false content), which is why it would not be minimally reasonable to impute to social networks, in isolation, the duty to mitigate the negative externalities caused by a model of economic exploitation that depends on this logic to survive, to the extent that the eventual effectiveness of the self-regulatory policy of moderation will always coexist with the shadow of conflict of interest (moral hazard).

Furthermore, the absence of clear and transparent rules adopted by social networks in the elaboration and, especially, application of their content moderation policies promotes, therefore, an environment of unjustified differential treatment for certain groups of users, since individuals with greater capacity for engagement have greater permissiveness and leniency from companies to publish fraudulent news or news that incites violence, for example, when compared to those with lower levels of visibility, an asymmetry that fosters, therefore, a legally discriminatory informational ecosystem.

Designated asymmetries call for coordinated state and regional responses, especially through the promotion of promotion measures that intend to raise the levels of literacy and digital literacy⁶¹, as they will have the potential to increase the levels of collective awareness of the population about the benefits and risks of digital platforms, an objective usually materialized through the implementation of public policies, because, as observed throughout the present research, the higher the level of organic and social maturity of a given State, the lower the pernicious impacts of the informational disorder, in addition to the lower possibility that the (intentional) human circulation will propagate fraudulent news or legally abusive speeches - users will enjoy greater critical judgment and knowledge about the risks involved.

In a complementary sense, with regard to the Judiciary of the OAS member states, in turn, it has been found that the absence of a clear regulatory normative parameter has conferred on them a double function, that is, the first, as a space that is increasingly called

⁵⁸ DONEDA, D. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, Renovar, Rio de Janeiro, 2006, p. 173.

⁵⁹ MIT TECHNOLOGY REVIEW. "How Facebook got addicted to spreading misinformation", 2021. Available in: <https://www.technologyreview.com/2021/03/11/1020600/facebook-responsible-ai-misinformation/>.

⁶⁰ DOUEK, E. "Governing Online Speech: From 'Posts-as-Trumps' to Proportionality and Probability", *Columbia Law Review*, [s.1], v. 121, n. 759, 2020.

⁶¹ Terms that encompass a wide range of cognitive, social, motor, and emotional skills that users need to enjoy in order to navigate the digital environment effectively, such as access to digital education policies that effectively transfer knowledge, educate, and raise awareness among users so that they can identify what is disinformation, malicious information, among other data processing that compromises the integrity of information. It is also required to deepen the channels available for reporting illegal, hateful or violent content as a mechanism of social control.

upon to intervene and pacify these controversies, and the second, as a reflection of this broad protagonism, that ends up requiring the national Judiciary to impose conditions - isolated⁶², however - on the moderation policies of social media platforms, creating a particularly problematic and casuistic conjuncture if one considers that only a tiny fraction of the debates involving the limits to the exercise of freedom of expression on social networks are judicialized (problem of selectivity), making it impossible to have a real and systematic confrontation of the problem that is proportional to the dimension of the unprecedented political and market power of these giant economic agents that compete with the State and can certainly influence and affect the public interest.

Finally, firmly in this context, there is growing social pressure for the Legislative Powers of the OAS member states to claim, evoke and execute their primary functions as a natural locus of democratic representation of the interests of society and the construction of the legislative framework necessary to convey the rules that will inform this new niche of activities, scenarios that seem to converge to the creation of this whole of rules and principles. harmonized nationally and regionally, to illuminate the governance of digital platforms in full harmony with the dictates of the Inter-American Human Rights System.

4 CONCLUSIONS

As exposed, with the advent and consolidation of the Informational Order, the relationship of digital subjects with information was greatly impacted. The reasons for this significant change have several perspectives, however, *in casu*, those that identify the association of the phenomena of globalization and the technological revolution deserve prominence, regardless of the terminologies used to describe these events (Fourth Industrial Revolution, Surveillance Capitalism, digitalization of private life and virtualization of intimacy), since it is certain that the Information Society has produced intense changes not only social and political, but, above all, in the way human beings relate to law and space.

In fact, it was inferred that the main threats to information security, especially disinformation and hate speech perpetrated through digital platforms, emerge as products of this new Informational Order, attracting, in addition to the well-known benefits of digital transformation, transnational risks, revealing that digital platforms operate beyond national borders, with actions that have global repercussions. This cross-border trait of disinformation requires enhanced international cooperation and harmonization of legal treatment so that the challenges are addressed effectively, thus ensuring that the digital human rights provided for in the ACHR are effectively protected.

The research showed that, although there are regulatory frameworks and initiatives aimed at mitigating the unwanted effects of disinformation, there are still significant gaps in the application and effectiveness of these measures. The insufficiency of normative arrangements that discipline transparent rules on issues that are core to the governance of platforms, such as content moderation and accountability for their conduct, associated with the lack of integrated public policies for digital literacy and collective awareness, end up causing uncoordinated and insufficient jurisdictional responses, which is why these vulnerabilities have been identified as obstacles to the effective protection of human rights Digital.

In view of this scenario, the present research reaffirms the need for transnational, systematic and multidimensional solutions to face the challenges imposed by digital disinformation, since, based on what is evidenced, only through an integrated approach, which brings together effective governance, education and international cooperation, will it be possible to promote a more functional informational ecosystem, strengthening

⁶² Considering the perspective of being adopted through random and disconnected decision-making expedients, coming from the most different levels of the Brazilian Judiciary, see examples of decisions rendered both by lower court judges who prevented the operation of Whatsapp or Telegram, as well as the most recent and famous commands issued by the Brazilian Federal Supreme Court against the former *Twitter*, today *X*.

democracy and ensuring the protection and promotion of rights provided for in the Inter-American System for the Protection of Human Rights (IAHRS).

REFERENCES

- BELL, D. *The Coming of Post-Industrial Society: A Venture in Social Forecasting*, Basic Books, New York, 1973.
- BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.
- BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. CÓDIGO PENAL.
- BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. DECRETO Nº 57.603, DE 5 DE MAIO DE 2024.
- CARVALHO, M. S. R. M. *A trajetória da Internet no Brasil: do surgimento das redes de computadores à instituição dos mecanismos de governança*. Dissertação de mestrado, Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Sistemas de Computação, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.
- CASTELLS, M. *A sociedade em rede (A era da informação, economia, sociedade e cultura)*, Paz e Terra, São Paulo, 1999.
- CLEMENTINO, M. B. M. *A cooperação jurídica internacional em matéria penal-tributária como instrumento de repressão à criminalidade organizada transnacional: globalização e novos espaços de juridicidade*. Tese de Doutorado em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS (IACHR). *Desinformación, pandemia y derechos humanos*, 2023.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS (IACHR). Resolution No. 34/2022. Precautionary Measure No. 408-22. Benny Briolly Rosa da Silva Santos and members of his work team in relation to Brazil, July 11, 2022.
- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS (COURT). *Case Álvarez Ramos vs. Venezuela*. Preliminary Exceptions, Forums, Repairs and Coasts. Judgment of August 30, 2019. Serie C No. 380., P. 101.
- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS (COURT). *Case Baraona Bray vs. Chile*. Preliminary Exceptions, Forums, Repairs and Coasts. Judgment of November 24, 2022. Serie C No. 481., P. 103.
- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS (COURT). *Case Moya Chacón y otro v. Costa Rica*. Preliminary Exceptions, Forums, Repairs and Coasts. Judgment of May 23, 2022. C Series No. 451.
- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS (COURT). *Case Ricardo Canese vs. Paraguay*. Forums, Repairs and Coasts. Judgment of August 31, 2004. Series C No. 111, P. 77.
- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS (COURT). *Case López Álvarez vs. Honduras*. Forums, Repairs and Coasts. Judgment of February 1, 2006. Serie C No. 141, P. 163.
- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS (COURT). Advisory Opinions OC 5/85, of November 13, 1985. Available in: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_por.pdf.
- COSTA ASSIS, C. "O PARADOXO DA ESFERA PÚBLICA DIGITAL", *Cadernos de Direito Actual*, [S. l.], n. 21, 2023, p. 101–129.
- DIVINO, S. "Tutela Ética e Jurídica dos Danos e da Responsabilidade da Inteligência Artificial", *Cadernos de Direito Actual*, [S. l.], n. 22, p. 288–313, 2023.
- DONEDA, D. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, Renovar, Rio de Janeiro, 2006.
- DOUEK, E. "Governing Online Speech: From 'Posts-as-Trumps' to Proportionality and Probability", *Columbia Law Review*, [s.l.], v. 121, n. 759, 2020.
- EUROPEAN COMMISSION, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology, "A multi-dimensional approach to disinformation – Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation, Publications Office", 2018, Available in: <https://data.europa.eu/doi/10.2759/739290>.

- GANDOMI, A.; MURTAZA, H. "Beyond the hype: Big data concepts, methods, and analytics", *International Journal of Information Management*, v. 35, n. 2, 2015, p.137-144, ISSN 0268-4012, <https://doi.org/10.1016/j.ijinfomgt.2014.10.007>.
- HARVARD MEDICAL SCHOOL. "Anxiety and Stress Disorders. A guide to managing panic attacks, phobias, PTSD, OCD, social anxiety disorder, and related conditions", Special Health Report, 2021.
- HOOFNAGLE, C. J.; SOLTANI, A.; GOOD, N.; WANBACH, D. J. "Behavioral advertising: the offer you can't refuse", *Harvard Law & Policy Review*, v.6, 2012, p. 273-296.
- INTERNATIONAL PANEL ON THE INFORMATION ENVIRONMENT. "Trends in the Global Information Environment 2023 Expert Survey Results", Synthesis Report 2023.2, 2023.
- INTRONA, L.; NISSEBAM, H. "Shaping the web: why the politics of search engines matters", *The Information Society*, v. 16, 2000.
- KNIGHT, Will. "The US military is funding an effort to catch deepfakes and Other AI trickery", *MIT Technology Review*, 2018.
- LAURIS, E.; HASHIZUME, M. *Violência Política e Eleitoral no Brasil: panorama das violações de direitos humanos de 2016 a 2020*, Terra de Direitos e Justiça Global, Curitiba, 2020.
- MIT TECHNOLOGY REVIEW. "How Facebook got addicted to spreading misinformation", 2021.
- ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS). "Guide to Guarantee Freedom of Expression in the Face of Deliberate Disinformation in Electoral Contexts", 2019.
- ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS). "JOINT DECLARATION ON FREEDOM OF EXPRESSION AND ELECTIONS IN THE DIGITAL AGE", 2020.
- OLIVEIRA, R.R.V; CLEMENTINO, M.B.M. "Os MLATS vigentes no Brasil e as implicações na soberania contemporânea: internacionalização, territorialidade e jurisdição", *Revista FIDES*, v. 12, n. 1, 2021, p. 830-849.
- OLIVEIRA, R. R. V. *Regime brasileiro de transferência internacional de dados pessoais*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2024
- PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION. "Understanding the Infodemic and Misinformation in the fight against COVID-19". (<https://iris.paho.org/handle/10665.2/52052>).
- PASQUALE, F. *The black box society. The secret algorithms that control money and information*, Harvard University Press, Cambridge, 2015.
- SCHWAB, K. *The Fourth Industrial Revolution*, Penguin Books, London, 2017.
- SCHWAB, K.; DAVIS, N. *Shaping the Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum, Geneva, 2018.
- SHAO, G. "What deepfakes are and how They may be dangerous", CNBC, 2019.
- SKAFLE, I., NORDAHL-HANSEN, A., QUINTANA, D. S., WYNN, R., & GABARRON, E. "Misinformation About COVID-19 Vaccines on Social Media: Rapid Review", *Journal of Medical Internet Research*, 2022.
- STUART MILL, J. *Sobre a liberdade*, Martin Claret, São Paulo, 2003.
- UNITED NATIONS. "Policy Brief for Our Common Agenda: Information Integrity of Digital Platforms", 2023.
- UNITED NATIONS. "Strategy and plan of action on hate speech", 2019.
- VERONESE, A. "The fourth industrial revolution and blockchain: social values and trust", *ADENAUER NOTEBOOKS XXI*, Konrad Adenauer Foundation, Rio de Janeiro, 2020.
- VON BOGDANDY, A. "Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization, and International Law", *European Journal of International Law*, v. 15, n. 5, 2004.
- VOSOUGHI, S.; ROY, D; ARAL, Sinan. "The Spread of True and False News Online", 2018. Available in: <https://science.sciencemag.org/content/359/6380/1146>.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. "Disinformation and public health". Available in: <https://www.who.int/news-room/questions-and-answers/item/disinformation-and-public-health>.
- ZUBOFF, S. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Profile Books, London, 2019.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 25. Núm. Extraordinario (2024), pp. 95-110
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

¿Prescripción del crédito tributario como causa de extinción de punibilidad en los delitos contra el orden tributario brasileño? Un problema hermenéutico

Tax statute of limitations as a cause for the extinction for punishability in crimes against the Brazilian national financial system? A hermeneutic problem

Ivan Lira de Carvalho¹

Matheus Berckmans de Souza Dantas²

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Sumario: 1. Introducción. 2. Delitos tributarios y extinción de punibilidad. 2.1. Delitos contra el orden tributario: evolución legislativa. 2.2 Extinción de punibilidad por el pago de la deuda. 3. ¿Prescripción del crédito tributario como causa de extinción de punibilidad? 3.1 Análise dos fundamentos contrários. 3.2. Prescripción del crédito tributario, extinción de la punibilidad y Constitución. 4. Prescripción del crédito tributario como causa extintiva de punibilidad: viabilidad hermenéutica de la analogía. 4.1. Prescripción tributaria y extinción de punibilidad: análisis de la aplicabilidad de la analogía como método integrador. 4.2. Metodología estructurante como fundamentación de la analogía. 5. Conclusión.

Resumen: La investigación analiza si la prescripción del crédito tributario puede interpretarse como causa de extinción de punibilidad de los delitos contra el orden tributario, tema controvertido en la doctrina. El Superior Tribunal de Justicia de Brasil sostiene que esto no es posible. El problema central es si la prescripción del crédito tributario debería extinguir la punibilidad en el derecho penal. Este estudio es relevante porque la prescripción tributaria es común y afecta a muchos individuos. El objetivo es verificar si puede considerarse como una hipótesis de extinción de

¹ Doctor y Maestro en Derecho por la Universidade Federal de Pernambuco. Profesor Asociado IV en la Universidade Federal do Rio Grande do Norte (en el Grado y en el Máster). Juez Federal. Miembro de la Academia Norte-rio-grandense de Letras, de la Academia de Letras Jurídicas de Rio Grande do Norte, del Consejo Estatal de Cultura y del Instituto Histórico y Geográfico de Rio Grande do Norte. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9041-7181>. Email: ivanlira6@uol.com.br.

² Estudiante de Máster en Derecho en la Universidade Federal do Rio Grande do Norte y de posgrado en Derecho Penal Económico en la Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Orcid: <https://orcid.org/0009-0001-9387-1491>. Email: matheusberckmans@gmail.com.

punibilidad e identificar la técnica hermenéutica para tal reconocimiento. La investigación usa un método deductivo, cualitativo, exploratorio, con procedimientos bibliográficos y documentales. Se concluye que la causa extintiva del artículo 9º, § 2º, de la Ley nº 10.684/2003 puede aplicarse, por analogía, a la prescripción del crédito tributario, con fundamento en una metodología normativo-estructurante.

Palabras clave: delitos tributarios; prescripción del crédito tributario; extinción de punibilidad; hermenéutica; analogía.

Abstract: The research analyzes whether the statute of limitations on tax credit can be interpreted as a cause for extinguishing the punishability of offenses against the tax order, a controversial issue in doctrine. The Brazilian Superior Court of Justice holds that this is not possible. The issue is whether the statute of limitations on tax credit should extinguish punishability in criminal law. This study is relevant because the tax credit expiration period is common and affects many individuals. The objective is to verify if it can be considered as a hypothesis for extinguishing punishability and to identify the hermeneutic technique for such recognition. The research uses a deductive, qualitative, exploratory method with bibliographic and documentary procedures. It concludes that the extinguishing cause of Article 9, § 2, of Law No. 10.684/2003 can be applied, by analogy, to the statute of limitations on tax credit, based on a normative-structuring methodology.

Keywords: tax crimes; tax statute of limitations; extinguishment for punishability; hermeneutic; analogy.

1. Introducción

La Ley nº 10.684/2003³ establece en su artículo 9º, § 2º, que el pago total de las deudas derivadas de tributos y contribuciones sociales, incluidos los accesorios, extingue la punibilidad en cualquier momento, lo que puede ocurrir incluso después de la sentencia firme, como ha sido reconocido por el Superior Tribunal de Justicia y por el Supremo Tribunal Federal⁴.

En paralelo al proceso penal, durante la ejecución fiscal es posible que ocurra la prescripción del crédito tributario, un factor imputable al Estado, ya sea por desidia o por incapacidad de la Hacienda Pública ejecutora para localizar bienes a través de diligencias fructíferas. De esta manera, se eliminaría la posibilidad de pago del tributo por parte del acusado y, por nexo lógico, se extinguiría su punibilidad a través del texto normativo del artículo 9º de la Ley nº 10.684/2003.

No obstante, es un entendimiento firme en el Tribunal de la Ciudadanía que la prescripción del crédito tributario no puede ser entendida como una hipótesis de

³ "Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. § 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios". BRASIL. "Lei n. 10.684, de 30 de maio de 2003", *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 mai. 2003.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 362.478/SP, Relator: Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 14/09/2017 e publicado no DJe em 20/09/2017; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 1.772.918/SP, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 03/08/2021 e publicado no DJe em 10/08/2021; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 128.245/SP, Relator: Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 23/08/2016.

extinción de punibilidad⁵. En este contexto, considerando al Estado como el agente responsable de la prescripción tributaria, se entiende que al individuo se le inflige un perjuicio por responsabilidad del Poder Público. Sin embargo, en un Estado Democrático de Derecho no es razonable que el particular pierda la oportunidad de efectuar el pago de la deuda – y, consecuentemente, extinguir su punibilidad – debido a la inercia estatal en el proceso de ejecución fiscal o administrativo fiscal.

De este modo, la presente investigación se justifica por la importancia del tema, dado que la prescripción del crédito tributario es un fenómeno relativamente común, de modo que la discusión sobre sus efectos respecto a la punibilidad concreta del sujeto pasivo afecta a una cantidad indeterminada de personas, que se encuentran perseguidas criminalmente a pesar de haber sido operada la prescripción de la deuda objeto de la denuncia.

En efecto, se formula la siguiente pregunta de investigación: ¿debe la prescripción del crédito tributario conllevar la extinción de la punibilidad en el proceso penal? En caso afirmativo, es necesario identificar la técnica hermenéutica capaz de situar la prescripción tributaria como una hipótesis de extinción de punibilidad en los delitos tributarios, sin pretender, sin embargo, agotar las complejidades del tema.

El presente estudio, de naturaleza básica, utiliza un enfoque cualitativo⁶ con objetivo exploratorio, con el fin de desarrollar conceptos sobre un tema poco explorado⁷, al aplicar una nueva perspectiva al debate relativo a la interpretación de la prescripción tributaria como causa de extinción de la punibilidad. En efecto, se aplica el método deductivo, ya que a partir de premisas generales sobre la prescripción del crédito tributario se obtienen conclusiones dogmáticas específicas mediante el razonamiento silogístico.

En cuanto a los procedimientos técnicos, la investigación se basa en métodos bibliográficos y documentales⁸. La investigación bibliográfica abarca el estudio de libros y artículos científicos pertinentes al tema, proporcionando una base teórica relevante. Mientras tanto, la investigación documental se centra en el análisis de documentos legales, como la Constitución Federal de 1988, el Decreto-Ley nº 2.848/40 (Código Penal), la Ley nº 8.137/90, entre otras leyes dispersas, así como el análisis de fallos dictados por la Corte Ciudadana sobre el tema.

Para ello, se aplicará el siguiente criterio en el buscador de jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de Brasil (STJ)⁹: “extinción de punibilidad” y “prescripción del crédito”. A continuación, se llevará a cabo una verificación de la compatibilidad de los casos con la cuestión actualmente debatida. Después, como última etapa de recolección, se realizará una búsqueda de decisiones referenciadas en el texto completo de las sentencias ya identificadas, lo cual se replicará de manera sistemática con el objetivo de identificar las decisiones colegiadas dictadas sobre el tema, hasta la primera de ellas. Al final, adoptando esta metodología, se pretende comprender la orientación de la Corte Superior en el tratamiento del asunto.

Sin duda, todas estas etapas son de fundamental importancia para comprender las consecuencias de la prescripción tributaria en el ámbito penal.

En primer lugar, se buscará evidenciar la evolución legislativa de los delitos contra el orden tributario, mediante el análisis del Código Criminal de 1830, del Código Penal de 1940, así como de las Leyes nº 3.807/60, 4.357/64, 4.729/65,

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1.872.334/PR*, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 01/12/2020; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg nos EDcl no AREsp 1.265.734*, Relator: Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 06/12/2018.

⁶ CRESWELL, J. W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto*, Artmed, Porto Alegre, 2010, p. 208-209.

⁷ GIL, A. C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*, Atlas, São Paulo, 2008, p. 27.

⁸ GIL, A. C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*, Atlas, São Paulo, 2008, p. 50-51.

⁹ Disponible en: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acceso en: 13 jan. de 2024.

8.137/90, 8.212/91, 9.983/2000 y 13.008/2014. Luego, se pretende demostrar la evolución legislativa del instituto de la extinción de la punibilidad por el pago del tributo, mediante el análisis del Decreto-Ley nº 157/67 y de las Leyes nº 4.729/65, 8.137/90, 8.383, 9.249/95, 10.684/2003, 11.941/2009 y 12.382/2011, en la parte que se relaciona con el tema.

En el siguiente apartado, se analizarán críticamente los argumentos en contra de la adopción de esta figura extintiva de punibilidad, expuestos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia del STJ, optando por seleccionar esta Corte porque su orientación se considera como guía interpretativa de la legislación federal. Además, se formularán argumentos que hasta ahora han sido desconsiderados, con el fin de contribuir al debate dogmático, teniendo como referencia la Constitución Federal.

Al final, consciente de la imposibilidad de crear figuras jurídicas sin la utilización de un método hermenéutico adecuado, se buscará, mediante investigación bibliográfica y documental (jurisprudencia del STJ), verificar la aplicabilidad del método de la analogía.

2. Delitos tributarios y extinción de punibilidad

2.1. Delitos contra el orden tributario: evolución legislativa

La historia de los delitos fiscales en Brasil tiene sus raíces en el período del Imperio, una época marcada por el intenso movimiento de mercancías a través de las aduanas¹⁰. Durante ese tiempo, el contrabando surgió como el primer delito fiscal formalmente reconocido, conforme a lo previsto en el artículo 177 del Código Criminal de 1830, con una sanción limitada a la pérdida de las mercancías o géneros y una multa igual a la mitad de su valor¹¹.

Con la llegada del Decreto-Ley nº 2.848/40 (Código Penal), el espectro de delitos tributarios se amplió, incluyendo la falsificación de documentos oficiales y la cobranza excesiva de impuestos¹². En 1960, la Ley Orgánica de la Seguridad Social (Ley nº 3.807), en su artículo 86, impuso las penas del delito de apropiación indebida a la falta de recaudación, en el tiempo establecido, de las contribuciones y de cualquier cantidad debida a las instituciones de seguridad social y recaudada de los asegurados o del público¹³.

Posteriormente, se integraron al Código Penal otros tipos de delitos, ampliando así las prácticas consideradas penalmente relevantes en materia tributaria. Como ejemplo, el artículo 11 de la Ley nº 4.357/64¹⁴ clasificó como apropiación indebida la

¹⁰ VIRTUOSO, J. I. "Aspectos Controvertidos dos Crimes contra a Ordem Tributária: Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990", *Revista Direito Tributário Atual*, n. 39, 2021, p. 226-254.

¹¹ "Art. 177. Importar, ou exportar generos, ou mercadorias prohibidas; ou não pagar os direitos dos que são permittidos, na sua importação, ou exportação. Penas – perda das mercadorias ou generos, e de multa igual á metade do valor delles". BRASIL. "Lei de 16 de dezembro de 1830", liv. 1º de Leis, Secretaria de Estado dos Negocios da Justiça, Rio de Janeiro, 8 jan. 1831.

¹² MARTINS, I. G. S. *Da sanção tributária*, Saraiva, São Paulo, 1980, p. 6.

¹³ "Art. 86. Será punida com as penas do crime de apropriação indébita a falta de recolhimento, na época própria, das contribuições e de outras quaisquer importâncias devidas às instituições de previdência e arrecadadas dos segurados ou do público". BRASIL. "Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960", *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 set. 1960.

¹⁴ "Art 11. Inclui-se entre os fatos constitutivos do crime de apropriação indébita, definido no art. 168 do Código Penal, o não-recolhimento, dentro de 90 (noventa) dias do término dos prazos legais: a) das importâncias do Impôsto de Renda, seus adicionais e empréstimos compulsórios, descontados pelas fontes pagadoras de rendimentos; b) do valor do Impôsto de Consumo indevidamente creditado nos livros de registro de matérias-primas (modêlos 21 e 21-A do Regulamento do Impôsto de Consumo) e deduzido de recolhimentos quinzenais, referente a notas fiscais que não correspondam a uma efetiva operação de compra e venda ou que tenham sido emitidas em nome de firma ou sociedade inexistente ou fictícia; c) do valor do Impôsto do Sêlo recebido de terceiros pelos estabelecimentos sujeitos ao regime de verba

retención del impuesto sobre la renta en la fuente y el débito indebido de impuestos sobre el consumo, evidenciado en los registros contables¹⁵.

Fue con la llegada de la Ley nº 4.729, el 14 de julio de 1965, que entró en vigor la primera norma que tipificaba penalmente las conductas de evasión fiscal, ya que hasta entonces no existía legislación que regulase exclusivamente los delitos tributarios¹⁶. En cuanto a los dispositivos legales, el artículo 3º establecía que solo los actos allí definidos podían constituir el delito de evasión fiscal.

A su vez, los tipos penales fueron definidos en el artículo 1º, basados en las siguientes conductas: (i) presentar una declaración falsa u omitir, total o parcialmente, información que debe ser proporcionada a agentes de las personas jurídicas de derecho público interno, con la intención de eximirse, total o parcialmente, del pago de tributos, tasas y cualquier adicional debido por ley; (ii) insertar elementos inexactos u omitir rendimientos u operaciones de cualquier naturaleza en documentos o libros exigidos por las leyes fiscales, con la intención de exonerarse del pago de tributos debidos a la Hacienda Pública; (iii) alterar facturas y cualquier documento relacionado con operaciones mercantiles con el propósito de defraudar a la Hacienda Pública; (iv) proporcionar o emitir documentos falsos o alterar gastos, aumentándolos, con el objetivo de obtener deducción de tributos debidos a la Hacienda Pública, sin perjuicio de las sanciones administrativas aplicables; y, por último, (v) exigir, pagar o recibir, para sí mismo o para el contribuyente beneficiario del pago, cualquier porcentaje sobre la parte deducible o deducida del impuesto sobre la renta como incentivo fiscal¹⁷.

En cuanto a las sanciones, la pena privativa de libertad establecida era baja, de detención de seis meses a dos años, mientras que la pena de multa era alta, de dos a cinco veces el valor del tributo¹⁸.

No obstante, dada la ineficacia de la Ley nº 4.729/65, el 27 de diciembre de 1990 se sancionó la Ley nº 8.137, que derogó tácitamente la legislación anterior y definió de manera amplia los delitos contra el orden tributario. Cabe destacar que la nueva legislación reguló el tema de manera integral, ya que además de delinear los tipos penales, también dispuso sobre la representación criminal, multas, responsabilidad de los agentes, y presentó un tratamiento exhaustivo de la temática, lo que solo permite concluir que la norma anterior fue derogada¹⁹.

La Ley nº 8.137/90 estableció penas de dos a cinco años de reclusión y multa para los delitos materiales contra el orden tributario (artículo 1º), y penas de seis meses a dos años de detención y multa para los delitos formales (artículo 2º).

En 1991, la Ley nº 8.212 tipificó en su artículo 95 los delitos formales y materiales relacionados con las contribuciones a la seguridad social, a los cuales se les impuso pena de dos a seis años de reclusión y multa²⁰. Sin embargo, con la promulgación de la Ley nº 9.983/2000²¹, se introdujeron en el Código Penal los tipos relativos al

especial". BRASIL. "Lei n. 4.357, de 16 de julho de 1964", *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jul. 1964.

¹⁵ HARADA, K.; MUSUMECCI FILHO, L.; POLIDO, G. M. *Crimes contra a ordem tributária*, Atlas, São Paulo, 2014, p. 91.

¹⁶ VIRTUOSO, J. I. "Aspectos Controvertidos dos Crimes contra a Ordem Tributária: Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990", *Revista Direito Tributário Atual*, n. 39, 2021, p. 226–254.

¹⁷ BRASIL. "Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965", *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 jul. 1965.

¹⁸ PAULSEN, L. *Tratado de direito penal tributário brasileiro*, SaraivaJur, São Paulo, 2022, p. 194.

¹⁹ COSTA JÚNIOR, P. J.; DENARI, Z. *Infrações tributárias e delitos fiscais*, Saraiva, São Paulo, 2000, p. 108.

²⁰ BRASIL. "Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991", *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1991.

²¹ BRASIL. "Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000", *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jul. 2000.

ámbito de la seguridad social, con la implementación de los delitos de apropiación indebida previsional en el artículo 168-A y de evasión de contribuciones previsionales en el artículo 337-A. Además, se produjo la derogación expresa del artículo 95 de la Ley nº 8.212 de 1991.

La legislación sufrió otra modificación con la Ley nº 13.008/2014²², que revisó el artículo 334 del Código Penal para separar los delitos de evasión y contrabando. El delito de evasión se mantuvo en el artículo 334, mientras que el contrabando fue trasladado a un nuevo dispositivo legal, el artículo 334-A.

Al final, se tiene un panorama más claro de los delitos contra el orden tributario en vigor, que se dividen entre el Código Penal, con los delitos de apropiación indebida previsional (artículo 168-A), evasión (artículo 334) y evasión de contribuciones previsionales (artículo 337-A), y la Ley nº 8.137/90, con los delitos de evasión de tributos (artículo 1º), apropiación indebida tributaria y otros delitos formales contra el orden tributario (artículo 2º).

2.2. Extinción de la punibilidad por el pago de la deuda

El instituto de la extinción de la punibilidad por autodenuncia y pago de la deuda tributaria surgió en Alemania, bajo la denominación de "autodenuncia liberadora de pena", con previsión en el orden jurídico germano y austríaco desde hace más de cien años. Más recientemente, en España, en 1995, se introdujo un mecanismo similar en su Código Penal, llamado "escusa absolutoria", basado en la idea de que la regularización tributaria es una causa de exclusión de la pena. No obstante, en estos países, la extinción de la punibilidad por el pago requiere que la regularización ocurra antes de la intervención de la Administración Pública o de la acción de los órganos de persecución penal²³.

En Brasil, por su parte, el artículo 2º de la Ley nº 4.729/65 (que definió por primera vez el delito de evasión fiscal) modificó la política recaudatoria para permitir que el deudor tributario alcance la extinción de la punibilidad por los actos ya cometidos, en el caso en que el agente efectúe el pago del tributo debido antes de que comience, en la esfera administrativa, la acción fiscal correspondiente²⁴.

Entonces, surgió una norma más amplia en el artículo 18, *caput*, del Decreto-Lei nº 157/67²⁵, que contemplaba la extinción de la punibilidad, incluso después de iniciada la acción fiscal, siempre que el agente efectuara el pago integral de los tributos y multas debidos, lo cual debía realizarse en armonía con las reglas establecidas por el Decreto-Lei nº 6262/66 o por el propio Decreto-Lei nº 157/67.

En 1990, el artículo 14 de la Ley nº 8.137 introdujo una previsión análoga, ampliando la causa de extinción a los casos de contribución social, y estableciendo el plazo para el pago de la deuda hasta el momento de la recepción de la denuncia.

²² BRASIL. "Lei n. 13.008, de 26 de junho de 2014", *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 jun. 2014.

²³ MEIRA, L. A.; ZIEMBOWICZ, R. L. "A extinção da punibilidade dos crimes tributários em face do princípio constitucional da proporcionalidade", *Revista Argumentum*, n. 3, v. 21, 2020, pp. 1025-1057.

²⁴ "Art. 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos nesta Lei quando o agente promover o recolhimento do tributo devido, antes de ter início, na esfera administrativa, a ação fiscal própria". BRASIL. "Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965", *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 jul. 1965.

²⁵ "Art 18. Nos casos de que trata a Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, também se extinguirá a punibilidade dos crimes nela previstos se, mesmo iniciada a ação fiscal, o agente promover o recolhimento dos tributos e multas devidos, de acordo com as disposições do Decreto-lei nº 62, de 21 de novembro de 1966, ou dêste Decreto-lei, ou, não estando julgado o respectivo processo depositar, nos prazos fixados, na repartição competente, em dinheiro ou em Obrigações Reajustáveis do Tesouro, as importâncias nele consideradas devidas, para liquidação do débito após o julgamento da autoridade da primeira instância". BRASIL. "Decreto-Lei n. 157, de 10 de fevereiro de 1967", *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 fev. 1967.

Al año siguiente, la Ley nº 8.383 revocó expresamente los dispositivos de las leyes anteriores que trataban de la extinción de la punibilidad. Sin embargo, el artículo 30 de la Ley nº 9.249/95 restableció la causa de extinción siempre que el agente efectuara el pago del tributo o contribución social, incluidos los accesorios, antes de la recepción de la denuncia²⁶.

Innovando, la Ley nº 10.684/2003 introdujo en su artículo 9º, § 2º, la posibilidad de extinguir la punibilidad mediante el pago integral en cualquier momento, pudiendo ocurrir, por lo tanto, antes o después de la recepción de la denuncia, de la condena o incluso del tránsito en juicio²⁷. Cabe destacar que tal previsión solo se aplica a los delitos de los artículos 1º y 2º de la Ley nº 8.137/90 y 168-A y 337-A del Código Penal²⁸.

Posteriormente, la Ley nº 11.941/2009 estableció la extinción de la punibilidad en el caso de que la persona jurídica vinculada al agente efectuara el pago integral de los débitos derivados de tributos y contribuciones sociales, incluidos los accesorios, que hubieran sido objeto de un acuerdo de parcelamiento²⁹.

Años después, la Ley nº 12.382/2011 modificó el artículo 83 de la Ley nº 9.430/96 para establecer que el parcelamiento de la deuda resulta en la suspensión de la pretensión punitiva del Estado con respecto a los delitos tributarios, durante el período en que la persona física o la persona jurídica vinculada al agente de dichos delitos esté incluida en el régimen de parcelamiento, con la salvedad de que la solicitud de parcelamiento debe haber sido formalizada antes de la recepción de la denuncia en el procedimiento penal³⁰.

Así, en general, se observa que el sistema sigue regulado en cuanto a la extinción de la punibilidad por pago, conforme lo dispuesto en el artículo 9º, § 2º, de la Ley nº 10.684/03, con la posibilidad de que el pago se realice en cualquier momento, independientemente de la modalidad de pago³¹.

²⁶ BRASIL. "Lei n. 8.838, de 30 de dezembro de 1991", *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 1991.

²⁷ "Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. [...] § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios". BRASIL. "Lei n. 10.684, de 30 de maio de 2003", *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 mai. 2003.

²⁸ PAULSEN, L. *Tratado de direito penal tributário brasileiro*, SaraivaJur, São Paulo, 2022, p. 358.

²⁹ "Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento. [...] Parágrafo único. Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15 do art. 1º desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal". BRASIL. "Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009", *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 mai. 2009.

³⁰ BRASIL. "Lei n. 12.382, de 25 de fevereiro de 2011", *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 fev. 2011.

³¹ "(...) não obstante a 'instabilidade legislativa' quanto à matéria da extinção da punibilidade pelo pagamento, com os condicionamentos temporais e revogação ocorridos, objetos de diversos diplomas legais, o dispositivo atual, do art. 9º, §2º, da Lei nº 10.684/2003, tem conteúdo bastante amplo, temporalmente incondicionado, além do que é aplicável retroativamente, posto que a lei penal retroage para beneficiar o réu, nos termos do art. 5º, XL, da Constituição". PAULSEN, L. *Tratado de direito penal tributário brasileiro*, SaraivaJur, São Paulo, 2022, p. 362.

Este instituto, sin embargo, genera diversas críticas doctrinales, fundamentadas en que es incoherente otorgar tal beneficio a los delitos tributarios, que atentan contra el patrimonio de la colectividad y la función social de la tributación, mientras que a diversos delitos menos graves no se aplica este instituto despenalizador³². Además, se señala que esta modalidad extintiva de punibilidad materializa la selectividad del sistema penal, al otorgar a la criminalidad macroeconómica beneficios no extensibles a la criminalidad convencional, tratándose de un instituto penal que prácticamente vacía la efectividad de la pena en el ámbito tributario, constituyendo una manifestación evidente de un sistema penal discriminatorio³³.

A pesar de las críticas, el instituto constituye una opción política legislativa, debiendo la interpretación jurídica centrarse en la realidad del ordenamiento vigente, lo que impone verificar si la prescripción tributaria debe resultar en la extinción de la punibilidad del agente, como una especie de derivación lógica de la previsión contenida en el artículo 9º, § 2º, de la Ley nº 10.684/2003³⁴.

3. ¿Prescripción del crédito tributario como causa de extinción de punibilidad?

La tesis de la prescripción del crédito tributario como causa de extinción de punibilidad es una cuestión controvertida, ya que mientras el STJ, en jurisprudencia reiterada y en conformidad con una parte significativa de la doctrina, la rechaza, una corriente doctrinaria opuesta considera acertada la orientación más benéfica para el acusado. Esto hace imprescindible una incursión crítica sobre los argumentos presentados, con el objetivo de demostrar posibles aciertos, debilidades y contradicciones en los discursos jurídico-penales relativos a la temática.

Así, en este apartado, primero se evaluarán los argumentos presentados, para luego llevar a cabo un análisis del tema desde la perspectiva de la Constitución.

3.1. Análisis de los fundamentos contrarios

Para ilustrar los argumentos contrarios a la tesis de la prescripción tributaria como causa de extinción de punibilidad, se realizó una investigación en el buscador de jurisprudencia del STJ³⁵, aplicando los términos "extinción de punibilidad" y "prescripción del crédito". Se encontraron cuatro fallos relevantes: AgRg no RHC 167526/SP, AgRg no REsp 1872334/PR, AgRg nos EDcl no AREsp 1265734/ES y RHC 62992/SP.

A continuación, se realizó una investigación de la compatibilidad de los fallos con la cuestión debatida, revelando que, de los casos citados, solo el AgRg no REsp 1872334/PR y el AgRg nos EDcl no AREsp 1265734/ES están relacionados con el tema. Posteriormente, se profundizó en la recolección de sentencias mediante una búsqueda de decisiones citadas en el texto completo de estos dos fallos iniciales. Al realizar esta operación de manera sistemática, se encontraron referencias a los

³² XEREZ, H. V. *Crimes tributários: teoria à extinção da punibilidade pelo pagamento*, Juruá, Curitiba, 2017, p. 233-234.

³³ MENDES, G. A. S.; AMARAL, C. P.; DE SOUZA, C. M. "Sonegação fiscal à luz da criminologia crítica", *Revista Paradigma*, n. 2, v. 30, 2022, p. 26-48.

³⁴ "Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. § 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios". BRASIL. "Lei n. 10.684, de 30 de maio de 2003", *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 mai. 2003.

³⁵ Disponible en: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acceso en: 13 de jan. de 2024.

siguientes fallos: REsp 1.597.580/MG, RHC 81.446/RJ, RHC 67.771/MG y AgRg no AREsp 202.617/DF, siendo este último el que trató la materia en carácter originario.

De hecho, se extrae la orientación del STJ sobre la materia a partir del análisis del texto completo de los seis fallos, siendo posible sintetizar el entendimiento adoptado a partir de dos fundamentos: (i) la constitución regular y definitiva del crédito tributario es suficiente para la tipificación de las conductas previstas en el art. 1º, I a IV, de la Ley nº 8.137/90, de tal manera que el eventual reconocimiento de la prescripción tributaria no es relevante, dada la independencia entre las esferas tributaria y penal; y (ii) la imposibilidad de aplicar por analogía la norma prevista en el artículo 9º, § 2º, de la Ley nº 10.684/2003 debido a la falta de una similitud relevante entre el pago y la prescripción, a la luz de la *ratio legis* que informa el dispositivo.

Sobre la discusión, Leandro Paulsen argumenta que la equiparación de la prescripción con el pago, a efectos penales, encontraría obstáculo en la diferencia entre estos institutos. Según sostiene, la prescripción tributaria no revela características similares al pago, lo que impediría que se les atribuyan los mismos efectos jurídico-penales. Esto se debe a que, en el caso de la prescripción, la supresión o reducción de tributos adquiere definitividad, en la medida en que el crédito deja de ser exigible por la Administración, de modo que, en lugar de satisfacer el daño al erario, quedaría perpetuado³⁶. En la misma línea, Andrade Filho rechaza la tesis debatida con el argumento de que los presupuestos fácticos del tributo y del delito son distintos, lo que excluye la aplicación automática de las normas que rigen la extinción del tributo al proceso penal³⁷.

Ocurre que, en lo que respecta a la argumentación basada en la premisa de independencia entre las instancias penal y tributaria (punto 'i'), resulta ser contradictoria en la medida en que rechaza la equiparación de la prescripción con el pago, para fines de extinción de punibilidad, sin considerar que la existencia del instituto de extinción de la pena por pago depende precisamente de la confusión entre las instancias.

Mejor dicho: a partir del momento en que el legislador opta por privilegiar el refuerzo al erario en lugar de imponer la sanción penal a quien comete una conducta típica, antijurídica y culpable, se revela que tal categoría de criminalización opera como una extensión de la ejecución fiscal, funcionando como un instrumento para forzar al contribuyente a cumplir con el interés recaudatorio del Fisco³⁸. De esta manera, el Estado incurre en una evidente confusión entre las instancias penal y tributaria.

Por consiguiente, dado que la existencia de la extinción de punibilidad por pago está estrechamente ligada al carácter recaudatorio del derecho penal tributario brasileño, no es sólido utilizar el argumento de la independencia de las instancias para impedir la posible equiparación entre la prescripción y el pago con fines extintivos, ya que la norma del artículo 9º, § 2º, de la Ley nº 10.684/2003 adopta como fundamento existencial el carácter recaudatorio atribuido a los delitos contra el orden tributario.

Desde otro ángulo, en relación con la premisa basada en la diferenciación entre los institutos de prescripción y pago (punto 'ii'), la doctrina mencionada sostiene que existe una diferencia ontológica entre los institutos, ya que, según se argumenta, mientras que el pago satisface la pretensión del Fisco, la prescripción eterniza el daño al erario.

³⁶ PAULSEN, L. *Tratado de direito penal tributário brasileiro*, SaraivaJur, São Paulo, 2022, p. 372.

³⁷ ANDRADE FILHO, E. O. *Direito Penal Tributário: crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social*, Atlas, São Paulo, 2015, p. 140.

³⁸ MACHADO, H. B. *Crimes contra a ordem tributária*, Atlas, São Paulo, 2022.

No obstante, se debe considerar que tal argumentación imputa al individuo la culpa por la “eternización” del daño, olvidando que la responsabilidad por la prescripción tributaria es, en realidad, atribuible a la inercia de la Hacienda Pública ejecutora. Este punto merece una mayor explicación:

El Superior Tribunal de Justicia mantiene una postura firme en el sentido de que la prescripción intercorrente del crédito tributario presupone una inercia injustificada del acreedor, excluyéndola incluso en el caso en que el período sin práctica de actos procesales sea resultado de la demora en el impulso oficial por parte del Poder Judicial³⁹, lo que permite inferir que, generalmente, la inercia injustificada es lo que motiva la extinción del crédito. Sin embargo, existe un escenario en el que es posible el reconocimiento de la prescripción incluso en ausencia de inercia por parte del acreedor

Este segundo escenario es aquel en el que, a pesar de que la Hacienda Pública haya realizado esfuerzos para localizar bienes embargables, no logró obtener resultados fructíferos, lo que provocaría la expiración del plazo del artículo 40, § 4º, de la Ley de Ejecución Fiscal⁴⁰, con el posterior reconocimiento de la prescripción intercorrente, como ha sido establecido por el STJ bajo el procedimiento de recursos especiales repetitivos (REsp 1.340.553/RS, Tema 566⁴¹).

En este caso, no se trataría de una inacción propiamente dicha, sino de una falla por ineptitud, lo que también lleva a la conclusión de que la responsabilidad por la prescripción es de la Hacienda Pública, y no del individuo. Además, cabe señalar que se consignó en el cuerpo del fallo vinculante citado que ninguna ejecución fiscal presentada puede permanecer eternamente en los archivos del Poder Judicial o de la Procuraduría Fiscal encargada de la ejecución de la deuda fiscal⁴², justamente por la imposibilidad de penalizar al individuo en detrimento de la inoperancia del Estado.

Se entiende, por todo lo expuesto, que los argumentos en contra no son coherentes, basados en una supuesta independencia de las instancias y en una teórica distinción entre los institutos de la prescripción y del pago, sustentada en la afirmación de que la prescripción, en lugar de depurar, representa la eternización del daño causado a la Administración Pública.

En cuanto a la cuestión planteada en el punto ‘ii’, relativa a la posibilidad o no de aplicar la causa extintiva del artículo 9º, § 2º, de la Ley nº 10.684/2003 al caso de la prescripción por analogía, esto solo se abordará en el punto 4 (Prescripción del crédito tributario como causa extintiva de punibilidad: viabilidad hermenéutica de la analogía).

3.2. Prescripción del crédito tributario, extinción de punibilidad y Constitución

Superadas tales controversias, ahora se impone analizar el tema desde la óptica de la Constitución Federal de 1988.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp nº 1.839.423/PR*, Relator: Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 22/11/2021 e publicado no DJe em 02/12/2021.

⁴⁰ “Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. [...] § 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato”. BRASIL. “Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980”, *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 set. 1980.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Tema Repetitivo n. 566*. Prescrição intercorrente na execução fiscal suspensa por não localização do devedor ou de seus bens. Disponible en: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=566&cod_tema_final=566. Acceso en: 19 jan. 2024.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.340.553/RS*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 12/09/2018, publicado no DJe em 16/10/2018.

En una valiosa lección, José Joaquim Gomes Canotilho explica que la Constitución, como norma primaria sobre la producción jurídica, tiene tres funciones importantes: primero, la identificación de las fuentes del derecho del ordenamiento jurídico; segundo, el establecimiento de criterios de validez, eficacia y jerarquía de las normas producidas por las diversas fuentes del derecho; y tercero, la determinación de la competencia de las entidades que revelan normas de derecho positivo⁴³.

En este contexto, el valor normativo superior de la Ley Fundamental se relaciona precisamente con su carácter de fuente de la producción normativa, convirtiéndola en un parámetro obligatorio para orientar los actos estatales. De hecho, el principio fundamental de la constitucionalidad de los actos normativos señala que el acto normativo guarda conformidad con el texto constitucional cuando no ha violado el sistema formal de producción de esos actos, y no ha contrariado “parámetros materiales plasmados en las reglas o principios constitucionales”⁴⁴.

Así, la legislación debe alinearse con los “parámetros materiales” de las reglas o principios constitucionales, ya que, con la redemocratización, la Constitución de 1988 superó la limitación de la supremacía formal, adquiriendo también una supremacía material (axiológica), potenciadas por la apertura del sistema jurídico y la normatividad de sus principios⁴⁵. Desde esta perspectiva, el contenido material y axiológico de la Carta Magna se irradia, con fuerza normativa, por todo el sistema jurídico (fenómeno de la constitucionalización del Derecho)⁴⁶.

A pesar de ello, la orientación jurisprudencial contraria a la tesis debatida (sobre la adopción de la prescripción del crédito como causa de extinción de la pena) representa una descoordinación con el valor normativo superior atribuido al texto constitucional, ya que se traduce en una violación al principio constitucional de la igualdad (o isonomía), previsto en el artículo 5º, *caput*, de la Constitución Federal, que establece que “todos son iguales ante la ley, sin distinción de ninguna naturaleza”⁴⁷. Por lo tanto, es necesario evidenciar tal infracción:

Por previsión legal, el ordenamiento jurídico reconoce que el pago de la deuda extingue la punibilidad del sujeto perseguido criminalmente por delitos contra el orden tributario, de acuerdo con el texto normativo del artículo 9º, § 2º, de la Ley nº 10.684/2003, lo cual puede ocurrir en cualquier momento, incluso después del tránsito en juzgado, tal como ya se ha afirmado.

Sin embargo, es posible que, durante el curso del proceso penal, ocurra la extinción del crédito tributario por el transcurso del plazo de prescripción basado en el artículo 156 del Código Tributario Nacional⁴⁸. Otro escenario (que aunque es menos probable no es imposible) es aquel en el que ocurre la prescripción del crédito tributario incluso antes de la presentación de la denuncia por parte del ministerio público (y, por lo tanto, antes de la existencia de un proceso penal).

En ambos los escenarios, se imposibilitaría el pago de la deuda por parte del agente, ya que la prescripción tributaria extingue el propio crédito y la obligación correlativa, haciendo que la cobranza o el pago, ya sea por vía judicial o administrativa, sean inoperativos. Así, se imposibilita al sujeto la extinción de su punibilidad mediante una causa extintiva que, aunque existe y es válida, queda desprovista de eficacia en este escenario.

⁴³ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Edições Almedina, Coimbra, 2018, p. 693.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 890.

⁴⁵ SILVA JÚNIOR, W. N. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Editora OWL, Natal, 2021.

⁴⁶ BARROSO, L. R. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito”, *Revista Quaestio Iuris*, n. 1, v. 2, 2014, p. 1–48.

⁴⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988.

⁴⁸ BRASIL. “Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966”, *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 out. 1966.

Además, cabe recordar que la referida ineficacia del texto normativo no se debe a la responsabilidad del acusado, sino a la desidia o inoperancia de la Hacienda ejecutora, ya sea por inacción o por incapacidad para promover diligencias fructíferas durante el curso de la ejecución fiscal.

De esta manera, al negar la extinción de la punibilidad por la prescripción, se penaliza al individuo por la ineficiencia estatal, resultando en una violación del principio de igualdad, ya que se concede un privilegio a un ciudadano en detrimento de otro. El término privilegio (y la consiguiente ruptura de la igualdad) se utiliza porque ambos agentes – aquel cuya deuda prescribe y aquel cuya deuda no prescribe – no son responsables de esta situación, ya que es un factor ajeno al comportamiento individual. Así, la única solución concebible es considerar la prescripción como causa de extinción de la punibilidad, recuperando el necesario estatus de equilibrio y equidad exigido por el contenido de la norma constitucional⁴⁹.

Por consiguiente, se observa que la no inclusión de la prescripción del crédito como causa de extinción de la punibilidad revela una violación del principio de igualdad, por lo que es necesario verificar la aplicabilidad de la analogía como una herramienta adecuada para resolver tal inconstitucionalidad, siendo este el objetivo a abordar en el próximo tema.

4. Prescripción del crédito tributario como causa extintiva de punibilidad: viabilidad hermenéutica de la analogía

Hecha la constatación de que la orientación jurisprudencial que aparta la equiparación de la prescripción del crédito tributario al pago es contraria al principio de igualdad, consagrado en el artículo 5º, *caput*, de la Constitución Federal, es el momento de verificar la viabilidad de la analogía como método hermenéutico para resolver la problemática planteada.

En este sentido, se retomarán los argumentos presentados en la jurisprudencia del STJ (punto 'ii') mediante un análisis crítico, para luego discutir cómo la metodología estructurante puede ser aplicada para contribuir a resolver la duda relacionada con la aplicación de la analogía para acercar la prescripción al pago.

4.1. Prescripción tributaria y extinción de punibilidad: análisis de la aplicabilidad de la analogía como método integrador

La analogía consiste en una forma de aplicación del texto normativo, de función integradora (y no interpretativa), mediante la cual se aplica determinado precepto a una hipótesis no contemplada por el texto legal, con el fin de llenar un vacío en la ley, representando, de este modo, un verdadero medio de integración del sistema jurídico⁵⁰.

En materia penal, por su parte, está prohibida la analogía que perjudique al acusado (*in malam partem*), siendo permitida únicamente la analogía que le sea favorable (*in bonam partem*), encontrando esta última hipótesis justificación en el principio de equidad⁵¹.

No obstante, aunque se trate de un escenario que se desvía del principio de igualdad, la jurisprudencia del STJ rechaza la aplicación del artículo 9º, § 2º, de la Ley nº 10.684/2003 a la prescripción tributaria por analogía, basándose en el argumento de que no existe una similitud relevante entre el pago y la prescripción, a la luz de la *ratio legis* que informa el dispositivo.

Sin embargo, como enseña Carlos Salgado, para constatar la existencia de una laguna digna de aplicación por analogía, se debe invocar el principio o regla general

⁴⁹ GALVAN DOS SANTOS, M.; CECONELO FOLLE, A. J.; FASOLO PILATI, A. "Os princípios constitucionais como forma de efetivar o estado democrático de direito no Brasil", *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, n. 1, v. 15, 2023.

⁵⁰ BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal: parte geral*, Saraiva Educação, São Paulo, 2018, p. 207.

⁵¹ TOLEDO, F. A. *Princípios básicos de direito penal*. Saraiva, São Paulo, 1994, p. 27.

inclusiva, por el cual, habiendo la misma "situación de hecho", se adopta el criterio de igualdad como solución justa, de derecho o axiológica. En efecto, reconocido el vacío del ordenamiento para la misma situación de hecho, se impone recurrir a procesos para su llenado, entre los cuales el más técnico, por utilizar la propia legislación, es la analogía, que está prevista en la regla general inclusivo-extensiva del artículo 4º de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño⁵².

Así, aunque se alegue una ausencia de semejanza relevante entre el pago y la prescripción, a la luz de la *ratio legis*⁵³, la realidad es que en ambos escenarios se trata de una misma "situación de hecho", pues en ambos los agentes no tienen un actuar relevante sobre la ocurrencia o no de la prescripción tributaria (como se explicó en el subtópico 4.2), motivo por el cual los dos escenarios (prescripción y pago) deben atraer la causa extintiva del artículo 9º, § 2º, de la Ley nº 10.684/2003, adoptando el criterio de igualdad como solución justa.

El hecho de que la supuesta *ratio legis* consista en ofrecer la extinción de punibilidad, con vistas a la mejora recaudatoria, no puede traducirse en la imposibilidad de aplicar la causa extintiva de punibilidad por analogía. Esto se debe a que, cuando el Legislativo creó la figura extintiva por el pago, permitió la existencia de una contradicción sistémica, que viola el principio de igualdad, y que debe ser subsanada mediante la aplicación por analogía, como solución de equidad.

Por lo tanto, a diferencia de lo que concluyó el STJ, se identifica una verdadera laguna en el texto legal, apta para permitir la aplicación de la causa extintiva por analogía en el caso de prescripción del crédito tributario.

4.2. Metodología estructurante como fundamentación de la analogía

Evolucionando en este razonamiento, se observa que la limitación impuesta por el STJ a la aplicación del artículo 9º, § 2º, de la Ley nº 10.684/2003 por analogía al caso de la prescripción tributaria, no prevalece sobre la adopción de una metodología normativo-estructurante

Sobre la metodología normativo-estructurante, José Joaquim Gomes Canotilho afirma que sus postulados básicos son: (i) la investigación de las diversas funciones de realización del derecho constitucional; (ii) la captación de la transformación de las normas para concretar una decisión, buscando su conexión con la resolución de problemas prácticos; (iii) la preocupación necesaria con la estructura de la norma y del texto normativo en relación con el sentido de la normatividad y el proceso de concretización; (iv) la teoría hermenéutica de la norma jurídica que diferencia entre norma y texto normativo, siendo este último un elemento decisivo para la comprensión de la estructura normativa; (v) el texto de un precepto jurídico positivo se manifiesta solo como "la parte descubierta del iceberg normativo", lo que corresponde al programa normativo (sinónimo de mandato jurídico en la doctrina tradicional); (vi) la norma no abarca solo el texto, sino también un "dominio normativo", es decir, un "fragmento de realidad social" que el programa normativo solo contempla parcialmente; y (vii) por lo tanto, la concretización normativa debe considerar dos tipos de elementos de concretización: el primero, formado por los elementos resultantes de la interpretación del texto de la norma, y el segundo, que

⁵² CARLOS SALGADO, J. "Analogia", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 91, 2005, p. 45-76.

⁵³ Como se extrae del RHC 81.446/RJ, la *ratio legis* de la causa extintiva del artículo 9º, § 2º, de la Ley nº 10.684/2003 es la de "*incentivar os sujeitos passivos das obrigações tributárias a quitar os seus débitos para se livrar da persecução penal*". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 81.446/RJ*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 13/06/2017, publicado no DJe em 30/06/2017.

es el elemento de concretización derivado de la investigación del referente normativo (dominio o región normativa)⁵⁴.

En esta perspectiva, como forma de realizar el derecho constitucional a través de una metodología normativo-estructurante, es necesario alinear la norma jurídica considerando el análisis de la realidad, ya que, como señala Müller, la desvinculación de la disposición legal de la realidad provoca una discrepancia, de modo que solo el "dato real" es capaz de consolidar la normatividad⁵⁵.

El supuesto principal es que el texto ciertamente tiene un papel significativo en la interpretación, pero está limitado por las características inherentes al lenguaje. De esta manera, los propios parámetros proporcionados por el texto escrito contienen lagunas, lo que hace esencial tener en cuenta los hechos y las circunstancias específicas de la situación para proporcionar un contexto adecuado⁵⁶.

De hecho, la adhesión a la metódica normativo-estructurante lleva a la conclusión de que, aunque el programa normativo (texto de la norma) del artículo 9º, § 2º, de la Ley nº 10.684/2003 limite su aplicación a los casos en que ocurre el pago efectivo (sin incluir la hipótesis de prescripción tributaria), al analizar el resultado de esta comprensión, se evidencia una infracción a la Constitución, debido a un estatus desigual derivado de la interpretación dada al programa normativo.

Por lo tanto, se concluye que la Teoría Estructurante de Müller establece las premisas que implican interpretar el programa normativo considerando la realidad material, de modo que la norma se entiende como un modelo obligatorio de ordenamiento que debe concretarse, orientándose hacia la búsqueda de grados de interpretación que se ajusten al derecho constitucional actual⁵⁷.

Por lo tanto, se concluye, con base en la metódica normativo-estructurante, que el artículo 9º, § 2º, de la Ley nº 10.684/2003 debe aplicarse, por analogía, en el caso de la prescripción del crédito tributario, bajo pena de validar una interpretación contraria a la Constitución, dado que la concepción de norma jurídica adecuada al Estado Constitucional se alinea con la formulada por Friedrich Müller.

5. Conclusión

El uso del derecho penal tributario como herramienta de política recaudatoria, además de permitir la persecución penal, inaugura una consecuencia negada por la orientación adoptada por el STJ: a partir del momento en que se posibilita la extinción de la punibilidad mediante el pago de la deuda (artículo 9º, § 2º, de la Ley nº 10.684/2003), dicho programa normativo debe aplicarse a la hipótesis en la que ocurre la prescripción del crédito tributario.

De lo contrario, se corroboraría una discordancia con el principio de igualdad, en la medida en que no es posible distinguir el mérito entre el agente cuya deuda ha prescrito y el que no cuenta con esta extinción temporal, considerando que la prescripción tributaria es un hecho jurídico atribuible a la Hacienda ejecutora, ya sea por inercia o por su incapacidad para localizar bienes embargables.

De este modo, con la adopción de una metodología normativo-estructurante y teniendo en cuenta el "dato real" constatable (violación de la igualdad), se considera adecuada la aplicación por analogía de la norma extintiva de punibilidad al escenario de la prescripción tributaria, como forma de realización axiológica de la Constitución, bajo pena de validar una inconstitucionalidad inaugurada por el Poder Legislativo, al

⁵⁴ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Edições Almedina, Coimbra, 2018, p. 1213.

⁵⁵ MÜLLER, F. *Teoria estruturante do direito*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, p. 226-229.

⁵⁶ COSTA, M. G. V. *A hermenêutica estruturante de Friedrich Muller como instrumento de interpretação constitucional das normas trabalhistas*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2024.

⁵⁷ MÜLLER, F. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, Max Limonad, São Paulo, 2000, p. 69.

concebir la extinción de la pena para aquel que paga, pero no para quien ve su deuda prescrita.

Tal entendimiento presenta relevancia ya que constituye una visión alternativa a la posición dominante en la jurisprudencia del STJ, que prohíbe atribuir efectos penales a la prescripción del crédito tributario. La propuesta presentada aquí se formula a partir de una fundamentación inédita en la literatura nacional.

Referencias

- ANDRADE FILHO, E. O. *Direito Penal Tributário: crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social*, Atlas, São Paulo, 2015, p. 140.
- BARROSO, L. R. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito", *Revista Quaestio Iuris*, n. 1, v. 2, 2014, p. 1-48.
- BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal: parte geral*, Saraiva Educação, São Paulo, 2018.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988.
- BRASIL. "Decreto-Lei n. 157, de 10 de fevereiro de 1967", *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 fev. 1967.
- BRASIL. "Lei de 16 de dezembro de 1830", *liv. 1º de Leis*, Secretaria de Estado dos Negocios da Justiça, Rio de Janeiro, 8 jan. 1831.
- BRASIL. "Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960", *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 set. 1960.
- BRASIL. "Lei n. 4.357, de 16 de julho de 1964", *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jul. 1964.
- BRASIL. "Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965", *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 jul. 1965.
- BRASIL. "Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966", *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 out. 1966.
- BRASIL. "Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980", *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 set. 1980.
- BRASIL. "Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991", *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1991.
- BRASIL. "Lei n. 8.838, de 30 de dezembro de 1991", *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 1991.
- BRASIL. "Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000", *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jul. 2000.
- BRASIL. "Lei n. 10.684, de 30 de maio de 2003", *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 mai. 2003.
- BRASIL. "Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009", *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 mai. 2009.
- BRASIL. "Lei n. 12.382, de 25 de fevereiro de 2011", *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 fev. 2011.
- BRASIL. "Lei n. 13.008, de 26 de junho de 2014", *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 jun. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 81.446/RJ*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 13/06/2017, publicado no DJe em 30/06/2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 362.478/SP*, Relator: Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 14/09/2017 e publicado no DJe em 20/09/2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.340.553/RS*, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 12/09/2018, publicado no DJe em 16/10/2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg nos EDcl no AREsp 1.265.734*, Relator: Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 06/12/2018

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1.872.334/PR*, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 01/12/2020
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 1.772.918/SP*, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 03/08/2021 e publicado no DJe em 10/08/2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp nº 1.839.423/PR*, Relator: Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 22/11/2021 e publicado no DJe em 02/12/2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Tema Repetitivo n. 566*. Prescrição intercorrente na execução fiscal suspensa por não localização do devedor ou de seus bens. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=566&cod_tema_final=566. Acesso em: 19 jan. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC 128.245/SP*, Relator: Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 23/08/2016.
- CARLOS SALGADO, J. "Analogia", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 91, 2005, p. 45-76.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Edições Almedina, Coimbra, 2018.
- COSTA, M. G. V. *A hermenêutica estruturante de Friedrich Muller como instrumento de interpretação constitucional das normas trabalhistas*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2024.
- COSTA JÚNIOR, P. J.; DENARI, Z. *Infrações tributárias e delitos fiscais*, Saraiva, São Paulo, 2000.
- CRESWELL, J. W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto*, Artmed, Porto Alegre, 2010.
- GALVAN DOS SANTOS, M.; CECCONELO FOLLE, A. J.; FASOLO PILATI, A. "Os princípios constitucionais como forma de efetivar o estado democrático de direito no Brasil", *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, n. 1, v. 15, 2023.
- GIL, A. C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*, Atlas, São Paulo, 2008.
- HARADA, K.; MUSUMECCI FILHO, L.; POLIDO, G. M. *Crimes contra a ordem tributária*, Atlas, São Paulo, 2014.
- MACHADO, H. B. *Crimes contra a ordem tributária*, Atlas, São Paulo, 2022.
- MARTINS, I. G. S. *Da sanção tributária*, Saraiva, São Paulo, 1980.
- MEIRA, L. A.; ZIEMBOWICZ, R. L. "A extinção da punibilidade dos crimes tributários em face do princípio constitucional da proporcionalidade", *Revista Argumentum*, n. 3, v. 21, 2020, pp. 1025-1057.
- MENDES, G. A. S.; AMARAL, C. P.; DE SOUZA, C. M. "Sonegação fiscal à luz da criminologia crítica", *Revista Paradigma*, n. 2, v. 30, 2022, p. 26-48.
- MÜLLER, F. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, Max Limonad, São Paulo, 2000.
- MÜLLER, F. *Teoria estruturante do direito*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.
- PAULSEN, L. *Tratado de direito penal tributário brasileiro*, SaraivaJur, São Paulo, 2022.
- SILVA JÚNIOR, W. N. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Editora OWL, Natal, 2021.
- TOLEDO, F. A. *Princípios básicos de direito penal*. Saraiva, São Paulo, 1994.
- VIRTUOSO, J. I. "Aspectos Controvertidos dos Crimes contra a Ordem Tributária: Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990", *Revista Direito Tributário Atual*, n. 39, 2021, p. 226-254.
- XEREZ, H. V. *Crimes tributários: teoria à extinção da punibilidade pelo pagamento*, Juruá, Curitiba, 2017.



CADERNOS DE DIREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 25. Núm. Extraordinario (2024), pp. 111-127
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Utilização indevida dos dados pessoais dos consumidores com vistas ao desenvolvimento de publicidade comportamental nas mídias sociais

Improper use of consumers' personal data for the development of behavioral advertising on social media

Fabrício Germano Alves¹

Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

Pedro Henrique da Mata Rodrigues Sousa²

Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

Michellson Costa de Lima Cordeiro³

Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

¹ Advogado. Especialista em Direito do Consumidor e Relações de Consumo (UNP), Direito Eletrônico (Estácio), Direito Autoral e Propriedade Intelectual (Uniamérica), Direito Educacional (Uniamérica), Publicidade e Propaganda: mídias, linguagens e comportamento do consumidor (Intervale), Marketing Digital (Intervale), Docência no Ensino Superior (FMU), Metodologias em Educação a Distância (Intervale) e Metodologia da Pesquisa Científica (FACSU). Mestre em Direito (UFRN). Mestre e Doutor pela Universidade del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) – Espanha. Líder do Grupo de Pesquisa Direito das Relações de Consumo. Coordenador do Laboratório de Estudos e Pesquisas em Direito das Relações de Consumo (LABRELCON). Professor da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA). Avaliador do INEP/MEC. E-mail: fabriciodireito@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4247505371266682>.

² Professor e Mentor da Insigne Acadêmica. Editor-chefe da Insigne Acadêmica Editora e da Revista Insigne de Humanidades. Mestrando em Direito (PPGD/UFRN). Pós-graduado em Metodologia da Pesquisa Científica (FACSU) e em Linguística Aplicada (Intervale). Pós-graduado em Publicidade/Comportamento do Consumidor e em Docência no Ensino Superior (FACSU). Graduado em Direito (UFRN). Graduado em Letras/Português (PROMINAS). Graduando em Pedagogia (UNIFAHE). Membro do Grupo de Pesquisa do CNPq Direito das Relações de Consumo. Membro do Laboratório de Estudos e Pesquisas em Direito das Relações de Consumo (LABRELCON). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8307765062275242>. E-mail: pedrodamatta.dr@gmail.com.

³ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN). Graduado em Direito pela Universidade Potiguar (UnP) e graduando em Filosofia pela UFRN. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Direito, Desenvolvimento Sustentável e Inovação (DINOVA) e do Grupo de Pesquisa em Administração, Governo e Políticas Públicas do Poder Judiciário (GPJus), ambos da UFRN. Servidor de carreira do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (TJRN). Analista Judiciário e Chefe de Seção de Requisitórios de Pagamento da Secretaria Judiciária do TJRN. Voluntário da organização internacional sem fins lucrativos Nova Acrópole Brasil. E-mail: michellsoncordeiro@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4877529644278030>.

Sumário: 1. Introdução. 2. Dados pessoais dos consumidores nas mídias sociais e Lei Geral de Proteção de Dados. 3. Publicidade comportamental nas mídias sociais. 4. Regulação do uso dos dados pessoais dos consumidores para fins de publicidade comportamental. 5 Considerações finais.

Resumo: A utilização indevida de dados pessoais dos consumidores para a criação de publicidade comportamental nas mídias sociais tem levantado preocupações sobre a violação de privacidade dos consumidores. Examina-se como a coleta e o uso desses dados, sem o devido consentimento dos usuários, podem infringir os princípios estabelecidos pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Ao utilizar uma abordagem qualitativa e objetivo descritivo, a pesquisa analisa as práticas de publicidade comportamental, seus impactos sobre a privacidade dos consumidores e as possíveis formas de regulação para mitigar esses abusos. Conclui-se que, embora a publicidade comportamental possa ser uma ferramenta promissora para o *marketing*, é essencial equilibrar a inovação tecnológica com a proteção dos direitos dos consumidores, assegurando um ambiente digital mais seguro e ético, principalmente ao respeitar o Código de Defesa do Consumidor (art. 39) e a Lei Geral de Proteção de Dados (art. 2º).

Palavras-chave: Dados pessoais. Publicidade comportamental. Mídias sociais. Privacidade. LGPD.

Abstract: The improper use of consumers' personal data for the creation of behavioral advertising on social media has raised concerns about the violation of consumer privacy. This study examines how the collection and use of such data, without the proper consent of users, may infringe upon the principles established by the General Data Protection Law (LGPD). By employing a qualitative approach with a descriptive objective, the research analyzes behavioral advertising practices, their impacts on consumer privacy, and possible regulatory measures to mitigate these abuses. It concludes that, although behavioral advertising can be a promising tool for marketing, it is essential to balance technological innovation with the protection of consumer rights, ensuring a safer and more ethical digital environment, particularly by respecting the Consumer Protection Code (art. 39) and the General Data Protection Law (art. 2º).

Keywords: Personal data. Behavioral advertising. Social media. Privacy. LGPD.

1. Introdução

A proteção de dados pessoais tem se tornado um tema central na era digital, especialmente diante do aumento exponencial da coleta de informações dos consumidores para diversas finalidades. Entre essas, a publicidade comportamental desenvolvida nas mídias sociais se destaca por sua capacidade de direcionar anúncios de forma personalizada, baseando-se no comportamento e nas preferências individuais dos usuários. No entanto, a utilização indevida desses dados pessoais levanta sérias preocupações sobre a violação de privacidade e a proteção dos direitos dos consumidores.

De modo mais delimitado, este estudo concentra-se na análise da utilização indevida dos dados pessoais dos consumidores especificamente para o desenvolvimento de publicidade comportamental nas mídias sociais. Esse enfoque é pertinente, dado que as plataformas de mídia social são amplamente utilizadas para a coleta massiva de dados, muitas vezes sem o devido consentimento ou conhecimento dos usuários. A prática de utilizar esses dados para criar perfis detalhados dos consumidores e direcionar anúncios personalizados pode infringir os princípios fundamentais de privacidade e proteção de dados estabelecidos por legislações específicas, como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

No que se refere ao problema de pesquisa, então, questiona-se: de que maneira a utilização indevida dos dados pessoais dos consumidores para a criação de publicidade comportamental nas mídias sociais pode ser regulada, uma vez que possui o potencial de violar os princípios de privacidade e proteção de dados dos consumidores? Esta pergunta central norteia a pesquisa, direcionando a investigação para a identificação de mecanismos regulatórios e tecnológicos que possam mitigar essas práticas abusivas e proteger os direitos dos indivíduos no ambiente digital.

A relevância desta pesquisa reside na crescente preocupação com a privacidade dos dados pessoais em um ambiente digital cada vez mais intrusivo. A publicidade comportamental, embora eficaz para os fornecedores, pode resultar em práticas invasivas e abusivas, comprometendo a privacidade dos consumidores. Com o advento de legislações específicas de proteção de dados, como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Brasil, é imperativo entender como essas práticas de coleta e uso de dados podem ser reguladas e controladas para proteger os direitos dos indivíduos.

O objetivo geral deste estudo é analisar a utilização indevida dos dados pessoais dos consumidores para o desenvolvimento de publicidade comportamental nas mídias sociais, identificando violações aos princípios de privacidade e propondo medidas legais e tecnológicas para mitigar esses abusos. Para alcançar este objetivo, serão perseguidos os seguintes objetivos específicos: (a) examinar a coleta e uso dos dados pessoais dos consumidores nas mídias sociais e sua relação com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD); (b) analisar as práticas de publicidade comportamental nas mídias sociais e suas implicações para a privacidade dos consumidores; (c) propor possíveis mecanismos regulatórios para o uso dos dados pessoais dos consumidores com fins de publicidade comportamental.

Quanto aos procedimentos metodológicos adotados, utiliza-se pesquisa de natureza aplicada, com o objetivo de produzir conhecimentos aplicáveis para resolver problemas específicos relacionados à proteção de dados pessoais e publicidade comportamental. Trata-se de uma pesquisa de tipo teórico, que revisará teorias de privacidade e proteção de dados e aplicará essas teorias na análise de práticas atuais de publicidade nas mídias sociais. O método de abordagem é dedutivo, partindo dos princípios gerais de privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor para analisar casos específicos. A abordagem qualitativa permitirá uma avaliação das práticas de coleta e uso de dados para publicidade comportamental. Em adição, procedimentos bibliográficos e documentais serão utilizados, baseando-se em material publicado sobre privacidade, proteção de dados e proteção do consumidor em relação à publicidade, além da análise de documentos legais e políticas de privacidade das plataformas de mídia social⁴.

Espera-se, por fim, que a pesquisa demonstre como a utilização indevida de dados pessoais para publicidade comportamental pode violar princípios fundamentais de privacidade e proteção de dados. Os resultados podem permitir, portanto, uma análise crítica sobre a eficácia das legislações vigentes, identificando lacunas e propondo medidas legais e tecnológicas que os fornecedores podem adotar para mitigar abusos e para assegurar a conformidade regulatória.

2. Dados pessoais dos consumidores nas mídias sociais e Lei Geral de Proteção de Dados

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018) trata de regular diversas situações com vistas a salvaguardar os direitos dos titulares de proteção de dados pessoais, não sendo diferente com as relações de consumo, ou mesmo dos fatos que antevêm estas relações, tais como as ações que visam angariar consumidores, por meio de coleta e compartilhamento de dados.

⁴ RODRIGUES SOUSA, P. H. M.; GERMANO ALVES, F. *Pesquisa científica: aspectos práticos*. Natal: Insigne Acadêmica, 2024. (Coleção Arquivos Insigne). *passim*.

Nesse sentido, a LGPD tem, entre seus fundamentos, a defesa do consumidor, a dignidade e o exercício da cidadania (art. 2º⁵), para garantir (i) a faculdade do titular de dados pessoais de acompanhar as informações a seu respeito, assim como (ii) o exercício regular dos direitos contra eventuais lesões a essa proteção⁶.

Por conseguinte, na perspectiva de concretização do direito fundamental de proteção de dados pessoais, existem no ordenamento jurídico tanto disposições de ordem constitucional como no âmbito infraconstitucional, para tutelar esse direito. Entre os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, estão a liberdade e a proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais⁷.

Dessa maneira, observa-se que as mídias sociais, especialmente aquelas dedicadas ao estímulo de atividades comerciais e empresariais, incluindo suas formas eletrônicas, possuem a legitimidade necessária para operar nesse setor⁸. Essa legitimidade é assegurada pelo artigo 170 da Constituição Federal⁹, que consagra a liberdade de iniciativa econômica. Contudo, deve-se considerar que essa atuação precisa estar alinhada com os demais princípios constitucionais, particularmente no que diz respeito à proteção dos dados pessoais dos titulares envolvidos nessas atividades econômicas. Destaca-se que a proteção de dados pessoais é um direito fundamental, exigindo, portanto, a implementação de mecanismos apropriados para garantir a segurança e a privacidade das informações dos usuários, ou seja, a atuação das mídias sociais no contexto econômico deve ser orientada por diretrizes claras e transparentes, assegurando o cumprimento das normas constitucionais e infraconstitucionais, protegendo os direitos dos consumidores e promovendo um ambiente de confiança e segurança no uso dessas plataformas.

Em decorrência disso, é imprescindível que os fornecedores e as organizações, independentemente de serem de natureza pública ou privada, observem rigorosamente esses comandos normativos. Caso contrário, podem incorrer em prejuízos aos titulares dos dados, que são detentores de direitos. Nota-se que os titulares têm o direito de ajuizar ações judiciais visando o ressarcimento dos danos sofridos. Além disso, é importante salientar que o desrespeito a essas normas pode acarretar não apenas prejuízos financeiros, mas também comprometer a reputação das organizações envolvidas. Dessa forma, é necessário que haja um cuidado contínuo e uma atenção especial para com a proteção dos dados pessoais, garantindo

⁵ Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I - o respeito à privacidade; II - a autodeterminação informativa; III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

⁶ LIMA CORDEIRO, M. C. *Proteção de dados pessoais e publicidade dos atos processuais no processo judicial eletrônico*. Insigne Acadêmica, Natal, 2024. p. 57-58.

⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

⁸ AUER FRAGA, L.; CESARIO CASTRO, B. F. "Mídias sociais: uma ferramenta de marketing de relacionamento com prossumidores", *e-Revista Facitec*, v. 1, n. 13, 2017. p. 12.

⁹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

que todas as medidas normativas sejam cumpridas. Portanto, ao observar as disposições legais, as organizações não apenas evitam possíveis litígios, mas também fortalecem a confiança dos consumidores em seus serviços, promovendo um ambiente mais seguro e transparente para o uso e compartilhamento de informações pessoais.

Nessa perspectiva, a LGPD ocupa-se a complementar a norma constitucional, ao estabelecer princípios específicos e regulamentar o tratamento de dados¹⁰, prevendo, por exemplo, a responsabilidade e o ressarcimento de danos pelo prejuízo ocasionado ao titular dos dados (art. 42¹¹).

O art. 20 da Lei Geral de Proteção de Dados, inclusive, prevê expressamente o direito de o titular solicitar a revisão de decisões tomadas a partir de tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses¹². Isso inclui, por exemplo, o manejo de dados destinado a definir o perfil pessoal de consumo e de crédito ou aspectos da personalidade do indivíduo. Revela-se que este dispositivo legal busca assegurar um nível adicional de proteção aos consumidores, garantindo-lhes o direito de questionar e solicitar revisões de decisões automatizadas que possam impactar significativamente suas vidas. Esse direito é fundamental para evitar abusos e discriminações decorrentes do uso indevido ou impreciso de algoritmos, que muitas vezes operam de forma opaca e sem supervisão humana adequada. Constata-se que a inclusão desse artigo na LGPD reflete uma preocupação crescente com a ética e a transparência no uso de tecnologias de inteligência artificial e *big data*, promovendo um ambiente de maior justiça e equidade nas relações de consumo. Vê-se que a proteção oferecida por essa norma é um passo decisivo na direção de um maior controle dos consumidores sobre seus próprios dados.

Uma importante característica pode ser observada a partir desse dispositivo legal, na medida em que não apenas são tratados dados relativos a interesses de consumidores coletados, mas também aqueles tocantes às próprias características dos consumidores, que constituem sua personalidade. Saliencia-se que essa abordagem mais ampla e abrangente da LGPD reconhece a complexidade e a profundidade das informações pessoais que podem ser coletadas e utilizadas pelos fornecedores. Dados como preferências de consumo, histórico de compras, comportamento de navegação na internet, entre outros, podem revelar aspectos íntimos e pessoais da vida do consumidor, indo além do mero interesse comercial. Assim, ao garantir a possibilidade de revisão de decisões automatizadas, a LGPD promove um controle mais rigoroso sobre o uso desses dados, permitindo que os consumidores tenham uma voz ativa na gestão de suas informações pessoais. Esse mecanismo de proteção é essencial para assegurar que os dados sejam utilizados de maneira ética e responsável, respeitando a dignidade e a privacidade dos indivíduos. Além disso, reforça a confiança dos consumidores nos fornecedores, ao demonstrar um compromisso com a transparência e a proteção de seus direitos.

¹⁰ LIMA CORDEIRO, M. C. *Proteção de dados pessoais e publicidade dos atos processuais no processo judicial eletrônico*. Insigne Acadêmica, Natal, 2024. p. 58-59.

¹¹ Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo. BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

¹² Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

Outro aspecto de proteção diz respeito aos dados anonimizados considerados na LGPD, que podem ser aplicados nas mídias sociais, tendo em vista a possibilidade de reversão desses dados em dados pessoais por meios próprios, conforme preceitua o art. 12, § 2º, da LGPD¹³, de modo que se inserem nos contextos para formação de perfil comportamental das pessoas naturais ora consumidoras.

Dessa forma, observa-se que os esforços da publicidade para delinear perfis de consumidores nas mídias sociais se beneficiam ao combinar as ferramentas tecnológicas disponíveis com interesses econômicos que são, em princípio, revestidos de legalidade. No entanto, é importante considerar que essa prática pode cruzar uma linha tênue, resultando na violação do direito à proteção dos dados pessoais. Isso ocorre especialmente quando esses dados são captados ou compartilhados de maneira não autorizada e ilegítima. Essa situação levanta preocupações sobre a privacidade dos usuários e a ética no uso de informações pessoais para fins comerciais. À vista disso, é essencial que os fornecedores adotem práticas transparentes e respeitem os direitos dos consumidores, assegurando que a coleta e o uso de dados sejam realizados com o devido consentimento e em conformidade com a legislação vigente.

3. Publicidade comportamental nas mídias sociais

A publicidade, um dos principais mecanismos de comunicação de massa, exerce um papel vital na disseminação de informações e persuasão do público consumidor¹⁴. Dentro do contexto das relações de consumo, percebe-se que a importância do estudo da publicidade é reforçada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), que considera como consumidor qualquer indivíduo exposto a determinadas práticas comerciais, conforme o art. 29 (que instituiu a possibilidade de caracterização da relação de consumo por equiparação). Ademais, nota-se que a abrangência da publicidade requer uma análise detalhada para compreender suas implicações legais e sociais¹⁵. Nesse sentido, verifica-se que a discussão acadêmica sobre o tema se torna essencial, dado que a publicidade é disciplinada pelo CDC, visando proteger o consumidor contra práticas abusivas e garantir a transparência nas informações veiculadas.

Dentre as diversas formas de publicidade digital, destaca-se, por conseguinte, a publicidade comportamental, que se diferencia pela sua abordagem personalizada e contextualizada¹⁶. Essa modalidade de publicidade utiliza dados coletados sobre o

¹³ Art. 12. Os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins desta Lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido. § 2º Poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada. BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

¹⁴ GERMANO ALVES, F. *Direito publicitário: proteção do consumidor*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2020. *passim*.

¹⁵ MAGALHÃES DIAS, L. A. L. *Publicidade e direito*. Saraiva Educação, São Paulo, 2018. p. 85; SANTOS PEREIRA, J. J. *A ciência da publicidade: conhecimento intuitivo e uso de princípios de mudança comportamental por especialistas para influenciar consumidores*. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade de Brasília, Instituto de Psicologia, Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, do Trabalho e das Organizações, Brasília, 2018. p. 65.

¹⁶ A título de ilustração, considere uma situação em que um indivíduo, chamado João, está navegando em uma mídia social popular. Ele curte uma página dedicada a produtos de fitness e começa a interagir com postagens relacionadas a exercícios físicos e alimentação saudável. Essa interação gera dados sobre suas preferências e interesses, que são coletados pela plataforma de mídia social. A partir dessa coleta de dados, algoritmos sofisticados (*cookies*, por exemplo) analisam o comportamento de João e determinam que ele tem um interesse elevado em produtos de saúde e fitness. Com base nessas informações, a plataforma começa a exibir anúncios personalizados para João, promovendo desde suplementos alimentares até

comportamento on-line dos consumidores para direcionar anúncios específicos, adaptados às suas preferências e necessidades¹⁷. Em contraste com as formas tradicionais de publicidade digital, que se baseiam em mensagens genéricas para um público amplo, verifica-se que a publicidade comportamental busca aumentar a relevância e a eficácia dos anúncios por meio da personalização¹⁸. Dessa maneira, nota-se que essa prática é comumente observada em plataformas de *marketplace*¹⁹, onde os anúncios são ajustados com base nas páginas acessadas pelo consumidor, oferecendo uma experiência mais direcionada e potencialmente mais eficaz.

Contudo, apesar de não estar expressamente prevista no CDC, a publicidade comportamental levanta questões éticas e legais significativas. A coleta de dados dos consumidores, frequentemente realizada por meio de *cookies* e algoritmos especializados, pode infringir a privacidade e a intimidade dos indivíduos se realizada sem o devido consentimento²⁰. Dessa forma, verifica-se que a abusividade dessa prática se configura quando a base de dados é alimentada de maneira indevida, sem a autorização explícita dos consumidores, violando os princípios de transparência e consentimento informado. Assim, a regulação das práticas de publicidade comportamental revela-se essencial para garantir a proteção dos direitos dos consumidores e promover um ambiente digital mais seguro e ético.

A publicidade comportamental nas mídias sociais é um fenômeno crescente que se desenvolve por meio da customização de atividades publicitárias. Este tipo de publicidade, que é divulgado de forma individualizada, baseia-se na coleta minuciosa de dados do perfil comportamental de cada consumidor. Considera-se que essa abordagem permite uma segmentação precisa do público-alvo, o que potencializa a eficácia das campanhas publicitárias. Nota-se, ainda, que, ao utilizar informações detalhadas sobre os interesses e comportamentos dos usuários, os fornecedores conseguem criar anúncios mais relevantes e atraentes, aumentando assim a probabilidade de conversão. É importante salientar que, apesar dos benefícios para tais fornecedores, essa prática levanta questões legais significativas, especialmente no que diz respeito à privacidade dos usuários e ao consentimento para a coleta de dados. Portanto, o desenvolvimento de publicidade comportamental requer uma análise cuidadosa e o estabelecimento de diretrizes claras para garantir a transparência e a proteção dos direitos dos consumidores²¹.

equipamentos de ginástica. Nota-se que esse tipo de publicidade, conhecida como publicidade comportamental, utiliza os dados de navegação e interação do usuário para direcionar anúncios específicos, buscando aumentar a relevância e a eficácia das campanhas publicitárias. É importante salientar que, embora essa prática seja considerada eficaz para os anunciantes, ela também levanta questões significativas relacionadas à privacidade dos dados dos usuários e à transparência das práticas de coleta de informações. Dessa forma, considera-se que é necessário um equilíbrio entre a personalização do conteúdo e a proteção dos direitos dos consumidores.

¹⁷ PEGUERA POCH, M. "Publicidad online basada en comportamiento y protección de la privacidad", en RALLO LOMBARTE, A.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (coord.), *Derecho y redes sociales*, 2. ed, Aranzadi, Navarra, 2013, p. 387.

¹⁸ RODRIGUES SOUSA, P. H. M.; GERMANO ALVES, F. "Captação de dados dos consumidores para fins de publicidade comportamental (behavioral advertising)", em LIMA BEZERRA, T. J. et al. (org.), *Open data day: Dados abertos governamentais e inovação cívica*, v. 1, Motres, Natal, 2020. p. 262-286.

¹⁹ Sobre a proteção do consumidor nas plataformas de *marketplace*: CARLOS EFING, A.; GERMANO ALVES, F.; ALENCAR XAVIER, Y. M. (org.). *Proteção jurídica do consumidor no comércio eletrônico e nas plataformas de marketplace*. Polimatia, Natal, 2023. Série Direito das Relações de Consumo. v. 6.

²⁰ MANUEL BATISTA, et al. "Aceitação do Aviso de cookies e criação de publicidade direcionada: uma decisão consciente ou falta de informação?", *Revista Ibérica de Sistemas e Tecnologias de Informação*, n. 43, p. 75-92, 2021. p. 78.

²¹ GERMANO ALVES, F.; RODRIGUES SOUSA, P. H. M. Use of consumer data for behavioural advertising within marketplace platforms, *Revista Paradigma*, v. 33, n. 1, p. 23-43, 2024. p. 38.

Nesse sentido, enquanto os princípios constitucionais asseguram a vida privada e a intimidade do consumidor titular dos dados pessoais (art. 5º, inciso X, Constituição Federal), o Código de Defesa do Consumidor rechaça as práticas abusivas do fornecedor (art. 39, *caput*, CDC) e permite a configuração da publicidade comportamental dentro do rol de práticas abusivas (art. 39, inciso IV, CDC), devido ao seu caráter ; por fim, o Marco Civil da Internet (art. 7º, inciso VIII e inciso IX, Lei n. 12.965/2014) tem relação direta com a publicidade comportamental, pois trata da coleta e das formas de utilização das informações do consumidor, que constituem sua abusividade²².

Nesse contexto, tem-se que os bancos de dados, os perfis de consumo e os cadastros de consumidores dinamizam o mercado, inclusive favorecendo a celeridade e a segurança das relações de consumo, incluindo as relacionadas a crédito²³. Não obstante, a publicidade tornou-se uma forma indiscriminada de captação de consumidores no mundo eletrônico, especialmente por meio de plataformas de mídias sociais, que possuem ferramentas que armazenam dados dos usuários para fins publicitários futuros²⁴.

No contexto da mineração de dados, é amplamente reconhecida a existência dos bancos de dados estruturados, que se inserem no conceito de *Big Data*. Esses bancos de dados representam uma estrutura complexa e organizada de informações, que é utilizada para o armazenamento e análise de grandes volumes de dados. A estruturação e a mineração de uma base de dados configuram o que se pode chamar de estado da arte na área de mineração de dados. Este processo envolve técnicas avançadas de análise que permitem extrair padrões e *insights* valiosos, os quais são fundamentais para a tomada de decisões estratégicas. Assim, nota-se que a mineração de dados desempenha um papel essencial em diversos setores, permitindo que as organizações otimizem suas operações, compreendam melhor o comportamento dos consumidores e identifiquem oportunidades de mercado. Portanto, a utilização eficiente de Big Data e das técnicas de mineração de dados contribui significativamente para o aprimoramento das estratégias empresariais e para o desenvolvimento de soluções inovadoras, sempre com base em informações concretas e detalhadas²⁵.

A partir das ferramentas tecnológicas, inclusive, é possível criar perfis de consumidores, com base em seu comportamento nas mídias sociais, disponíveis no mundo virtual, para fins publicitários e mercadológicos, e isso exige uma perspectiva regulatória para a proteção dos dados pessoais²⁶. Nesse sentido, por meio de algoritmos e inteligência artificial, o mercado se utiliza das plataformas digitais, dispondo de tecnologia suficiente para realizar varredura nas preferências dos usuários, a fim de obter um perfil individual e comportamental dos consumidores²⁷.

A partir desse ponto, é possível abordar o perfil subjetivo dos titulares dos dados para fins de publicidade comportamental nas mídias sociais. Essa abordagem

²² GERMANO ALVES, F.; RODRIGUES SOUSA, P. H. M. Use of consumer data for behavioural advertising within marketplace platforms, *Revista Paradigma*, v. 33, n. 1, p. 23-43, 2024. p. 39.

²³ SOUZA MACHADO, F. G.; LINDEN RUARO, R. Publicidade comportamental, proteção de dados pessoais e o direito do consumidor. *Conpedi Law Review*, 2017. p. 431.

²⁴ GERMANO ALVES, F.; RODRIGUES SOUSA, P. H. M. Use of consumer data for behavioural advertising within marketplace platforms, *Revista Paradigma*, v. 33, n. 1, p. 23-43, 2024. p. 29.

²⁵ RICARDO BIONI, B. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Forense, Rio de Janeiro, 2019. p. 35-36.

²⁶ RICARDO BIONI, B. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Forense, Rio de Janeiro, 2019. p. 49-50.

²⁷ SOUSA TORRES, M. H.; SILVEIRA FILHO, O. S. da. Setores tradicionais de telecomunicações e aplicativos over-the-top: uma análise a partir dos sistemas de regulação brasileira e as implicações aos consumidores, em SILVA LANZILLO, A. S.; VILAR GUIMARÃES, P. B. (org.). *Estudos em proteção de dados pessoais e governo digital*. 1. ed. Motres, Salvador, 2023, v. 1, p. 97-117. p. 101.

deve levar em consideração os aspectos legítimos da publicidade, ao mesmo tempo em que se avaliam os riscos à privacidade dos titulares decorrentes da natureza econômica dos dados e das atividades exercidas nos meios eletrônicos pelas mídias mencionadas. Nesse contexto, é importante ressaltar a possibilidade de práticas publicitárias abusivas.

Tal preocupação surge em virtude da variedade de produtos oferecidos pelos fornecedores, que pode ser influenciada pelas vantagens estabelecidas pela sociedade de consumo de massa. Essa dinâmica visa satisfazer as necessidades dos consumidores, mas pode levar a uma exploração indevida dos dados pessoais, comprometendo a privacidade e o bem-estar dos indivíduos. A existência de certas práticas publicitárias que violam a intimidade e a privacidade dos consumidores, conforme estabelecido no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, tornou-se uma questão de grande relevância. Práticas como chamadas telefônicas incessantes de *telemarketing* ou o envio de mensagens de texto (SMS) a qualquer hora do dia ou da noite são exemplos claros de técnicas abusivas para atrair consumidores, caracterizando-se como um abuso dos direitos dos fornecedores. Tais ações invadem a esfera privada dos indivíduos, causando desconforto e preocupação com a proteção de seus dados pessoais. Esse comportamento abusivo, quando observado e em conformidade com o previsto no art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, deve ser rigidamente controlado pelo ordenamento jurídico brasileiro. É fundamental que a intimidade e a privacidade dos consumidores sejam garantidas, especialmente nas plataformas de *marketplace* e outros *sites* que utilizam estratégias similares. Portanto, é essencial que o controle e a fiscalização dessas práticas sejam aprimorados para proteger os direitos dos consumidores, assegurando que suas informações pessoais não sejam exploradas de maneira indevida e que sejam respeitados os princípios fundamentais de privacidade e respeito à pessoa²⁸.

Nesse aspecto, as campanhas publicitárias de produtos e de serviços instrumentalizadas no âmbito virtual favorecem o acesso dos consumidores ao mercado de consumo on-line, para o fornecimento de bens ser realizado de maneira mais fácil. Não obstante, a captação abusiva de dados para a utilização de anúncios publicitários passou a ser facilitada para fornecedores anunciantes em razão das ferramentas disponíveis no meio virtual²⁹.

Desse modo, a problemática se torna evidente para necessidade de regulamentação da publicidade comportamental, tendo em vista a possibilidade de prejuízo da intimidade e da vida privada dos consumidores. Ademais, deve-se observar que a desigualdade entre os fornecedores pode afetar o sistema publicitário, uma vez que a captação dos dados dos consumidores pode favorecer as vendas e caracterizar a concorrência desleal³⁰.

Para estabelecer uma conexão clara entre a questão da captação indevida de dados pessoais e a necessidade de veracidade nas informações publicitárias, é fundamental destacar que a captação abusiva de dados é uma prática que pode levar à manipulação do comportamento do consumidor. Quando os dados são coletados sem o devido consentimento ou de forma invasiva, isso configura uma violação da privacidade e da intimidade dos indivíduos, conforme previsto no art. 5º, inciso X, da Constituição federal. Essa captação, por si só, já caracteriza uma prática abusiva, conforme o art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

²⁸ ALVES, F. G.; SOUSA, P. H. M. R. Use of consumer data for behavioural advertising within marketplace platforms, *Revista Paradigma*, v. 33, n. 1, p. 23-43, 2024, p. 32.

²⁹ GERMANO ALVES, F.; RODRIGUES SOUSA, P. H. M. Use of consumer data for behavioural advertising within marketplace platforms, *Revista Paradigma*, v. 33, n. 1, p. 23-43, p. 264.

³⁰ RODRIGUES SOUSA, P. H. M.; GERMANO ALVES, F. "Captação de dados dos consumidores para fins de publicidade comportamental (behavioral advertising)", em LIMA BEZERRA, T. J. *et al.* (org.), *Open data day: Dados abertos governamentais e inovação cívica*, v. 1, Motres, Natal, 2020. p. 264.

Além disso, é importante ressaltar que a publicidade comportamental, quando baseada em dados obtidos de maneira abusiva, pode se transformar em uma forma de publicidade enganosa ou abusiva. Isso ocorre porque a utilização indevida dos dados pessoais para direcionar anúncios específicos pode induzir o consumidor a decisões de compra que não refletem suas verdadeiras necessidades ou desejos, mas sim a manipulação resultante de uma captação de dados sem transparência e sem o consentimento adequado. Portanto, a captação abusiva de dados não apenas compromete a privacidade, mas também pode distorcer a relação de consumo, levando a uma publicidade que não respeita os princípios de veracidade e clareza.

Diante desse cenário, é imprescindível que as campanhas publicitárias sejam conduzidas de maneira legal, garantindo que as informações sejam verídicas e que a captação de dados ocorra de forma transparente e respeitosa. Assim, o consumidor terá a capacidade de tomar decisões racionais, livres de influências indevidas ou manipuladoras, fortalecendo a confiança nas relações de consumo e promovendo um ambiente mais justo e equilibrado. Portanto, assegurar que a captação de dados e a publicidade sejam conduzidas de maneira transparente é essencial para proteger os direitos dos consumidores e garantir um ambiente de consumo saudável e responsável³¹.

4. Regulação do uso dos dados pessoais dos consumidores para fins de publicidade comportamental

A Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990³², que trata da proteção ao consumidor, prevê um regramento em seus §§ 1º e 2º, do art. 43³³, no âmbito das relações de consumo, para assegurar àqueles consumidores que querem ter acesso ao banco de dados, contendo suas fichas ou registros pessoais. Estes dados devem ser apresentados em uma linguagem clara, de fácil entendimento, evitando qualquer forma de conteúdo ofensivo ou negativo sobre os titulares. Observa-se que tal previsão é um esforço para garantir que os consumidores possam verificar as informações registradas sobre eles, assegurando a precisão e a correção destas. Além disso, estabelece-se um prazo superior a cinco anos para a manutenção dessas informações (art. 43, § 1º), o que implica um compromisso contínuo dos fornecedores com a atualização e a exatidão dos dados. Nota-se também a obrigação de comunicar aos consumidores a abertura de qualquer cadastro de dados pessoais de consumo, o que promove maior transparência nas relações de consumo³⁴. Esse conjunto de normas visa proteger os direitos dos consumidores, oferecendo-lhes meios para monitorar e gerenciar os dados coletados sobre eles, o que reforça a confiança nas práticas dos fornecedores e instituições envolvidas no tratamento de dados pessoais.

Nessa concepção, os direitos de acesso e de retificação de dados, bem como os princípios de transparência e de qualidade, estão intrinsecamente vinculados à

³¹ GERMANO ALVES, F.; VELAZQUEZ GARDETA, J. M.; RODRIGUES SOUSA, P.H.M. El astroturfing como una estrategia publicitaria engañosa y abusiva en las plataformas de mercado, *Cadernos de Comunicação*, v. 25, n. 2, 2021. p. 22.

³² BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

³³ Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

³⁴ LIMA CORDEIRO, M. C. *Proteção de dados pessoais e publicidade dos atos processuais no processo judicial eletrônico*. Insigne Acadêmica, Natal, 2024. p. 74-75.

personalidade do consumidor, visto como o sujeito titular dos dados pessoais. Verifica-se que a promoção do controle dos dados pelo próprio consumidor é um aspecto central dessa normativa. O direito de acesso permite ao consumidor conhecer quais informações estão sendo armazenadas e utilizadas, proporcionando uma visão clara sobre o uso de seus dados³⁵. Por outro lado, o direito de retificação garante que os consumidores possam corrigir quaisquer informações incorretas ou desatualizadas, assegurando a veracidade dos registros. Observa-se que esses princípios de transparência e qualidade são fundamentais para a construção de uma relação de confiança entre consumidores e fornecedores. Adicionalmente, a norma visa proteger a integridade dos dados pessoais contra usos indevidos, promovendo uma abordagem ética e responsável por parte dos fornecedores. Nesse contexto, nota-se que a lei busca equilibrar o poder entre consumidores e fornecedores, oferecendo ferramentas para que os consumidores possam exercer maior controle sobre suas informações pessoais, contribuindo para um ambiente de consumo mais seguro e confiável.

Assim, percebe-se um esforço legislativo para garantir ao titular dos dados pessoais o direito de acompanhar o manejo dos seus dados perante as instituições ou fornecedores. Nota-se que a legislação cria mecanismos que permitam aos consumidores solicitar informações detalhadas sobre o tratamento de seus dados, bem como a correção de eventuais imprecisões. Verifica-se, ainda, que essa abordagem legislativa busca promover uma maior responsabilidade por parte dos fornecedores, incentivando-os a adotar práticas mais transparentes no manejo dos dados pessoais. Além disso, a CDC, como informado, estabelece a obrigatoriedade de notificação aos consumidores sobre a abertura de novos cadastros (art. 43, § 2º), o que reforça a transparência e a comunicação entre as partes envolvidas. Observa-se que esse conjunto de medidas legislativas não apenas protege os direitos dos consumidores, mas também contribui para o fortalecimento da confiança nas relações de consumo. Ao permitir que os consumidores monitorem e controlem o uso de seus dados pessoais, a legislação promove um ambiente mais seguro e equitativo, onde os direitos à privacidade e à proteção de dados são devidamente respeitados e garantidos.

Verifica-se, entretanto, que existem lacunas normativas na Lei Geral de Proteção de Dados que merecem atenção. Em primeiro, no art. 2º³⁶, a lei prevê de forma genérica a proteção ao consumidor, mas não detalha como essa proteção deve ser implementada em situações específicas. Em segundo lugar, o art. 42³⁷ menciona o direito ao ressarcimento de danos causados ao titular de dados, porém, não descreve de maneira específica as situações que poderiam gerar esses danos, o que

³⁵ RICARDO BIONI, B. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Forense, Rio de Janeiro, 2019. p. 128.

³⁶ Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I - o respeito à privacidade; II - a autodeterminação informativa; III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

³⁷ Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo. BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

pode dificultar a aplicação prática da norma³⁸. Por fim, no art. 20³⁹, a lei não identifica claramente quais dados relacionados à personalidade podem ser utilizados para definir o perfil pessoal de consumo, o que seria essencial para que o titular dos dados pudesse solicitar a revisão de decisões tomadas com base em tratamento automatizado. Essas lacunas indicam a necessidade de uma interpretação mais precisa e, possivelmente, de regulamentações adicionais para assegurar a proteção efetiva dos direitos dos titulares de dados, garantindo que as disposições da LGPD sejam aplicáveis e eficientes na prática.

Adicionalmente, no art. 20, a LGPD não identifica explicitamente quais dados relativos à personalidade podem ser utilizados para definir o perfil pessoal de consumo. A ausência de uma definição clara desses dados cria uma área cinzenta na regulamentação, dificultando a regulação e permitindo que os fornecedores possam utilizar informações pessoais de maneira que pode não estar completamente alinhada com os princípios de transparência e controle do titular. Essa indefinição dificulta a solicitação pelo titular de revisão das decisões tomadas com base no tratamento automatizado de seus dados, uma vez que o consumidor pode não ter conhecimento pleno sobre quais informações foram utilizadas para tal finalidade.

Assim, observa-se que as lacunas normativas presentes na Lei Geral de Proteção de Dados representam desafios significativos para a proteção efetiva dos dados pessoais dos consumidores. Essas lacunas destacam a necessidade de aprimoramentos legislativos que abordem de forma detalhada e específica os direitos dos titulares de dados e as obrigações dos fornecedores envolvidos no tratamento dessas informações. Considera-se que, sem essas melhorias, a proteção dos dados pode se tornar inadequada, especialmente diante da rápida evolução tecnológica e das novas práticas de mercado que surgem continuamente.

Esses aprimoramentos são essenciais para garantir uma proteção coerente e robusta, capaz de acompanhar as mudanças tecnológicas e as dinâmicas do mercado digital. É importante salientar que uma legislação bem estruturada e completa não apenas protege os direitos dos consumidores, mas também estabelece diretrizes claras para os fornecedores, promovendo um ambiente de negócios mais transparente e seguro. Portanto, o aprimoramento da LGPD deve ser visto como uma prioridade para assegurar que os dados pessoais sejam tratados com o máximo respeito à privacidade e à segurança, proporcionando confiança tanto aos consumidores quanto aos fornecedores.

Porém, a implementação de uma regulamentação rigorosa apresenta diversos desafios e oportunidades. Entre os desafios, destaca-se a necessidade de encontrar um equilíbrio entre a proteção dos direitos dos consumidores e a promoção da inovação tecnológica. Regulamentações excessivamente restritivas podem inibir a inovação e o desenvolvimento de novas tecnologias de publicidade comportamental, que têm o potencial de beneficiar tanto consumidores quanto fornecedores. Ademais, há o desafio da harmonização das normas nacionais com regulamentações internacionais, como o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR) da

³⁸ As situações que poderiam gerar danos ao titular de dados incluem, mas não se limitam a: vazamento de informações pessoais, resultando em exposição indevida dos dados; uso não autorizado de dados pessoais para fins de marketing ou publicidade, sem o consentimento do titular; tratamento inadequado ou incorreto de dados que leva à criação de perfis falsos ou à tomada de decisões automatizadas prejudiciais ao titular; e compartilhamento de dados com terceiros sem a devida autorização, o que pode resultar em fraudes ou abusos. Essas situações exemplificam como a falta de especificidade na lei pode dificultar a reparação de danos, pois o titular dos dados pode enfrentar desafios em provar o nexo de causalidade e a extensão do prejuízo sofrido.

³⁹ Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

União Europeia, para garantir a competitividade dos fornecedores brasileiros em um mercado global⁴⁰.

Por outro lado, uma regulação rigorosa também apresenta oportunidades significativas. Ela pode aumentar a confiança dos consumidores nas práticas dos fornecedores, promovendo uma relação mais transparente e ética. Adicionalmente, fornecedores que adotam práticas rigorosas de proteção de dados podem se diferenciar positivamente no mercado, atraindo consumidores que valorizam a privacidade e a segurança de seus dados pessoais. A regulação adequada pode, portanto, não apenas proteger os direitos dos consumidores, mas também fomentar um ambiente de inovação responsável e sustentável.

Mais ainda, é igualmente necessário observar que a Lei Geral de Proteção de Dados impõe responsabilidades aos agentes de tratamento de dados, que se tornam particularmente relevantes quando ocorre o tratamento irregular de dados pessoais, uma situação que pode resultar em implicações de responsabilidade civil objetiva para os agentes envolvidos (art. 42, *caput*, LGPD). Nota-se que isso é especialmente pertinente no contexto da utilização desses dados para o desenvolvimento de publicidade comportamental⁴¹. Considera-se que a responsabilidade civil objetiva implica que, independentemente de culpa, os agentes de tratamento devem responder pelos danos causados aos titulares dos dados em decorrência de práticas inadequadas ou ilegais. É importante salientar que essa disposição visa proteger os direitos dos indivíduos, garantindo que seus dados sejam tratados com o devido respeito às normas legais.

Em síntese, a regulação do uso dos dados pessoais dos consumidores para fins de publicidade comportamental é um tema complexo que requer um equilíbrio cuidadoso entre a proteção dos direitos dos consumidores e a promoção da inovação

⁴⁰ Ao considerar a abordagem europeia para a proteção de dados pessoais e a regulamentação da publicidade comportamental, é necessário destacar as ações recentes do Comitê Europeu para a Proteção de Dados (EDPB) no contexto do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR) e da Digital Markets Act (DMA). Em uma decisão urgente e vinculativa emitida em 2023, o EDPB abordou o processamento de dados pessoais pela Meta, especificamente em relação ao uso desses dados para publicidade comportamental. A decisão foi motivada por preocupações de que o tratamento de dados pela Meta poderia não estar em conformidade com o GDPR, especialmente no que diz respeito à transparência e ao consentimento dos titulares dos dados. Essa decisão reflete a postura firme da União Europeia em garantir que as grandes plataformas on-line, como a Meta, respeitem rigorosamente os direitos dos titulares de dados. O EDPB determinou que o processamento de dados pela Meta para publicidade comportamental deve ser suspenso, pois não estava suficientemente claro que os usuários haviam dado consentimento válido para tal uso de seus dados. Esse caso exemplifica o rigor da aplicação do GDPR, que exige que qualquer processamento de dados pessoais para fins de publicidade seja realizado de forma transparente, com o consentimento explícito dos titulares. Além disso, a DMA, em vigor desde 2022, complementa o GDPR ao estabelecer regras adicionais para plataformas digitais consideradas "controladores de acesso" (*gatekeepers*), como a Meta. A DMA impõe restrições à coleta e ao uso de dados pessoais, visando evitar práticas abusivas e proteger a competição justa no mercado digital. Assim, a União Europeia tem se posicionado como líder global na proteção de dados pessoais, criando um quadro legal que busca equilibrar a inovação tecnológica com a proteção dos direitos dos indivíduos. Portanto, ao analisar a legislação brasileira, como a LGPD, é fundamental considerar as lições e diretrizes que podem ser extraídas dessas regulamentações europeias. O exemplo da Meta mostra a importância de uma regulamentação robusta que garanta não apenas a proteção dos dados pessoais, mas também a necessidade de mecanismos eficazes de supervisão e sanção para coibir práticas que possam prejudicar os direitos dos consumidores no ambiente digital. EDPB. European Data Protection Board. EDPB Urgent Binding Decision on processing of personal data for behavioural advertising by Meta. *EDPB*, 01.11.2023. Disponível em: https://www.edpb.europa.eu/news/news/2023/edpb-urgent-binding-decision-processing-personal-data-behavioural-advertising-meta_en. Acesso em: 12 ago. 2024.

⁴¹ JIUKOSKI SILVA, S. J.; FONTÃO PIRES, T. C. "Perspectivas sobre a responsabilidade civil por danos causados pelas aplicações de Inteligência Artificial no delineamento do perfil do consumidor no Brasil", *Cadernos de Direito Actual*, n. 16, p. 369-383, 2021. p. 375.

tecnológica. Assim, pode-se considerar que, por meio de propostas legislativas robustas e a implementação de práticas de consentimento claras, transparência na coleta de dados e responsabilização dos fornecedores quando for o caso, é possível avançar na construção de um marco regulatório que atenda às necessidades de todas as partes envolvidas.

Além disso, a título de finalização, é imperativo que as autoridades competentes estabeleçam e implementem medidas rigorosas para monitorar e regular o uso de dados nas mídias sociais, com o objetivo de proteger a privacidade dos indivíduos e garantir a utilização responsável dessas informações. No contexto brasileiro, as autoridades encarregadas de supervisionar e controlar o uso de dados pessoais incluem a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), que tem a função de implementar e fiscalizar o cumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados. Ademais, o Ministério da Justiça e Segurança Pública, por meio da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), desempenha um papel crucial na defesa dos direitos dos consumidores, conforme disposto no Código de Defesa do Consumidor. Outras entidades reguladoras, como o Ministério Público e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), também podem intervir em questões relacionadas à proteção de dados e práticas comerciais. Essas autoridades são responsáveis por assegurar que os fornecedores cumpram as legislações de proteção de dados e respeitem os direitos dos consumidores, aplicando sanções quando necessário e promovendo um ambiente de maior transparência e segurança para os usuários.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização indevida dos dados pessoais dos consumidores para a criação de publicidade comportamental nas mídias sociais é um tema de grande complexidade e relevância, que merece atenção especial. Essa prática, que envolve a coleta e o uso de dados sem o devido consentimento dos usuários, infringe princípios fundamentais de privacidade e proteção de dados, conforme estabelecido pela Lei Geral de Proteção de Dados, pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Constituição federal no seu art. 5º, inciso X.

A LGPD, em seus arts. 7º e 6º, exige o consentimento do titular para o tratamento de dados pessoais e estabelece a necessidade de transparência nesse processo. O art. 42º impõe responsabilidade civil objetiva aos agentes de tratamento que causarem danos decorrentes de práticas inadequadas. O CDC, por sua vez, em seu art. 39, inciso IV, proíbe a prática abusiva de exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva, o que pode ser aplicado no contexto de publicidade comportamental.

Diante disso, este estudo propõe uma análise crítica dessas práticas, explorando suas implicações legais e a necessidade de regulamentações adequadas. Além disso, o estudo discute as estratégias de regulação que poderiam ser implementadas para mitigar esses abusos e assegurar a proteção dos direitos dos consumidores no ambiente digital. Destaca-se que a proteção de dados pessoais é um direito essencial, e a regulação eficiente é fundamental para garantir que as práticas publicitárias respeitem os limites legais e éticos, promovendo um ambiente mais seguro e justo para todos os usuários. Portanto, é essencial que as autoridades competentes desenvolvam e apliquem medidas rigorosas para supervisionar e controlar a utilização de dados nas mídias sociais, visando proteger a privacidade dos indivíduos e assegurar um uso responsável dessas informações.

As autoridades competentes para supervisionar e controlar a utilização de dados pessoais incluem, no contexto brasileiro, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), que é responsável pela implementação e fiscalização do cumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados. Além disso, o Ministério da Justiça e Segurança Pública, por meio da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), desempenha um papel importante na proteção dos direitos dos consumidores, conforme previsto pelo Código de Defesa do Consumidor. Outras entidades reguladoras, como o Ministério Público e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), também podem

atuar em questões relacionadas à proteção de dados e práticas comerciais. Essas autoridades têm a responsabilidade de garantir que os fornecedores cumpram as leis de proteção de dados e respeitem os direitos dos consumidores, aplicando sanções quando necessário e promovendo um ambiente de maior transparência e segurança para os usuários.

Em primeiro lugar, nota-se que a coleta e uso de dados pessoais dos consumidores nas mídias sociais são práticas amplamente disseminadas, mas frequentemente realizadas sem o devido consentimento ou conhecimento dos usuários. A LGPD, em seus arts. 2º e 42, estabelece princípios claros de privacidade e proteção de dados que são frequentemente violados por essas práticas. A coleta massiva de dados para criar perfis detalhados dos consumidores e direcionar anúncios personalizados pode infringir os direitos de privacidade, conforme previsto no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal e no art. 20 da LGPD.

Em segundo lugar, verifica-se que a publicidade comportamental nas mídias sociais, embora eficaz do ponto de vista mercadológico, levanta sérias questões legais. A utilização de algoritmos e inteligência artificial para segmentar anúncios com base no comportamento dos consumidores pode resultar em práticas invasivas e abusivas, comprometendo a privacidade dos usuários. O art. 37, §§ 1º e 2º, do CDC proíbe práticas publicitárias abusivas e enganosas, como a publicidade comportamental, e o Marco Civil da Internet, em seu art. 7º, incisos VIII e IX, regula a coleta e uso de informações pessoais dos consumidores, destacando a necessidade de transparência e consentimento informado.

Em terceiro, por fim, salienta-se que a regulação do uso dos dados pessoais para fins de publicidade comportamental deve incluir mecanismos rigorosos de consentimento, transparência nas práticas de coleta de dados e responsabilização dos fornecedores. As lacunas normativas identificadas na LGPD, como a falta de especificidade no art. 2º e a ausência de diretrizes claras no art. 20, precisam ser preenchidas para garantir uma proteção efetiva dos direitos dos consumidores. Além disso, a harmonização das normas nacionais com regulamentações internacionais, como o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR) da União Europeia, é essencial para assegurar a competitividade dos fornecedores brasileiros em um mercado global.

Quanto à questão de pesquisa, refere-se à possível regulação da utilização indevida dos dados pessoais dos consumidores para a criação de publicidade comportamental nas mídias sociais para evitar violações de privacidade, ou seja, conclui-se que uma regulação eficaz deve equilibrar a inovação tecnológica com a proteção dos direitos dos consumidores. Propostas legislativas robustas, como, por exemplo, a inclusão de um capítulo específico sobre mídias digitais na LGPD, a aplicação de inteligência artificial para monitoramento proativo e a implementação de medidas cautelares para interromper práticas abusivas são essenciais para promover um ambiente digital mais seguro.

Inicialmente, foram analisadas as práticas de coleta e uso de dados pessoais, destacando-se as diferentes formas como esses dados são utilizados para criar publicidade comportamental nas mídias sociais. Em seguida, foram examinadas as implicações dessa prática, considerando os aspectos legais e os impactos sobre a privacidade dos consumidores. Além disso, foram propostas diversas estratégias e mecanismos regulatórios para mitigar os abusos identificados, sugerindo a necessidade de regulamentações mais claras e de uma fiscalização mais efetiva por parte das autoridades competentes. Assim, os resultados obtidos evidenciam a necessidade de adotar uma abordagem rigorosa no uso de dados pessoais para fins de publicidade comportamental, de modo a garantir que as práticas de consumo sejam conduzidas de maneira responsável e transparente. Isso reforça a importância de uma atuação conjunta entre fornecedores, reguladores e sociedade civil para proteger os direitos dos consumidores e promover um ambiente digital mais seguro e justo.

Por fim, a importância desta pesquisa reside na sua contribuição para o entendimento e a mitigação das práticas abusivas de publicidade comportamental nas mídias sociais. Ao fornecer uma análise fundamentada sobre a responsabilidade dos fornecedores, este estudo oferece recomendações para a criação de um mercado mais justo e transparente. Ademais, abre-se caminho para futuras pesquisas que possam investigar mais profundamente as interações entre a regulação de dados e práticas comerciais nas plataformas digitais. Dessa forma, a colaboração contínua entre pesquisadores, reguladores, fornecedores e consumidores é basilar para enfrentar os desafios emergentes e para assegurar a integridade do mercado digital, promovendo um ambiente de consumo mais ético e sustentável.

REFERÊNCIAS

- AUER FRAGA, L.; CESARIO CASTRO, B. F. "Mídias sociais: uma ferramenta de marketing de relacionamento com prosumidores", *e-Revista Facitec*, v. 1, n. 13, 2017.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.
- BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.
- BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.
- CARLOS EFING, A.; GERMANO ALVES, F.; ALENCAR XAVIER, Y. M. (org.). *Proteção jurídica do consumidor no comércio eletrônico e nas plataformas de marketplace*. Polimatia, Natal, 2023. Série Direito das Relações de Consumo. v. 6.
- EDPB. European Data Protection Board. EDPB Urgent Binding Decision on processing of personal data for behavioural advertising by Meta. *EDPB*, 01.11.2023. Disponível em: https://www.edpb.europa.eu/news/news/2023/edpb-urgent-binding-decision-processing-personal-data-behavioural-advertising-meta_en. Acesso em: 12 ago. 2024.
- GERMANO ALVES, F. *Direito publicitário: proteção do consumidor*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2020.
- GERMANO ALVES, F.; RODRIGUES SOUSA, P. H. M. Use of consumer data for behavioural advertising within marketplace platforms, *Revista Paradigma*, v. 33, n. 1, p. 23-43, 2024.
- GERMANO ALVES, F.; VELAZQUEZ GARDETA, J. M.; RODRIGUES SOUSA, P.H.M. El astroturfing como una estrategia publicitaria engañosa y abusiva en las plataformas de mercado, *Cadernos de Comunicação*, v. 25, n. 2, 2021.
- JIUKOSKI SILVA, S. J.; FONTÃO PIRES, T. C. "Perspectivas sobre a responsabilidade civil por danos causados pelas aplicações de Inteligência Artificial no delineamento do perfil do consumidor no Brasil", *Cadernos de Direito Actual*, n. 16, p. 369-383, 2021.
- LIMA CORDEIRO, M. C. *Proteção de dados pessoais e publicidade dos atos processuais no processo judicial eletrônico*. Insigne Acadêmica, Natal, 2024.
- MAGALHÃES DIAS, L. A. L. *Publicidade e direito*. Saraiva Educação, São Paulo, 2018.
- MANUEL BATISTA, et al. "Aceitação do Aviso de cookies e criação de publicidade direcionada: uma decisão consciente ou falta de informação?", *Revista Ibérica de Sistemas e Tecnologias de Informação*, n. 43, p. 75-92, 2021.

- PEGUERA POCH, M. "Publicidad online basada em comportamiento y protección de la privacidad", em RALLO LOMBARTE, A.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (coord.), *Derecho y redes sociales*, 2. ed. Aranzadi, Navarra, 2013.
- RICARDO BIONI, B. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Forense, Rio de Janeiro, 2019.
- RODRIGUES SOUSA, P. H. M.; GERMANO ALVES, F. "Captação de dados dos consumidores para fins de publicidade comportamental (behavioral advertising)", em LIMA BEZERRA, T. J. *et al.* (org.), *Open data day: Dados abertos governamentais e inovação cívica*, v. 1, Motres, Natal, 2020.
- RODRIGUES SOUSA, P. H. M.; GERMANO ALVES, F. *Pesquisa científica: aspectos práticos*. Natal: Insigne Acadêmica, 2024. (Coleção Arquivos Insigne).
- SANTOS PEREIRA, J. J. *A ciência da publicidade: conhecimento intuitivo e uso de princípios de mudança comportamental por especialistas para influenciar consumidores*. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade de Brasília, Instituto de Psicologia, Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, do Trabalho e das Organizações, Brasília, 2018.
- SOUSA TORRES, M. H.; SILVEIRA FILHO, O. S. da. Setores tradicionais de telecomunicações e aplicativos over-the-top: uma análise a partir dos sistemas de regulação brasileira e as implicações aos consumidores, em SILVA LANZILLO, A. S.; VILAR GUIMARÃES, P. B. (org.). *Estudos em proteção de dados pessoais e governo digital*. 1. ed. Motres, Salvador, 2023, v. 1, p. 97-117.
- SOUZA MACHADO, F. G.; LINDEN RUARO, R. Publicidade comportamental, proteção de dados pessoais e o direito do consumidor. *Conpedi Law Review*, 2017.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 25. Núm. Extraordinario (2024), pp. 128-151
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Estudos comparativos sobre cidadania e nacionalidade nas constituições monárquicas e no constitucionalismo americano no Século XIX

Comparative studies on citizenship and nationality in monarchical constitutions and American constitutionalism in the 19th Century

Leonardo Oliveira Freire¹

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

José Orlando Ribeiro Rosário²

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Daniel Augusto de Alcaniz Santos³

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Sumário: 1. Introdução. 2. O lugar da Constituição Imperial no momento jurídico e político ocidental do início do Século XIX: Influências estrangeiras na Constituição Imperial de 1824. 3. Exposição das formas de aquisição da Nacionalidade e da Cidadania aquém e além-mar. 4. Conclusão: comparação das formas de aquisição de Nacionalidade e Cidadania nos ordenamentos jurídicos estudados. 5 Bibliografia

Resumo: Este trabalho trata de um estudo comparativo entre as principais constituições promulgadas ou outorgadas no fim do Século XVIII e no início do Século XIX, a saber, França, EUA, Brasil, Portugal, Espanha, Noruega e Bélgica, no tocante às formas de aquisição de nacionalidade de cada um destes países. O objetivo deste trabalho é fazer a comparação entre os mencionados para estabelecer a extensão da aplicabilidade dos direitos reconhecidos em cada ordem jurídica analisada. Para tal, fez-se pesquisa bibliográfica e histórica, com consultas aos instrumentos constitucionais pertinentes e às legislações de cada um dos países estudados e que estavam vigentes no Século XIX. Também se expõe as influências exercidas na redação da Constituição Imperial, assim como a doutrina constitucional da época sobre o tema da nacionalidade e da cidadania. Conclui-se que as influências francesas,

¹ Mestre (UFRN) e Doutor (UFPE) em Filosofia. Pós-doutor em Direito (UFRN). Professor do Departamento de Direito Processual e Propedêutica da UFRN (DEPRO). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN (PPGD/UFRN).

² Professor Titular da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1976), Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000) e Doutorado em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (2011). Atualmente é membro do Colegiado do curso de direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Chefe do Departamento de Direito Processual e Propedêutica da UFRN.

³ Advogado (OAB/RN 12.951). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito Tributário e Constitucional pela Universidade Potiguar (UnP). Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (PPGD/UFRN). Pesquisador em História do Direito e Filosofia do Direito.

embora se espalhassem de forma mais visível quanto aos direitos garantidos constitucionalmente, as formas de aquisição de cidadania se mantiveram mais semelhantes nos países culturalmente e historicamente mais próximos entre si.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Direito Comparado; História do Direito; Nacionalidade; Cidadania.

Abstract: This paper is a comparative study of the main constitutions promulgated or granted at the end of the 18th century and the beginning of the 19th century, namely France, the USA, Brazil, Portugal, Spain, Norway and Belgium, with regard to the ways in which nationality is acquired in each of these countries. The aim of this work is to make a comparison between these countries in order to establish the extent of the applicability of the rights recognised in each legal system analysed. To this end, bibliographical and historical research was carried out, with consultations of the relevant constitutional instruments and the legislation of each of the countries studied that were in force in the 19th century. The influences exerted on the drafting of the Imperial Constitution are also explained, as well as the constitutional doctrine of the time on the subject of nationality and citizenship. The conclusion is that although French influences spread more visibly in terms of constitutionally guaranteed rights, the ways of acquiring citizenship remained more similar in countries that were culturally and historically closer to each other.

Keywords: Constitutional Law; Comparative Law; History of Law; Nationality; Citizenship.

1. Introdução

Em julho de 2023, completou-se o bicentenário da convocação da primeira Assembleia Constituinte da história nacional. Dentro de um ano, ser-nos-ia outorgada a primeira Constituição escrita no Brasil e, por isso, as primeiras palavras sobre o que é ser brasileiro e sujeito de direitos e deveres dentro deste território.

O presente trabalho, portanto, visa colocar em comparação o conceito de cidadania na Constituição Imperial de 1824 com o mesmo conceito, conforme adotado pelas principais Constituições surgidas no fim do Século XVIII e no início do Século XIX, a fim de sabermos quão teoricamente poderiam ser difundidos os direitos civis, individuais e políticos dos cidadãos de cada um desses países. Em nível de recorte temático compararemos as disposições constitucionais dos seguintes países: Brasil, Portugal, Espanha, Estados Unidos, França, Noruega e Bélgica.

Esse tema não é costumeiramente tratado a fundo. Vê-se, na verdade, com certa contumácia, o tratamento da Constituição Imperial de 1824, nos manuais de Direito Constitucional que correm as livrarias nacionais, de forma resumida a ponto de se ignorar as suas disposições, como uma memória da qual se quer esquecer, muito em razão da questão da escravidão, que perdurou até 1888.

Como método de pesquisa, valemo-nos da bibliografia doutrinária jurídica brasileira do Século XIX – nomes como Pimenta Bueno (Marquês de São Vicente) e Paulino José Soares de Sousa (Visconde do Uruguai), por exemplo –, assim como da leitura das constituições que nos dispomos a analisar e fazer comparações entre os seus dispositivos legais, assim como obras sobre história de alguns locais tratados, especialmente em razão da falta de fontes para se trabalhar. Trata-se, portanto, de pesquisa bibliográfica e de direito comparado.

O contexto histórico no qual surgiram estas Constituições e o espalhamento de ideias, especialmente entre os países adotantes do constitucionalismo monárquico do Século XIX, talvez pudesse nos dar uma luz sobre um pensamento comum difundido nos países acima mencionados sobre o que é ser cidadão, o que é ser sujeito de direito, o que é ser participante de uma nascente democracia, o que é estar sujeito a um Estado de Direito, a uma Constituição que preveja positivamente os direitos e deveres de cada membro da sua respectiva nacionalidade.

A esta questão se responderá através do método comparativo já explicitado acima para, ao fim, sabermos quais membros de cada sociedade poderão se dizer detentores de tais direitos.

Da pesquisa, pudemos perceber a emergência de três formas de aquisição de nacionalidade nos ordenamentos jurídicos estudados: uma claramente adepta do *ius sanguinis*; uma adepta do *ius soli*; e outra adepta de um modelo misto.

Ficou aparente, ainda, uma certa generosidade no tocante à aquisição de nacionalidade no Brasil, especialmente se compararmos com os países que estatuíram o *ius sanguinis*, como a França, a Noruega e a Bélgica.

A nossa pesquisa ainda revelou que, dos países comparados, somente os Estados Unidos adotaram disposições puras de *ius soli*.

Podemos, ainda, ver que as Constituições brasileira, portuguesa e espanhola, especificamente, constituem um grupo até um certo ponto homogêneo, ficando clara a influência exercida por esta última nas duas primeiras.

2. O lugar da Constituição Imperial no momento jurídico e político ocidental do início do Século XIX: influências estrangeiras na Constituição Imperial de 1824

Para iniciar o desenvolvimento do presente trabalho, consideramos essencial entender a colocação da Carta Imperial no mundo, entendendo o contexto histórico em que estava inserida quando da sua outorga, no dia 25 de março de 1824.

Os Séculos XVII e XVIII viram uma série de revoltas, levantes e revoluções que sacudiram o cenário político e social da Europa. Países de tradições jurídicas e políticas construídas ao longo de milênios de repente se viram no meio de um turbilhão de novas ideias e transformações sociais que viriam a alterar profundamente o plano de fundo das relações inter-humanas de forma permanente.

Estas mudanças, que tendem a ser analisadas através de um ponto de vista sociológico e político, raramente apontam a alteração do *status quo* jurídico que preservava a posição de alguns homens sobre outros. Esta situação jurídica que expressava a superioridade de uma classe sobre a outra remonta à queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.) e os eventos que se sucederam com o rearranjo político da Europa Ocidental ocasionado por esse grande evento. Não nos esqueçamos que os títulos de nobreza que habitam o imaginário do brasileiro-médio – muito mais em razão da indústria cinematográfica americana do que do estudo da história nos bancos escolares, é verdade – são, antes de tudo, baseados em normas jurídicas vigentes em suas épocas, que agraciavam com uma nova situação jurídica àqueles que recebessem do monarca o título nobiliárquico, de qualquer natureza que fosse.

A bem da verdade, não podemos deixar de ter em mente que cada título nobiliárquico vinha acompanhado não somente do privilégio jurídico, que variava de acordo com o título, em relação às pessoas não agraciadas com ele, mas também com uma função cujo desempenho se esperava do novo nobre. No entanto, o tempo tornou essas dignidades hereditárias em algo que somente denotava a descendência do seu possuidor em relação a alguém que no passado, de fato, foi nobre⁴, mas não necessariamente transmitia ao aristocrata as qualidades que o seu título exigia.

Já no caso da ordem jurídica imperial brasileira, conforme determinado pela Carta Imperial, a concessão de títulos nobiliárquicos, assim como de honras, ordens militares e mercês, somente poderia ocorrer como recompensa a serviços prestados ao Estado, dependendo estas últimas de aprovação da Assembleia Geral, quando já

⁴ O conceito de nobreza que o leitor deve ter em mente ao ver este trecho deve ser o conceito grego de *Áristos*, relativo às qualidades dos mais notáveis e valentes membros de uma comunidade, de conduta excelente e inspirável. Deste conceito vem a palavra portuguesa aristocracia, que significaria o *governo dos melhores*. Cf. CASTRO, M. A. d.. *Dicionário de Poética e Pensamento* [em linha]. Rio de Janeiro, 2009. [Consultado em 21 de julho de 2023]. Disponível em: <http://www.dicpoetica.letas.ufrj.br/>.

não estivessem definidas por lei (art. 102, XI)⁵, ou seja: a aquisição de títulos nobiliárquicos no Brasil dependia de um mérito prévio demonstrado pelo indivíduo agraciado, não se desviando sobremaneira da tradição portuguesa de onde se originam os costumes jurídicos imperiais. Devemos, ainda, asseverar, aqui, que a concessão dos títulos nobiliárquicos no Brasil, em contraste com outras tradições jurídicas, como a inglesa, era um tanto individualista, não sendo estes títulos transmitidos hereditariamente.⁶

As principais dessas revoltas a que nos referimos são, no estrangeiro, a Revolução Gloriosa, a Revolução Americana – ou simplesmente a guerra de independência empreendida pelos colonos ingleses contra os seus senhores d'além-mar com o objetivo de se ver livres do jugo a eles impostos por um rei a quem consideravam um tirano – e a Revolução Francesa, iniciadas, respectivamente, em 1688, 1776, e 1789. Embora o trinômio revolucionário francês tenha ganhado maior fama sobre os ideários dos outros dois movimentos citados, as ideias de liberdade e igualdade primeiro se difundiram e ganharam força através dos dois primeiros.

Não obstante, no dizer de Pontes de Miranda (1987, p. 362), “as idéias são como as águas; não há trincheiras de areia, ou de barro, ou de pedras que lhes vedem insinuarem-se: as barragens são provisórias; os vazamentos, de cada geração”⁷.

Não surpreendentemente, esses ideais também desembocariam e ganhariam força no Brasil. O primeiro levante – conspiração seria um termo mais apropriado para este caso – brasileiro inspirado nesses eventos ocorridos no Velho Mundo ocorreu em Minas Gerais, e viria a entrar para os anais da história como a Inconfidência Mineira, cuja influência oriunda das ideias da Revolução Americana são notoriamente conhecidos⁸. Menos de 10 anos após a conspiração mineira, eclodiu a Conjuração Baiana⁹, em 1798, influenciada pelo mesmo conjunto de ideias. Pernambuco¹⁰, por sua vez, veria duas revoltas, uma em 1817 e outra em 1824, ambas influenciadas por todas as ideias iluministas de igualdade e liberdade.

⁵ A respeito desta prerrogativa do Chefe do Executivo, a saber, o Monarca Imperial, comenta Pimenta Bueno que “Iguais considerações [sobre os títulos de nobreza, em relação às ordens militares,] prevalecem a respeito dos títulos, honras, distinções e mercês pecuniárias. São sem dívida, recompensas necessárias, mas, que só devem ser distribuídas ao mérito, aos verdadeiros serviços prestados ao Estado. Só quando bem distribuídas, só então é que podem pagar essa dívida nacional, significar a gratidão do país, excitar nobres paixões, louvável emulação. Fora disso, essa mola de movimento e dedicação social perde toda a sua força, e não só degenera, mas até retira-se, e fica substituída pelo patronato, afeições ou empenhos ministeriais. Os títulos e honrarias, quando bem distribuídos, além de servirem de recompensas nacionais, servem também de adornos de solidez à grande pirâmide, em cujo cimo está colocado o trono nacional, que não deve estar isolado por intervalos excessivos”. Cf. PIMENTA BUENO, J. A. “Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império”. In: KUGELMAS, E., org. *Marquês de São Vicente*. São Paulo: Editora 34, 2002., p. 336.

⁶ Temos, na história brasileira, casos de pai e filho que receberam títulos nobiliárquicos, como o caso dos Visconde e do Barão do Rio Branco, respectivamente, José Maria da Silva Paranhos e José Maria da Silva Paranhos Júnior. Em obra de João Camilo de Oliveira Torres, podemos ver mais detalhes da cultura aristocrática brasileira. Cf. OLIVEIRA TORRES, J. C. d. *A Democracia Coroada*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2021. Vol. 2, p. 473-497.

⁷ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários à Constituição de 1967*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Vol. 1, p. 362.

⁸ Cf. OLIVEIRA MARQUES, A. H. d. *Brevíssima História de Portugal*. Rio de Janeiro: Tinta-da-China Brasil, 2016, p. 140.

⁹ Também conhecida como Revolta dos Alfaiates.

¹⁰ A este respeito, Pontes de Miranda também comenta que “a gente pernambucana estava em permanente contacto com a cultura inglesa, ainda quando preferisse estudar na Alemanha, em Paris e na Bélgica. Ainda alcançamos o tempo em que o inglês era mais falado que o francês nas velhas famílias pernambucanas. E um conselho sempre recebemos: ciência alemã, francesa e inglesa, mas política inglesa”. Op. Cit., p. 363. Este trecho dá uma conotação de que as ideias políticas geradas no Reino Unido sempre encontravam uma forma de se imiscuir na mente da intelectualidade brasileira, e geralmente através do Porto do Recife. Não coincidentemente, Pernambuco foi local de início de várias revoluções, e não somente a Revolução Pernambucana (1817) ou a Confederação do Equador (1824), mas também a Revolução Praieira (1848), de caráter também liberal e federalista.

Devemos abrir um parêntese para a apresentação de um contraponto acerca da chegada das ideias mais modernas da sua época no Brasil, o qual nos é apresentado por Otacílio Alecrim¹¹, para quem, apesar da circulação de ideias no Brasil ser um fato incontestável, o brasileiro-médio e o brasileiro intelectual não estariam sintonizados com o que havia de mais moderno e célebre em termos de ideias, incluindo – embora não explicitamente, mas a construção lógica da sua tese isto nos indica – as de liberdade e de igualdade preconizadas pelos movimentos liberais da Europa no Século XVIII. Na verdade, o jurista potiguar aponta para o árduo trabalho de Antônio Carlos, Carneiro de Campos e Sousa França, os quais constituíram as lideranças de uma minoria erudita no meio da Constituinte de 1823.

Fechado esse breve parêntese, devemos, então, entender o que significam os ideais de igualdade e liberdade propagados nessa Era das Revoluções para podermos entender, mais à frente, a posição da Carta Imperial perante o mundo.

Os Séculos XVII e XVIII, como vimos anteriormente, foram repletos de novas ideias, especialmente aquelas advindas do Iluminismo, que teve facetas diferentes a depender do país onde habitasse. Apesar de integrarem um mesmo movimento geral, o iluminismo inglês e seus equivalentes francês e alemão têm distinções claras entre si. Do primeiro vieram as ideias de liberdade individual e de igualdade perante a lei conforme as conheceríamos durante o Século XIX; do segundo, a ideia de direitos do homem e do cidadão; do terceiro, a importância da educação para a formação do indivíduo.

Sobre a ideia moderna de liberdade, pode-se encontrar uma boa noção na obra de Friedrich August von Hayek.¹² No contexto das Revoluções do Século XVII começam a surgir as primeiras noções modernas de liberdade individual. Em contraste com o antigo modelo medieval, pelo qual a noção de liberdade estava mais ligada aos privilégios e herdades garantidas pelo rei na sociedade feudal. Não obstante, foi no medievo inglês onde ficou editada a grande Carta¹³, que reconhecia liberdades aos homens livres do reino, assim como a proteção da sua propriedade, dos direitos de comerciantes, e que

nenhum homem será detido ou aprisionado, ou privado dos seus direitos ou propriedades, ou proscrito ou exilado, ou privado de sua posição de qualquer forma, nem procederemos com força contra ele, ou enviar outros para fazê-lo, exceto pelo julgamento legal dos seus iguais ou pelo direito do país. A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou estorvaremos direito ou justiça.¹⁴

Já na idade moderna, os movimentos intelectuais ingleses, através de um resgate da filosofia greco-romana da antiguidade, especialmente dos escritos de Tácito e Cícero, entendiam a ideia de liberdade como algo inato ao homem, e não dado através de um decreto real, ou através da ocupação de uma posição social juridicamente elevada.

¹¹ Cf. ALECRIM, O. *Idéias e Instituições no Império*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2011, p. 35-43.

¹² HAYEK, F. A. v. *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago Press, 2011, p. 232-260.

¹³ Trata-se da *Magna Carta Libertatum*, nome original da conhecida Magna Carta, cujo nome completo traduzido livremente para o português seria Grande Carta das Liberdades. Trata-se de um imponente documento jurídico composto de 63 cláusulas, das quais três permanecem vigentes no ordenamento jurídico britânico, quais sejam: a) a garantia das liberdades e direitos da Igreja da Inglaterra (I); b) a garantia das liberdades e os direitos alfandegários da Cidade de Londres (XIII) – não confundir com o local comumente referido como Londres, pois tratam-se de organismos políticos e jurídicos distintos; e c) a garantia do contraditório, do devido processo legal e do juiz natural (XXXIX e XL).

¹⁴ THE BRITISH LIBRARY, (2014). English translation of Magna Carta [em linha]. *The British Library*. [Consultado em 12 de junho de 2023]. Disponível em: <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation>.

Em conjunto com as novas ideias, tinha-se na Inglaterra a ideia de que o Estado não tinha a capacidade ou a competência de criar ou revogar a lei, visto que lei e justiça são conceitos indissociáveis entre si, de forma que a abolição de uma lei, que provinha de Deus, era, portanto, uma afronta à justiça, um pecado. Por isso, o rei tão-somente poderia aplicar a lei natural ou a declarar, mas nunca a editar ou suprimir.

Esta noção jusnaturalista teve o efeito de incutir na mente dos povos a ideia de que, na verdade, não se era somente igual ao homem que estivesse inserido dentro de um conjunto de pessoas da mesma classe social que si mesmo. O homem, o ser humano, era igual aos outros seres humanos, independentemente da natureza da sua posição social, porque o grande fator que unia a pobres e ricos, nobres e plebeus, era o fato de serem todos racionais, de terem todos recebido de Deus o dom da racionalidade.

Desta racionalidade, agora louvada – muito pela influência do movimento iluminista, é verdade – entre os homens, seguia-se que todo homem tem o direito de fazer escolhas relativas a si mesmo, à profissão que deveria seguir, às opiniões que poderia ter, e à possibilidade, agora aberta a todos, de mobilidade social.

Essas ideias inglesas, embora tenham ajudado a informar o constitucionalismo americano, foram menos influentes no Brasil, onde a maior influência foi, de fato, exercida pelo ideário adotado pela Revolução francesa, o qual viria a desembocar na Constituição francesa de 1791, que serviu de modelo inspirador para várias constituições europeias, especialmente a espanhola (1812), a norueguesa (1814) e a portuguesa (1822). Na verdade, diz-se, com razão, que a Constituição espanhola de 1812 foi uma cópia fiel da francesa de 1791.¹⁵

As ideias francesas, na verdade, já vinham correndo pelo Brasil desde antes da Independência. Os maçons que vieram ao Brasil trataram de as espalhar através de livros importados ilegalmente de Portugal. Este grupo de indivíduos ficou conhecido na época como “os franceses”, e seu ajuntamento político ficou conhecido como o Partido Francês. Pedro Calmon narra, inclusive, um episódio em que Henry Koster¹⁶ foi preso no Ceará com base em acusação de ser um suposto membro deste “partido”.¹⁷

Assim, diz Pedro Calmon que

A elite intelectual assimilara as ideias francesas, sobre a liberdade política, e as ideias inglesas, sobre a liberdade econômica. Os padres, principais autores da revolução [pernambucana de 1817], eram filhos espirituais de França; alguns negociantes, executores do plano revolucionário, filiavam-se às lojas maçônicas ou eram, como Domingos Martins¹⁸, representantes de casas comerciais da Inglaterra.¹⁹

Portanto, as ideias francesas já circulavam no meio intelectual nacional e europeu, embora, no primeiro caso, nem sempre atualizadas, ou de acordo com as obras mais célebres do momento²⁰. A independência do Brasil teve, também, como

¹⁵ Cf. ALECRIM, Ob. Cit., 2011, p. 32.

¹⁶ Henry Koster (ou Henrique da Costa, como também ficou conhecido) foi um inglês, oriundo de Liverpool, que se mudou para o Brasil e virou senhor de engenho, ganhando fama neste lado do Atlântico por uma viagem que fez de Recife a Fortaleza no ano de 1810. Esta viagem produziu um livro: Koster, H., (1816). *Travels in Brazil*. Londres: Longman, Hurst, Rees, Orme and Brown, Paternoster-Row., ou em português, Koster, H., (1942). *Viagens ao Nordeste do Brasil*. Traduzido do inglês por Luís da Câmara Cascudo. Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional.

¹⁷ CALMON, P. *História da Civilização Brasileira*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2014, p. 161.

¹⁸ Domingos José Martins, comerciante capixaba que se estabelecera no Recife, participante do levante pernambucano de 1817. Foi condenado à morte por crime de lesa-majestade e foi morto por fuzilamento em 12 de junho de 1817.

¹⁹ CALMON, Ob. Cit., 2014, p. 162.

²⁰ Otacílio Alecrim, como dissemos anteriormente, faz um comentário sobre o atraso da *intelligentsia* brasileira em relação às obras mais atualizadas daquele momento histórico e político através da exposição de anúncios de jornal do ano de 1824 no Rio de Janeiro feitos por livreiros daquela cidade, em que não consta, em nenhum momento, algum autor de referência

fundo, um apoio da tímida elite intelectual brasileira, já influenciada pelas mencionadas ideias, como disse Augusto Tavares de Lyra em palestra no Instituto Histórico-Geográfico Brasileiro como parte dos eventos comemorativos ao centenário da Independência:

Dado esse estado de cousas, claro é que nossa Independência seria somente uma questão de tempo, tanto mais quanto as idéias novas, - que haviam triunfado nos Estados Unidos e que, na Europa, após a Revolução francesa, empolgaram todos os povos, derribando tronos, desmembrando impérios e renovando instituições, - teriam de se refletir fatalmente no Sul de nosso continente, sendo, como foram, a par de outras, a causa mais poderosa das revoluções de que decorreu a emancipação das colônias americanas. Que não éramos insensíveis ao atrativo, ao encanto e à sedução dessas idéias demonstramos na Inconfidência de Vila Rica e que sua influência seria cada vez maior indica-o o fato altamente significativo da criação, ao alvorecer do Século XIX, de numerosas sociedades secretas em que se propagavam princípios e doutrinas radicais, e de algumas das quais eram excluídos, sistematicamente, os europeus.²¹

O historiador e jurista potiguar defende, ainda, que o sentimento nacionalista brasileiro começou a surgir quando da luta do povo brasileiro contra a invasão holandesa no Nordeste, mas apareceu, *amadurecido e radicado*, na Conjuração mineira de 1789. A insígnia *Libertas quae sera tamen*,²² para ele, “foi bem a síntese do ideal político a cuja realização os nossos maiores, a partir daquela conspiração malograda, dedicaram, corações cheios de fé, o melhor do seu esforço e das suas energias de patriotas”.²³ (LYRA 2010, p. 224-5)

Pelo espalhamento por toda a Europa e pela América Latina desses ideais, pode-se dizer que já existia um *direito constitucional comum* entre os povos que assimilaram essas ideias, como o espanhol, o português, o belga, o norueguês etc. Nos dizeres de Alecrim:

Ora, se não existia entre esses povos um *direito constitucional comum*, entendido este, segundo a Escola Histórica, como sistema jurídico sedimentado de países da mesma civilização (Nézar, “De la Méthode dans l’Enseignement du Droit Constitutionnel”, em *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, 1933) como se explicaria então o fenômeno da impressionante e simultânea adesão da Espanha (1812), de Portugal (1826), da Noruega (1814) e do Brasil (1824), através das suas constituições nacionais, e de Nápoles, Milão, La Rochelle, Moldávia, São Petersburgo, Pará e Bahia, através seus “movimentos” revolucionários locais, ao novo regimento político (monarquia constitucional e representativa) consagrado pela Constituição Francesa de 1791? Pela preeminência da relação de parentesco institucional, advogada pelo “esmeniano” Nézar? Evidentemente que não, vez que os precedentes de governo de tais povos nem se assemelhavam, por suas características particulares, nem autorizavam, por seus arraigados fundos regalistas, uma importação tão brusca da forma de governo representativa. Pela eficacidade dos atos de violência revolucionária de esclarecidas minorias da época, compostas de elementos pertencendo à mesma classe social e comungando os mesmos interesses liberais, como pretende o “durkheimiano” Mirkine-Guetzévitch?

da época, mas sim nomes desconhecidos. Cf. ALECRIM, Ob. Cit., 2011, p. 35-36. Por isso, sabemos que, apesar da chegada das ideias novas da Europa no Brasil, não se haviam difundido os autores mais célebres que ajudaram nesta construção teórica.

²¹ LYRA, A. T. d. “Centenário da primeira reunião dos procuradores-gerais das Províncias”. In: SENADO FEDERAL. *O ano da Independência*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2010, p. 225.

²² Expressão latina que significa: Liberdade, ainda que tardia.

²³ Lyra, Op. Cit., 2010, p. 224-225.

Este entendimento parece mais objetivo e exato, ficando, porém ressalvado que a coincidência de fins entre homens de um mesmo grupo social (*solidarité par similitudes*) não opera por si só a passagem do "indicativo" para o "imperativo" jurídico; é necessário que a "lei" sociológica da solidariedade social se preserve de atentar contra certos "direitos" comuns ao próprio homem, ser racional e membro do estado.²⁴

Após falar sobre a influência francesa nas constituintes portuguesa (1822) e espanhola (1812), e o inevitável reflexo que essa influência exerceria no Brasil, Alecrim arremata: "a Constituinte francesa em 1789 com os seus famosos e contagiantes sobre a lei como 'vontade geral', e o instrumento de governo que ela produziu – a Constituição de 1791, a nova 'bíblia' política dos povos então sufocados pelos Reis absolutos"²⁵.

Temos, por isso, que a influência da Constituição francesa de 1791 foi sobremaneira importante para o constitucionalismo brasileiro, visto que ela se tornou uma espécie de protótipo para todas as outras constituições monárquicas europeias e para a nossa própria.

Não devemos nos ater, no entanto, às minúcias relativas ao processo de elaboração da Constituição Imperial. Sabe-se que, em um primeiro momento, foi convocada uma Assembleia Nacional constituinte para a elaboração da Carta e, depois, foi dissolvida esta Assembleia para a criação de um Conselho que deveria criar uma Constituição digna do povo e do Imperador – como diria D. Pedro I.

Assim, houve o início de um novo trabalho para a elaboração da Constituição que viria a ser outorgada. Existiram, com isso, dois motivos a mais para a exacerbação das influências francesas na Constituição imperial: ao Conselho faltava a qualificação para prever as últimas consequências das disposições escritas, assim como os efeitos imediatos das garantias que foram conferidas ao povo; foi, ainda, dado um prazo de 40 dias para a confecção da Carta.

Viram-se, portanto, por estes dois motivos, obrigados mais a guiar-se por precedentes do que pelos ditames do raciocínio e da reflexão. Antes quiseram seguir a constituição portuguesa, de 1822, do que a projetada pela última Assembléia Constituinte. A idéia dos conselhos gerais de província foi tirada, com pequenas variantes, da Constituição da Bélgica. A fusão das câmaras, nos casos de discordância, copiou-se do Código Fundamental da Noruega e muitos artigos foram transcritos *ipsis verbis* da Constituição francesa, de 1791, e, sobretudo, a autoridade de que mais se serviram, foi a de um projeto proposto nos escritos de Benjamin Constant, como modificação à Carta de França.²⁶

Portanto, graças à minoria erudita entre os constituintes de 1824, cujos nomes mais proeminentes são os de Antônio Carlos (futuro Deputado Andrada Machado), Carneiro de Campos (futuro Marquês de Caravelas) e Sousa França (que viria a ser Ministro dos Negócios do Império²⁷ e Ministro da Justiça em 1831), que assimilou a

²⁴ ALECRIM, Ob. Cit., 2011, p. 27-28.

²⁵ ALECRIM, Ob. Cit., 2011, p. 29.

²⁶ ARMITAGE, J. História do Brasil. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2011, p. 159-160.

²⁷ O Ministério do Império não tem um equivalente moderno, dada a extensão das suas atribuições. Originalmente, as suas atribuições eram variadas e da mais alta ordem: administrava os assuntos da agricultura, indústria e artes; estradas, canais, minas, comércio e navegação interior; instrução pública, escolas e colégios, universidades, academias e instituições de arte e literatura; estatística do Império; graças, prêmios, ordens honoríficas; assuntos da Casa Real e Imperial; promulgação de leis, decretos e resoluções, entre outros. Cf. MINISTÉRIO DO IMPÉRIO (53) [em linha], (sem data). *Arquivo Nacional*. [Consultado em 13 de agosto de 2024]. Disponível em: https://www.gov.br/arquivonacional/pt-br/sites_eventos/sites-tematicos-1/brasil-oitocentista/conheca-o-acervo/ministerio-do-imperio-53.

teoria política francesa e aproveitou para a Constituição brasileira algumas disposições das cartas francesa, espanhola, norueguesa e portuguesa, a Constituição Imperial pôde ter em si o que havia de mais moderno e atual na teoria política internacional, e ainda com o aval de ideias que circulavam entre o povo.

A Constituição Imperial era, portanto, uma obra de direito comparado, a qual adaptou disposições de constituições estrangeiras à lei sociológica brasileira, uma vez que o povo brasileiro, assim como povos europeus, se encontrava saturado do absolutismo régio praticado antes das revoluções liberais. Era, portanto, um produto, um reflexo do liberalismo em voga no Ocidente no Século XIX²⁸.

Não obstante as diferenças sociais e econômicas entre o povo brasileiro e os povos europeus, havia um dínamo ideológico que aproximava solidariamente a ambos, no sentido de uma aspiração comum, qual seja: a ideia de soberania nacional – grande ideia circulante no tempo –, por oposição ao absolutismo régio, emanado pela Constituição francesa de 1791. João Camilo de Oliveira Torres, por sua vez, defende que as ideias da revolução francesa encontrariam campo fértil no continente americano porque a América, naturalmente, tendia para o individualismo.²⁹

Na verdade, o ideário revolucionário francês gostaria de ver, acima de tudo, concretizado o homem-em-si, o homem em estado de natureza, como descreveria Rousseau. Este homem é somente idealizável, como Kant depois ensinou. Um homem *numênico* – numa terminologia kantiana – somente seria possível no mundo dos *númenos*, o mundo do reino dos fins, mas jamais plenamente no mundo fenomênico, físico, tangível.

No caso brasileiro, há quem defenda que já vivíamos mais próximo desse estado de natureza antes mesmo da revolução francesa.³⁰ Embora a situação jurídica brasileira fosse de notória centralização e submissão aos alvarás da Coroa Lusitana, o Brasil, de população esparsa e de comunicação rasa com a metrópole, vivia uma situação relativamente autônoma, ainda mais se comparada às comunidades europeias.

Isso se reflete na política brasileira pré-Independência e no comércio. João Camilo de Oliveira Torres³¹, por exemplo, defende que o Brasil sempre viu democracia, ainda que descentralizadamente, ainda que a despeito das instituições portuguesas.

Outros autores sustentam que o modo de comércio do Brasil, especialmente até a chegada da Família Real portuguesa em 1808, era sobremaneira diferente do modo europeu. Maior diferença se traduz na prática comum do escambo, que subsistiu até o início do Século XIX, o qual foi abandonado paulatinamente pela introdução em massa da moeda em terras brasileiras.³²

Não existe forma maior de liberdade comercial do que aquela que não depende de uma moeda de circulação forçada para a sua existência. Por isto, os ideais de liberdade puderam encontrar campo fértil no Brasil: o povo já se via largamente livre antes das ideias liberais, e encontrou justificação doutrinária para que esta característica brasileira se pudesse exacerbar e se fazer ouvir pelos membros da elite local.

Não nos causa espanto, portanto, que o ideário iluminista tenha invadido as deliberações sobre a Carta Imperial de forma tal que até o posicionamento do trono no salão durante a cerimônia de abertura dos trabalhos do legislativo entrou na discussão, apresentando-se argumentos absolutistas e iluministas ao mesmo tempo, cada qual defendendo a sua posição.

²⁸ Apesar desta constatação, alguns doutrinadores nacionais discordam de que a Constituição Imperial tenha sido, de fato, liberal, a exemplo de Virgílio Afonso da Silva (*Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 67-68), que admite a existência de pontos liberais na Carta, mas não que possa esta ser chamada de liberal em razão da confusão entre o recipiente dos Poderes Moderador e Executivo.

²⁹ OLIVEIRA TORRES, Ob. Cit., 2021, p. 45.

³⁰ OLIVEIRA TORRES, Ob. Cit., 2021, p. 53.

³¹ OLIVEIRA TORRES, Ob. Cit., 2021, p. 53-58.

³² CALMON, Ob. Cit., 2014, p. 170.

No entanto, devemos ter em mente que, apesar da influência das ideias estrangeiras, a Constituição Imperial teve algo de brasileiro em si, especialmente no tocante ao reconhecimento de direitos individuais à sua população, como veremos a seguir.

3. Exposição das formas de aquisição da Nacionalidade e da Cidadania aquém e além-mar

Tendo exposto as influências internacionais que informaram o pensamento do constituinte nacional quando da elaboração da Constituição imperial, devemos continuar no nosso propósito de fazer uma comparação entre as formas de aquisição de nacionalidade e cidadania presentes na Carta Política nacional e em outras cartas de seu tempo. Nesta parte, trataremos de fazer comparações com os critérios de nacionalidade exarados nos textos constitucionais brasileiro, francês, americano, espanhol, norueguês, belga e português.

Como foi dito anteriormente, há evidências de um direito constitucional comum, no que tange os direitos naturais, civis (ou individuais, numa nomenclatura mais moderna) e políticos dos cidadãos dos novos países formados na segunda metade do Século XVIII e na primeira metade do Século XIX. Como consequência, há a necessidade de estabelecer quem são os sujeitos dos direitos previstos nos textos constitucionais, e qual a extensão desses direitos. Por isso, houve a necessidade de estabelecer regras objetivas para a concessão do *status* de nacional ou estrangeiro, já que este foi um tempo em que se buscou – especialmente nos países de independência recente – afirmar a soberania de cada Estado nacional. Esta necessidade fica evidente nos textos constitucionais estudados, inclusive o brasileiro.

Não é, com efeito, coincidência que o art. 1^a da Carta imperial tenha disposto que o Brasil é a associação política dos cidadãos brasileiros, os quais formam uma nação livre e independente, que não admite com qualquer outra laço de união ou de federação que se oponha à independência.

Tendo, então, empregado o termo “associação política de todos os cidadãos brasileiros”, consequentemente há a necessidade de se determinar quem são esses cidadãos brasileiros. Ser nacional de um país para os textos constitucionais, significava ser cidadão, de forma que estes termos se confundem; significava, portanto, ser sujeito de direitos e deveres para com o seu país.

Tendo o exposto em vista, trataremos da exposição e comparação das formas de aquisição de nacionalidade e cidadania nas constituições mencionadas.

3.1. Aquisição da cidadania brasileira no ordenamento jurídico imperial inaugurado pela Constituição de 1824

Soubemos, pelo estudo apresentado, que os ideais iluministas fizeram parte do arcabouço intelectual constituinte da Carta Imperial de 1824. Esses pensamentos traziam-nos a ideia de que todos os homens haviam sido criados iguais, e que como iguais deveriam ser juridicamente tratados pelo Estado e pelas autoridades; de que todos os homens eram livres e poderiam seguir a profissão e tomar as decisões que bem entendessem, desde que não ficassem violados a moral e os costumes; e de que o Estado tem um pacto com o povo, cujos representantes deveriam ser eleitos pelo voto democrático.

Essas ideias invadiram o texto Constitucional, especialmente as ideias sobre o poder monárquico vindas de Benjamin Constant. Três ideias básicas que fundamentam a teoria do Estado elaborada pelo autor francês: a) o povo, embora soberano, não deve ter poder ilimitado, e a limitação deste poder se inicia pela moral; b) o poder deve ter freios e contrapesos expressos na sua divisão; e c) a divisão de poderes em cinco: poder régio, poder Executivo, poder representativo da tradição, poder representativo da opinião, e o Poder Judiciário.³³

³³ OLIVEIRA TORRES, Ob. Cit., 2021, p. 61-62.

A divisão de poderes na Constituição seguiu a divisão estabelecida por Benjamin Constant, no sentido que o Poder Régio ficou representado pelo Poder Moderador; o poder Executivo, embora tenha ficado nas mãos do Imperador, ficou exercido pelos Ministros de Estado; os poderes da tradição e da opinião ficaram representados pelo Poder Legislativo, substituindo-se a câmara hereditária – representante da tradição e freio da opinião – proposta por Constant pelo Senado vitalício, e o poder da opinião representado pela Câmara Baixa da Assembleia Geral; e o Poder Judiciário ficou representado pelo poder Judicial, encarregado de implantar a justiça na sociedade.

Apesar da clara influência iluminista estrangeira, alguns membros da Constituinte de 1823 quiseram dar um passo à frente no que tange o reconhecimento de direitos na Carta Imperial, como informa Jorge Caldeira:

A formulação de José Bonifácio incorpora, ao modo iluminista, uma concepção universal da capacidade humana de empregar a razão, independentemente de raça ou religião. Como todos os seres humanos teriam essa capacidade, todos teriam direitos como cidadãos. Mas há um detalhe importante: para ele, eram os brasileiros, e não os seres humanos em geral, que não considerariam diferenças religiosas ou raciais. José Bonifácio identificava algo próprio da sociedade brasileira que tornava as ideias de liberdade e igualdade plausíveis para todos, num grau inconcebível para outros iluministas. Thomas Jefferson era um dos que não acreditava que os negros, mesmo livres, tivessem a capacidade de usar a razão ao ponto de terem direitos civis, isto é, serem cidadãos tão capazes de pensar por si mesmos que poderiam votar e ser votados. Assim, defendeu legislações na Virgínia que negavam o direito de voto aos negros livres. Rousseau duvidava que habitantes dos trópicos tivessem capacidade racional plena. [...] Entre elas estavam o reconhecimento como cidadãos de todos os moradores do território, nascidos onde fossem, fossem índios, libertos ou portugueses. Não se empregava a palavra “escravos”, mas, como definia que todos os “libertos” eram cidadãos plenos (algo que não acontecia nos Estados Unidos de então), o ato afirmava direitos plenos para todos que não fossem escravos.³⁴

Pelo visto, os iluministas americanos e franceses não consideravam os seres humanos nascidos abaixo do Equador, ou a partir e ao sul do Magrebe, como plenamente capazes de racionalidade e de tomada de decisão racional. Aí vemos o primeiro avanço da ordem jurídica imperial em relação ao pensamento iluminista estrangeiro: embora os escravos não se encontrassem no rol de cidadãos brasileiros inscrito no art. 6º da Constituição de 1824, este *status* somente perduraria enquanto em cada escravo permanecesse este estado jurídico, passando, portanto, o outrora cativo, agora liberto, à condição de pleno cidadão brasileiro, o que não ocorreu em outros países, como os Estados Unidos, onde escravos libertos somente teriam plena cidadania após a promulgação da 14ª Emenda (1868), e negros teriam direito ao voto após a 15ª Emenda (1870).

Assim, podemos fazer a primeira comparação entre as ordens jurídicas emergentes do início do Século XIX, que será quanto à condição de cidadão. Essa comparação se faz importante porque assim se sabe quem serão os sujeitos de direitos civis, mas não necessariamente políticos, dentro de cada ordem constitucional analisada. “A qualidade de nacional ou brasileiro [...] precede e é distinta da de cidadão ativo; dizemos ativo para diferenciar de simples cidadão, que é sinônimo de nacional [...]”.³⁵

Assim, encontram-se elencados no art. 179 da Carta Imperial os “Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade”. A terminologia da época não os chamaria de Direitos Fundamentais, como se diria hoje, mas se trata de um rol de 35 garantias individuais

³⁴ CALDEIRA, J. *História da Riqueza no Brasil*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2017, p. 214-215.

³⁵ PIMENTA BUENO, J. A. “Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império”. In: KUGELMAS, E., org. *Marquês de São Vicente*. São Paulo: Editora 34, 2002, p. 530.

conferidas a todos os cidadãos brasileiros, conforme definidos no art. 6, e a estrangeiros, no que toca o direito natural ou individual.

Eram, então, considerados cidadãos brasileiros: os nascidos no Brasil, ingênuos³⁶ ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida no Brasil a serviço de sua nação; os filhos de pai brasileiro e os ilegítimos³⁷ de mãe brasileira, nascidos em outro país, mas que estabeleçam domicílio no Brasil; os filhos de pai brasileiro que esteja em solo estrangeiro a serviço do Brasil, independente de adoção superveniente de domicílio no Brasil; todos os portugueses residentes no Brasil na época da independência que tenham aderido à nacionalidade brasileira expressa ou tacitamente; e os estrangeiros naturalizados.

A naturalização, por sua vez, era feita através de concessão de Carta de Naturalização por ato do Poder Executivo (art. 102, X, CI-1824), o qual deveria ser regulamentado por lei posterior. Durante o período em que não foi regulamentado, há registros de cidadãos naturalizados em solo brasileiro através de Resolução Legislativa convertida em Decreto, sancionada pelo Imperador, no exercício do Poder Moderador (arts. 62; e 101, III, CI-1824)³⁸, pela qual ficaria o Executivo autorizado a conceder Carta de Naturalização ao peticionante. A naturalização foi enfim regulamentada pela Lei de 23 de outubro de 1832.

Para se tornar brasileiro naturalizado, necessitava o requerente comprovar o cumprimento dos requisitos do art. 1º, quais sejam: (§1º) ser maior de 21 anos; (§2º) achar-se no gozo dos direitos civis do país de origem, exceto em caso de perseguição política; (§3º) ter declarado na Câmara do município onde reside a intenção de fixar domicílio no Brasil; (§4º) ter residência no Brasil por quatro anos consecutivos após a declaração perante a Câmara Municipal, exceto se, na data de promulgação da lei, for residente no Brasil por período superior ao mencionado e se requerer a carta de naturalização em período inferior a um ano da data da promulgação da lei; e (§5º) ser possuidor de bens de raiz no Brasil ou ter parte de algum estabelecimento industrial, ou exercer alguma profissão útil, ou viver honestamente do seu trabalho.

Importante, ressaltarmos que, com o advento do Decreto Legislativo nº 291, de 30 de agosto de 1843, o tempo de residência no Brasil determinado pelo art. 1º, §4º, da Lei de 23 de outubro de 1832, foi reduzido de quatro para dois anos (art. 1º).

Já o art. 2º desta última lei estabelecia exceções aos requisitos do artigo anterior, sujeitando unicamente à comprovação exigida no §3º os que: (§1º) forem casados com brasileira; (§2º) forem inventores e/ou indutores de algum gênero de indústria, domiciliados no Brasil; (§3º) os que tiverem adotado um (a) brasileiro (a); (§4º) houverem participado de campanhas (militares) em serviço do Brasil, ou em sua defesa tiverem sido gravemente feridos; (§5º) os que tiverem sido admitidos ao magistério das Universidades, Liceus³⁹, Academias, ou Cursos Jurídicos do Império; (§6º) por seus relevantes feitos a favor do Brasil, forem declarados beneméritos por ato do Poder Legislativo, ou por proposta do Executivo.

Existiam, também, algumas disposições contidas em legislação esparsa, como o art. 17 da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850⁴⁰, e o art. 3º, do Decreto nº 712,

³⁶ Filhos de escravos libertos. Mais informações acerca da relação da Constituição de 1824 e a população negra brasileira pode ser encontrada cf. CABRAL, P. E. "O negro e a Constituição de 1824". *Revista de Informação Legislativa* [em linha], nº 41, 1974, p. 69–74. [Consultado em 20 de junho de 2023]. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180818>.

³⁷ Concebido fora do vínculo matrimonial. A inscrição "legítimo" ou "natural", referente às condições jurídicas do casal genitor no momento da concepção da criança, permaneceu nas certidões de nascimento brasileiras até recentemente, quando a foram abolidas as diferenças jurídicas entre filhos havidos dentro ou fora de um vínculo matrimonial.

³⁸ Cf. Piassini, C. E., (2019). A legislação imperial e a naturalização de estrangeiros. *Estudios Históricos* [em linha]. (22). [Consultado em 6 de julho de 2023]. Disponível em: <https://estudioshistoricos.org/22/eh22d04.pdf>

³⁹ Estabelecimentos de ensino secundário.

⁴⁰ "Art. 17. Os estrangeiros que comprarem terras, e nellas se estabelecerem, ou vierem á sua custa exercer qualquer industria no Paiz, serão naturalizados querendo, depois de dous annos de residencia pela fôrma porque o forão os da Colonia de São Leopoldo, e ficarão isentos do serviço militar, menos do da Guarda Nacional dentro do Municipio."

de 16 de setembro de 1853⁴¹. Ambos tratam da naturalização de colonos. Pimenta Bueno ainda nos informa que ainda havia uma outra resolução que compunha a legislação sobre naturalização brasileira, mas “cuja data não temos à vista pela morosidade da impressão das leis”.⁴²

Quanto à perda da cidadania brasileira (art. 7, CI-1824), estipula-se que somente ocorrerá nos casos de naturalização em país estrangeiro; aceitação, sem licença do Imperador, de emprego, pensão ou qualquer condecoração de governo estrangeiro; ou pela pena de banimento.

Importante esclarecermos, outrossim, a divisão doutrinária relativa aos direitos dos cidadãos brasileiros, conforme Pimenta Bueno. Trata-se de uma divisão tripartite, pela qual os direitos previstos na Constituição Imperial são: a) direitos naturais ou individuais; b) direitos civis; e c) direitos políticos.

Os primeiros são filhos da natureza, pertencem ao homem porque é homem, porque é um ente racional e moral, são propriedades suas e não criaturas da lei positiva, são atributos, dadas do Creador.

Os segundos ou civis compreendem duas partes, uma que se com põe dos mesmos direitos individuais reconhecidos e garantidos pela lei civil, outra que resulta puramente das instituições e disposições civis de cada nacionalidade.

Os terceiros ou políticos são filhos unicamente leis ou constituições políticas, são criações das conveniências e condições destas, e não faculdades naturais.⁴³

Essa divisão é sobremaneira importante porque a ordem jurídica imperial entende que o exercício dos direitos da primeira categoria é universal, visto a sua relação com o valor moral da humanidade, “são propriedades suas inerentes à sua personalidade, são partes integrantes da entidade humana”.⁴⁴ O exercício dos direitos das duas categorias seguintes é qualificado. O gozo dos direitos da segunda categoria requer tão somente a nacionalidade brasileira, enquanto o gozo dos direitos da terceira categoria depende das exigências que a legislação político-eleitoral fizesse para o seu exercício.

3.2. Aquisição da nacionalidade francesa na ordem jurídica inaugurada pela Constituição de 1791

A Constituição francesa de 1791, por sua vez, define quem são os cidadãos franceses no art. 2 do Título II, com formas de naturalização no art. 3 do mesmo Título, e de perda no art. 6. A concessão da cidadania francesa era mais restrita do que a brasileira, com o estabelecimento do “direito de sangue” transmitido exclusivamente pelo pai, ainda que o indivíduo nascesse na França; no caso do nascido no estrangeiro, além do requisito do pai francês, requerer-se-ia um juramento solene, que seria regulamentado pelo Código Civil. No entanto, podiam prestar o juramento solene para a aquisição da cidadania francesa os filhos de franceses expatriados por

⁴¹ “Art. 3º. As disposições do Artigo dezoito da Lei numero seiscentos e hum de dezoito de Setembro de de mil oitocentos e cinquenta, ficão extensivas aos estrangeiros que fizerem parte de qualquer Colonia fundada no Imperio.”

⁴² PIMENTA BUENO, Ob. Cit., 2002, p. 330. A pesquisa não foi capaz de revelar a que instrumento normativo o doutrinador oitocentista se referiu.

⁴³ PIMENTA BUENO, J. A. *Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio* [em linha]. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Constitucional de J. Villeneuve EC, 1857. [Consultado em 21 de julho de 2023]. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/185600>, p. 389-90.

⁴⁴ PIMENTA BUENO, Ob. Cit., 1857, p. 390. Para uma visão histórica ampliada deste direito civil à luz do jusnaturalismo da época, em comparação com a visão moderna deste direito, cf. PEREIRA, C. A. M. P., NOGUEIRA, R. E. A. e DANTAS, S. M. d. S. “A teoria de John Locke e o direito brasileiro: um paralelo para a função social da propriedade”. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos* [em linha], nº 11.2, 2019, p. 60-76. [Consultado em 13 de agosto de 2024]. Disponível em: DOI: 10.21680/1982-310x.2018v11n2id16342.

motivos religiosos⁴⁵ e quiserem morar na França, algo que não se repete em nenhuma outra Constituição estudada.

Ela concede, ainda, aos seus cidadãos uma série de direitos semelhantes aos nossos, donde viria a inspiração dos concedidos aos cidadãos brasileiros no art. 179 da Constituição Imperial de 1824, inclusive com vedação direcionada ao Legislativo no sentido de banir qualquer legislação que prejudique ou obstaculize o exercício dos direitos naturais e civis do cidadão francês⁴⁶.

Como consequência, o Código Civil de 1804 estabeleceu no seu Título Primeiro, Capítulo Primeiro, originalmente, que "O exercício dos direitos civis é independente da qualidade de cidadão, que só pode ser adquirida e mantida de acordo com a lei constitucional" (art. 7º), que "todos os franceses gozarão de direitos civis" (art. 8º), e estabelece formas de aquisição de nacionalidade francesa em paralelo à Constituição outrora vigente.

Assim, poderia reclamar a qualidade de cidadão francês todo indivíduo que: nascido na França, mas de um estrangeiro, e, atingindo a maioridade, no prazo de um ano, declare a sua intenção de fixar residência na França ou, residindo no exterior, proponha mudar-se para a França no prazo de um ano desta proposta (art. 9ª); seja filho de um francês, ainda que nascido no estrangeiro, sendo permitido ao filho de francês que tenha perdido a sua cidadania requerer a sua nacionalidade francesa seguindo o rito do artigo anterior (art. 10); sendo estrangeira, case-se com um cidadão francês (art. 12).

Pimenta Bueno faz comentário a estas disposições:

O Código Civil francês em seu art. 9 segue a este respeito a verdadeira doutrina: "O indivíduo nascido em França de um estrangeiro é estrangeiro, mas pode desde que chegar à sua maioridade reclamar a qualidade de francês". É uma disposição protetora, justa e honrosa. Idênticas são as disposições dos artigos 11, 12 e 13 do Código das Duas Sicílias; dos arts. 10, 20 e 24 do Código sardo; do art. 5 do Código holandês; do art. 28 do Código austríaco; da lei espanhola que sendo semelhante à nossa renunciou tal coação; é em suma o princípio geral.⁴⁷

Já no Capítulo Segundo do mesmo Título ficaram estabelecidas as causas de privação dos direitos civis, sendo regulamentadas as condições para perda da nacionalidade francesa, que são: a naturalização em país estrangeiro; a aceitação não autorizada pelo Governo de cargos públicos conferidos por governo estrangeiro; a afiliação a qualquer corporação estrangeira que exija distinções de nascimento; e pela adoção de domicílio em país estrangeiro, sem o *espírito de retorno*, ou seja: sem a intenção de retornar à França. No entanto, estabelecimentos comerciais franceses estabelecidos no exterior jamais poderiam ser considerados como domicílios cujos adotantes confessassem uma ausência de espírito de retorno. Esta ressalva significaria que um francês que estivesse domiciliado no exterior, a serviço de uma empresa francesa, teria a intenção de retornar à pátria presumida.

Essas condições se encontram positivadas na versão original do art. 17 do Código Civil de 1804. No entanto, também perderia a nacionalidade francesa o cidadão que, sem autorização do Governo, se afiliar a uma Força Armada estrangeira, exigindo-se deste, para o retorno à França, a autorização do Governo, devendo passar por um novo processo de naturalização, como se estrangeiro fosse, para poder recuperar a sua nacionalidade (art. 21).

⁴⁵ Naturalmente, motivos de perseguição religiosa.

⁴⁶ Embora esta vedação não tenha sido positivada na Constituição brasileira de 1824, é de se entender que, visto o caráter inviolável atribuído aos direitos individuais, civis e políticos dos cidadãos brasileiros, eles constituem cláusula pétrea, semelhante à do art. 60, §4º, IV, da Constituição de 1988.

⁴⁷ Pimenta Bueno, Ob. Cit., 2002, p. 534.

3.3. Aquisição da nacionalidade na ordem jurídica americana inaugurada pela Constituição de 1787

Já a constituição americana não definiu originalmente quem seria um cidadão americano, embora o tenha feito em 1868 através da 14ª Emenda, já mencionada acima, pela qual “todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãs dos Estados Unidos e do Estado onde residirem”.⁴⁸

O dínamo desta Emenda Constitucional foi o julgamento do caso *Dred Scott v. Sandford* (1857), em que a Suprema Corte americana decidiu que a cidadania daquele país não era estendida pela Constituição aos descendentes de africanos escravizados, visto que “eles não estão incluídos dentro da palavra *cidadãos* na Constituição, e não podem, portanto, reclamar nenhum dos direitos e privilégios os quais aquele instrumento provê e assegura aos cidadãos dos Estados Unidos.”⁴⁹ Este caso teve, ainda, a consequência de precipitar a Guerra Civil americana (1861-1865), que culminou na vitória dos abolicionistas.

Ademais, negros teriam direito ao voto somente após a 15ª Emenda (1870).

3.4. Aquisição da nacionalidade na ordem constitucional espanhola de 1812

No caso da Constituição espanhola (art. 5), são adotados basicamente todos os mesmos critérios que seriam adotados posteriormente pela Constituição de 1824, à exceção da concessão da nacionalidade espanhola aos ingênuos, mas estendendo-a aos libertos que tenham adquirido a sua liberdade “en las Españas”⁵⁰ (§4º). Uma anotação interessante deve ser feita aqui: o art. 24 da Constituição espanhola elenca os casos de perda da cidadania daquele país, dentre os quais “Por haber residido cinco años consecutivos fuera del territorio español, sin comision ó licencia del Gobierno” (§4º), caso semelhante à perda de nacionalidade por ausência de espírito de retorno elencada no Código Civil francês, reforçando a tese apresentada anteriormente por Otacílio Alecrim no sentido de que a Constituição de Cádiz, na verdade, foi praticamente uma cópia da sua equivalente francesa, inaugurada em 1791.

Caso semelhante de perda de nacionalidade, relativo ao domicílio no estrangeiro, não foi adotado pela ordem constitucional brasileira, como vimos em outro momento.

3.5. Aquisição da nacionalidade na ordem constitucional norueguesa de 1814

Já no caso da Constituição norueguesa de 1814, temos um caso diferente. Ela não define no próprio texto o que é ser cidadão norueguês, tendo adotado durante a sua história alguns critérios diferentes para a concessão de cidadania norueguesa.⁵¹ No entanto, o art. 92 do seu texto original (atualmente art. 114) estabelece critérios para a ascensão a cargos públicos, baseados na nacionalidade norueguesa e outros critérios. De acordo com Glenthøj e Ottosen⁵², a questão da cidadania norueguesa pós-

⁴⁸ LIBRARY OF CONGRESS, (sem data). 14th Amendment to the Constitution of The United States. [em linha]. *Constitution Annotated*. [Consultado em 20 de junho de 2023]. Disponível em: https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt14-S1-1-2/ALDE_00000812/. Tradução livre.

⁴⁹ O inteiro teor do julgamento pode ser encontrado em <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep060/usrep060393a/usrep060393a.pdf>. Acesso em: 21 jul.2023. Trecho apresentado de tradução livre.

⁵⁰ A definição do termo “las Españas” se encontra no art. 10. São, resumidamente, todos os territórios espanhóis havidos pelo país quando da promulgação desta Carta política, incluindo-se os territórios africanos, americanos e as Filipinas.

⁵¹ A atual Lei de Cidadania norueguesa foi instituída em 10 de junho de 2005; antes, o Ato de oito de dezembro de 1950; antes, o Ato de 21 de abril de 1888.

⁵² GLENTØJ, R. e OTTOSEN, M. N.. *Experiences of War and Nationality in Denmark-Norway, 1807-1815*. Londres: Palgrave Macmillan, 2014, p. 224-225.

independência levou muito em consideração o objetivo de esquivar-se o Estado de dinamarqueses residentes na Noruega que ainda fossem leais à Coroa dinamarquesa mesmo após a guerra de independência, de forma a se confundirem, em certa monta, os critérios para admissão no serviço público norueguês e os critérios para aquisição de nacionalidade no mesmo país.

Essa questão da cidadania norueguesa demonstra-se intrigante. Por falta de previsão expressa dos critérios para a adoção de cidadania norueguesa, estabeleceu-se um direito consuetudinário para esta questão até que houve regulamentação através de ato do Poder Legislativo norueguês em 21 de abril de 1888⁵³. Apesar da falta de disposição constitucional expressa, desde a sua fundação, seguindo a tradição dos outros países nórdicos (Suécia e Dinamarca), adotou-se o critério do *jus sanguinis* para a transmissão de cidadania norueguesa, o que foi confirmado pelo Ato já mencionado.

O estatuto de *jus sanguinis* pode ser confirmado pelo mencionado art. 92 da Constituição norueguesa. Isso porque, pelo dispositivo, somente poderiam ascender a cargos públicos os que são nascidos de cidadão norueguês, de acordo com o estatuto do seu tempo; os nascidos no exterior, de cidadão norueguês que não esteja sujeito a outro Estado; os que residirem há 10 anos na Noruega; ou os que fossem naturalizados pelo *Storting*.⁵⁴ Neste último caso, temos uma diferença na forma de naturalização em relação à Constituição Imperial brasileira: enquanto a concessão de naturalização na Noruega era atribuição do Parlamento, no Brasil a carta de naturalização era concedida por ato do Poder Executivo (art. 102, X).

No caso da alínea *d* do art. 92, a despeito da possibilidade de nacionalização a partir de ato do *Storting*, pessoas que não gozassem da cidadania norueguesa poderiam exercer profissões relacionadas à medicina e à instrução pública, tanto na instrução básica quanto na instrução superior dada nas Universidades.

Outrossim, tornavam-se noruegueses, sendo sujeitos de direitos e deveres sob este reino, no momento do nascimento, os que fossem filhos legítimos de pai ou mãe noruegueses; naturais, os de mãe norueguesa; e o abandonados ou encontrados em solo norueguês antes dos 18 anos completos, cujos pais sejam desconhecidos. O mencionado Ato também previa a aquisição de nacionalidade por outras formas.⁵⁵

Interessantemente, os países nórdicos independentes no fim do Século XIX buscaram alinhar seus critérios para aquisição de cidadania no fim deste período, especialmente por causa de alguns problemas que a nacionalidade determinada pelo direito consuetudinário vinha trazendo, como no caso das mulheres suecas que perdiam a sua nacionalidade em caso de casamento de marido estrangeiro, mas não adquiriam automaticamente a nacionalidade do marido no ato do matrimônio. Essa situação poderia gerar cidadãs apátridas.

3.6. Aquisição e perda da nacionalidade na ordem jurídica belga inaugurada pela Constituição de 1831

A Constituição belga de 1831 foi promulgada no dia 7 de fevereiro de 1831, sendo “uma balanceada síntese das Constituições francesas de 1791, 1814 e 1830, a Constituição neerlandesa de 1814, e do direito constitucional inglês. No entanto, não se tornou uma amálgama [destas]. Pelo contrário, tornou-se um produto original.”⁵⁶

⁵³ Este ato está disponível em: <https://lovdata.no/dokument/NLO/lov/1888-04-21>. Acesso em: 6 jul. 2023.

⁵⁴ O parlamento norueguês.

⁵⁵ MIDTBØEN, A. H., BIRKVAD, S. R. e ERDAL, M. B. *Citizenship in the Nordic Countries* [em linha]. Copenhagen: Nordic Council of Ministers, 2018. [Consultado em 13 de agosto de 2024]. Disponível em: doi: 10.6027/tn2018-522, n. p.

⁵⁶ Governo da Bélgica, (sem data). The first, unitary constitution | Belgium.be [em linha]. *Language selection | Belgium.be*. [Consultado em 7 de julho de 2023]. Disponível em: https://www.belgium.be/en/about_belgium/country/history/belgium_from_1830/foundation_and_growth/first_unitary_constitution. Tradução livre.

De maneira semelhante às ordens jurídicas francesa e norueguesa, a Constituição belga não estabeleceu em si mesma os critérios para aquisição e perda de nacionalidade. No entanto, os arts. 4º e 5º, respectivamente, que a "cidadania belga é adquirida, preservada ou perdida de acordo com regras determinadas pela lei civil" e que a "naturalização será garantida pela autoridade legislativa. Somente a suprema naturalização deverá dar ao estrangeiro os mesmos privilégios dos belgas para o exercício dos direitos políticos".⁵⁷

Comentando esta constituição, Pimenta Bueno diz que:

O comentário desta Constituição feito por ordem do governo acrescenta o seguinte esclarecimento: A seção central tinha julgado que seria estranho ou absurdo conferir direitos políticos a quem não tivesse o gozo de direitos civis (ou por outra a quem não fosse nacional), e por isso decidiu referir-se ao Código Civil pelo que toca à maneira de adquirir, conservar e perder a qualidade de belga.⁵⁸

A lei civil a que a Constituição belga se refere é o antigo Código Civil belga, que é uma cópia adaptada do Código Napoleônico de 1804⁵⁹, imposta em razão da anexação da Bélgica à França conforme o Tratado de Campo-Formio, de 1797. A Bélgica ganharia a sua independência no ano de 1830 – não da França, mas dos Países Baixos –, mas manteria o Código que lhe fora imposto.

No tocante às disposições sobre aquisição e perda de nacionalidade, reportam-nos Foblets e Yanasmayan que:

Mais especificamente, os princípios da lei podem ser encontrados nos arts. 9, 10, 12, 17 e 19 do Código Napoleônico e podem ser resumidos da seguinte forma (Gérard 1859: 12): (1) A cidadania era concedida no nascimento, seguindo o princípio do *ius sanguinis paterni*: uma criança cujo pai era francês tinha cidadania francesa, mesmo que tivesse nascido no exterior (art. 10 do Código Civil). (2) Se um estrangeiro nascesse na França, ele poderia, no entanto, optar voluntariamente pela cidadania francesa fazendo uma declaração de domicílio dentro de um ano após a idade de 22 anos (art. 9 do Código Civil). [...] O princípio de "uma família, uma cidadania" também foi enfatizado (arts. 12 e 19 do Código Civil). [...] A perda e a reaquisição da cidadania francesa foram regulamentadas nos arts. 17 e 20 do Código Civil. (4) A cidadania francesa foi retirada de uma pessoa que adquiriu uma cidadania estrangeira ou que se estabeleceu no exterior e não demonstrou nenhuma evidência de desejo de retornar. [...]

Com a independência da Bélgica em 1830, foi promulgada um amálgama de legislação antiga e nova que regulamentava a cidadania. Assim, os artigos acima mencionados do Código Civil permaneceram em vigor e a Constituição previu medidas de transição para orientar o movimento em direção à independência (art. 133). [...] Introduziu, por exemplo, a naturalização por ato do Parlamento como um modo específico de aquisição.

De 1831 a 1909, a legislação permaneceu basicamente inalterada: a importância do *ius sanguinis* foi confirmada, mas legislação suplementar foi aprovada, pela qual tornou-se possível adquirir a nacionalidade pela naturalização. Além disso, o fato de que a legislação

⁵⁷ Cf. BÉLGICA. *Belgium's Constitution of 1831* Constituição [em linha], 7 de fevereiro de 1831. [Consultado em 7 de julho de 2023]. Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Belgium_1831.pdf?lang=en. Devemos, ainda, fazer uma breve observação: com o tempo e as reformas constitucionais feitas naquele país, os artigos atuais da Constituição que tratam sobre o mesmo tema são os 8º e 9º.

⁵⁸ Pimenta Bueno, Ob. Cit., 2002, p. 530.

⁵⁹ O Código Civil belga de 1804 ficou vigente até o ano de 2022, tendo sido publicado em primeiro de julho de 2022 um novo Código Civil, o qual entrou em vigor em primeiro de janeiro de 2023. Cf. BÉLGICA. *Code Civil* Lei [em linha], 1 de julho de 2022. [Consultado em 9 de julho de 2023]. Disponível em: <http://www.droitbelge.be/codes.asp>.

se encontrava espalhada por vários dispositivos legais significava que a jurisprudência tinha grande impacto prático (Verwilghen 1985: 23; Gérard 1859: 12) [sobre a questão].⁶⁰

Temos, portanto, que a Bélgica tão-somente adotou as disposições francesas mesmo após a sua independência, de forma que os artigos acima mencionados do Código Civil francês, conforme adotado pelos belgas, somente foram revogados, ou pela lei de 15 de dezembro de 1949, ou pela lei de 10 de outubro de 1967, ou pela lei de 15 de dezembro de 1980.

3.7. Aquisição da nacionalidade portuguesa pela Constituição do Porto de 1822

Entre as constituições influenciadas pela francesa de 1791 encontra-se a portuguesa de 1822, fruto da Revolução liberal do Porto, iniciada em 1820, da qual se resultou não somente esta Carta, mas também a própria independência do Brasil, dado que o dínamo dos atos que levaram diretamente a nossa independência política foi o desejo explícito das Cortes portuguesas em ver o Brasil reduzido à condição de Estado, ocupada até o dia 15 de dezembro de 1815.⁶¹

A partir do art. 20, a Constituição portuguesa de 1822 estabelece a identidade do povo português, em um único capítulo do Título II do instrumento político, o qual trata “da nação portuguesa, e seu território, religião, governo e dinastia”. Assim, fica definida a nação portuguesa como “a união de todos os Portuguezes de ambos os hemisferios.”⁶²

Por sua vez, o art. 21 da Constituição de 1822 estabeleceu as seguintes regras para a aquisição de nacionalidade e, portanto, cidadania, portuguesa: (I) ser filho de pai português nascido no Reino Unido, ou que, nascendo no estrangeiro, estabelecer domicílio no reino, exceto se este nascimento tenha ocorrido em circunstância de estar o pai no estrangeiro a serviço de Portugal; (II) ser filho natural de mãe portuguesa, nascido no Reino, ou que, nascendo no estrangeiro, estabelecer domicílio no reino, mas, sendo legitimados ou reconhecidos por pai estrangeiro, aplica-se o disposto no parágrafo V, ou, nascendo de mãe portuguesa, o lugar do nascimento se der no exterior, caso em que se aplica o parágrafo VI; (III) os expostos em qualquer parte do Reino, cujos pais se ignorem⁶³; (IV) os libertos; (V) os filhos de pai estrangeiro que, atingindo a maioridade, declarem domicílio em Portugal e expressem a vontade de se associar ao Reino; e (VI) obter carta de naturalização.

O art. 22 determina requisitos para a obtenção de carta de naturalização supracitada, quais sejam: o atingimento da maioridade; fixação de domicílio no Reino; casamento com mulher portuguesa ou aquisição de estabelecimento em capitais de dinheiro, bens de raiz, agricultura, comércio ou indústria, desde que úteis; ou o fazimento de algum serviço relevante a Portugal. No caso de filhos de pai português que tivessem perdido a nacionalidade portuguesa, poder-se-ia obter carta de naturalização apenas através do atingimento da maioridade e do domicílio dentro do território de Portugal.

Já o art. 23 determina as causas de perda da nacionalidade e cidadania portuguesa, quais sejam: (I) a naturalização em outro país; e (II) a aceitação de emprego, pensão ou condecoração de qualquer país estrangeiro sem a licença prévia do Governo.

⁶⁰ FOLETS, M.-C. e YANASMAYAN, Z., (2010). *Coutry Report: Belgium* [em linha]. [Consultado em 9 de julho de 2023]. Disponível em: <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/19603>, p. 5-6. Tradução livre.

⁶¹ O Brasil foi elevado à dignidade, preeminência e denominação de Reino do Brasil pela Carta de Lei de 16 de dezembro de 1815, pela qual ficou formado o Reino Unido de Portugal e do Brasil e Algarves.

⁶² PORTUGAL. *Constituição Política da Monarchia Portuguesa* Constituição [em linha], 23 de setembro de 1822. [Consultado em 9 de julho de 2023]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1822.pdf>.

⁶³ Ou seja, os que fossem encontrados sem os pais, abandonados.

4. Conclusão: comparação das formas de aquisição de nacionalidade e cidadania nos ordenamentos jurídicos estudados

Pelo estudo até aqui apresentado, pudemos ver que os sete casos estudados apresentam diferenças e semelhanças capazes de colocá-los em três grupos distintos: a) adotantes do direito de sangue; b) adotantes do direito de solo; e c) adotantes de um sistema misto.

Na primeira categoria podemos encaixar sem nenhuma dúvida a França, a Noruega, a Bélgica.

Como explicamos anteriormente, a Noruega tinha motivos de manutenção da soberania nacional no período imediatamente após a sua independência para a adoção de um modelo baseado no sangue e na residência, visto que havia um receio em relação à entrada de pessoas leais ao Reino da Dinamarca, de quem se tornou independente, no serviço público nacional, especialmente em posições de destaque, visto que a lealdade dos ex-dinamarqueses, agora noruegueses, ao seu antigo país, poderia minar a própria existência do novo. Daí que os requisitos de obtenção da nacionalidade, conforme determinado pela jurisprudência local, até a positivação das regras pertinentes, quase se confundiam com os requisitos originais para ingresso no serviço público, à exceção da confissão da fé luterana.

Já no caso da Bélgica, o processo de formação do país o deixou com o antigo Código Napoleônico ainda em vigência, tendo este permanecido vigente até o ano de 2022, quando foi aprovado um novo, cuja vigência se iniciou em primeiro de janeiro de 2023. Tendo em vista que o país somente ganhou sua independência em 1830, a instituição do direito de sangue já se encontrava impregnada no direito belga desde a sua fundação, tendo os juristas e legisladores belgas somente dado continuidade ao direito já posto.

Na segunda categoria, podemos encaixar somente os Estados Unidos da América. Como vimos, somente há um requisito para a obtenção da nacionalidade americana, qual seja, o nascimento em solo americano, embora nem sempre fosse esta a verdade, como vimos no caso dos escravos e dos libertos, os quais somente ganharam a sua cidadania quase cem anos após a independência do país. Não obstante, este sistema contemplaria todos os nascidos no país, independente da origem dos seus pais, ou da legalidade da imigração destes. O maior ponto negativo certamente é a ausência de proteção para os filhos de compatriotas que fossem nascidos no estrangeiro.

Na terceira categoria, podemos inserir o Brasil, a Espanha e Portugal.

O Brasil, como não poderia deixar de ser, instituiu um sistema de aquisição de nacionalidade e cidadania baseado na maior das características do seu povo: a miscigenação. Vemos que o parágrafo 1º, do art. 6º, da Constituição Imperial, institui um sistema de direito de solo pelo qual é brasileiro o que tiver nascido no Brasil. No entanto, o parágrafo 2º instituía uma disposição tipicamente de direito de sangue, agregando à nação os nascidos no estrangeiro, filhos de pai brasileiro e os naturais de mãe brasileira, desde que estabeleçam domicílio no Brasil. Esta disposição gerou críticas duras vindas de Pimenta Bueno:

O §2º do art. 6 da nossa Constituição também encerra, ao menos em nossa opinião, uma má disposição. Para que os filhos dos brasileiros nascidos em país estrangeiro sejam brasileiros não basta, segundo ele, a sua origem paterna ou materna quando ilegítimos, é demais necessário que venham estabelecer domínio no Império, antes disso não são nacionais!

É assim que a lei do Império denega sua devida proteção a seus nacionais na pessoa de seus filhos contra o princípio geral das nações; que enfraquece seu próprio poder; é a conseqüência do erro que notamos no parágrafo anterior.

Além de injusta, é uma disposição impolítica; porquanto é odiosa e priva o Brasil de uma porção de súditos seus, que as nações estrangeiras como tais reconhecem, que querem ser seus cidadãos; e

por quê? Para trocá-los por filhos de estrangeiros que não querem ser brasileiros?

Daí resulta o absurdo de ficarem os filhos dos brasileiros que nascerem em França ou outros países estrangeiros sem pátria, porquanto as leis destes estados reconhecem a sua qualidade brasileira, e por isso mesmo não lhes dão a nacionalidade francesa ou outra; e o Brasil de sua parte não os reconhece, ao menos antes que abandonando seus negócios venham estabelecer domicílio no Império! Nesse entretanto não terão pátria! [...]

O princípio geral das nações é de reconhecer como seus nacionais os filhos dos seus cidadãos, sem se importar com o lugar do nascimento, é o que se vê do Código Civil francês, art. 10; do Código das Duas Sicílias, arts. 12 e 13; do Código sardo, arts. 19 e 20; do Código holandês, art. 5, §2º; do Código austríaco, art. 28 e muitos outros.

O nosso art. 6, §2º pode mesmo ocasionar questões importantes e muito prejudiciais contra os próprios brasileiros residentes no Império; morre, por exemplo, *ab intestato*, em França o filho de um brasileiro, ali nascido e que não veio estabelecer domicílio no Brasil, onde tem parentes; deixa uma grande fortuna; como sucederão estes parentes, será seguindo a lei francesa ou brasileira? Se o finado não era nem francês, nem brasileiro, qual lhe será aplicável? Com que direito o consulado brasileiro pretenderá arrecadar sua herança?

Segundo que lei se regula o casamento e mais atos da vida civil desses filhos dos brasileiros, atos que dependem do direito das pessoas ou estatuto pessoal? E quando eles venham estabelecer domicílio no Império, reconhecer-se-á todos os efeitos desses atos como lícitos a um nacional, ou considerar-se-á que qualquer desses indivíduos não é propriamente um nacional, e só sim um naturalizado?⁶⁴

A crítica, como podemos ver, é longa, e não para por aí.

Em razão do evento da independência, tivemos uma regra de transição para os portugueses que quisessem ser brasileiros, que seria a continuidade da sua residência no Brasil, inclusive com a estipulação de uma *naturalização tácita* para estes.

Ou seja: Nada mais brasileiro do que um sistema dessa natureza.

Além disso, enquanto espanhóis e portugueses ainda deram a cidadania aos libertos, o sistema brasileiro deu a cidadania também aos ingênuos, disposição que não se vê em nenhuma outra constituição estudada. A bem da verdade, os noruegueses e belgas não participavam da mácula na história ocidental que é a escravidão e, no caso dos segundos, somente tardiamente viriam a participar no processo de dominação das terras africanas, de forma que uma disposição desta natureza não seria necessária em suas leis. No entanto, o Brasil ainda demoraria mais 64 anos para ver todos os seus habitantes gozarem da cidadania brasileira.

Apesar da falta de reconhecimento da cidadania do escravo, uma vez liberto, reduzi-lo mais uma vez àquela condição – ou a qualquer outro cidadão brasileiro, independente das circunstâncias referentes ao seu estado jurídico no momento do nascimento – configurava crime, conforme tipificado no art. 179 da Lei de 16 de dezembro de 1830⁶⁵, de forma que a cidadania obtida através da alforria ou do nascimento a partir de filiação alforriada era irreversível e irrevogável.

Por isso, podemos dizer que há uma certa tentativa de universalização da concessão de cidadania – dentro dos parâmetros da época, é claro – aos residentes no Brasil durante o período logo após a independência. Como percebemos, até mesmo as condições para aquisição de carta de naturalização não eram complicadas, sendo a concessão da nacionalidade brasileira feita, a partir de certo ponto, a imigrantes que habitassem colônias pelo período de dois anos, tempo muito menor do que o praticado em outros países.

É de se ver que este caráter universalizante da cidadania brasileira vai de encontro com as disposições do direito de sangue adotadas pelos países assim

⁶⁴ Pimenta Bueno, Ob. Cit., 2002 p. 535-536.

⁶⁵ Código Criminal de 1830.

categorizados que estudamos anteriormente. Apesar da crítica válida, e com a qual concordamos, feita por Pimenta Bueno, percebe-se que o momento da Independência, da redação da Constituição Imperial, e da necessidade de se encontrar formas de povoar tão extenso e rarefeitamente ocupado território herdado de Portugal, as disposições constitucionais apresentam, ao nosso ver, formas de conceder, primeiramente, a cidadania ao povo que habitasse o Brasil, e a regra de transição positivada em relação aos portugueses aqui residentes, os quais poderiam aderir à nacionalidade brasileira tacitamente (!), deixa isso um tanto claro.

Igualmente, as regras de naturalização para colonos e outros imigrantes corroboram com esta tese.

Em verdade, sabendo nós que nem todos os assuntos tratados pela Constituição Imperial são, de fato, constitucionais (art. 178), as questões relativas à nacionalidade e cidadania, defendia Pimenta Bueno⁶⁶, poderiam ser alteradas através de lei ordinária. Paulino José Soares de Sousa, o Visconde do Uruguai, provavelmente teria posição semelhante, já que, para ele, "o direito constitucional e político regula as grandes feições da organização política, isto é, a forma de governo, as atribuições dos poderes políticos e as garantias do cidadão."⁶⁷

Levando-se em consideração esta interpretação estrita, poder-se-ia dizer que os requisitos para a aquisição da nacionalidade brasileira estavam passíveis de alteração pela forma que defendeu São Vicente. João Camilo de Oliveira Torres expõe que esse entendimento sobre a extensão dos temas constitucionais era a doutrina corrente na época.⁶⁸

Portanto, os requisitos de obtenção de nacionalidade, se poderiam ser alterados através de lei ordinária, como o foram algumas vezes – o vimos na seção sobre o direito de nacionalidade e cidadania no Brasil –, então nada impediria que a Assembleia Geral o fizesse novamente, desta vez para alterar a doutrina mista adotada pelo Brasil para uma doutrina de direito de solo ou de direito de sangue, sem que fosse necessário, então, a adoção do árduo procedimento da reforma constitucional, que somente foi levado a cabo uma vez durante todo o Império, donde surgiu o Ato Adicional.

No entanto, alguém poderia dizer que a questão da cidadania brasileira era, sim, de caráter constitucional, haja vista que os nacionais eram os que gozavam dos direitos previstos no art. 179 da Carta em portanto, uma alteração no rol concernente àqueles poderia excluir ou incluir pessoas deste último, este não parecia ser o entendimento da época, embora talvez se poderia adotar uma interpretação neste sentido caso a Constituição de 1824 ainda fosse vigente. Mas isso é tema para outro trabalho.

Espera-se, com este artigo, ter contribuído para a pesquisa histórica sobre os eventos e influências em torno do início do constitucionalismo brasileiro.

⁶⁶ Cf. PIMENTA BUENO, Ob. Cit., 2002, p. 531.

⁶⁷ SOUSA, P. J. S. d. "Ensaio Sobre o Direito Administrativo". In: CARVALHO, J. M. d., org. *Visconde do Uruguai*. São Paulo: Editora 34, 2002, p. 90.

⁶⁸ Cf. OLIVEIRA TORRES, Ob. Cit., 2021, p. 147-148.

5. Bibliografia

- ALECRIM, O. *Idéias e Instituições no Império*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2011.
- ARMITAGE, J. *História do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2011.
- BÉLGICA. *Belgium's Constitution of 1831* Constituição [em linha], 7 de fevereiro de 1831. [Consultado em 7 de julho de 2023]. Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Belgium_1831.pdf?lang=en
- BÉLGICA. *Code Civil* Lei [em linha], 1 de julho de 2022. [Consultado em 9 de julho de 2023]. Disponível em: <http://www.droitbelge.be/codes.asp>
- BRASIL. *Reduz a dous annos o tempo da residencia, exigido pelo paragrapho quarto do artigo primeiro da Lei de vinte e tres de Outubro de mil oitocentos trinta e dous para a naturalisação dos estrangeiros*. Decreto n.º 291 [em linha], 30 de agosto de 1843. *Colecção das Leis do Imperio do Brazil de 1843*. pp. 29–30. [Consultado em 7 de julho de 2023]. Disponível em: https://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/18342/collecao_leis_%201843_parte1.pdf?sequence=1
- BRASIL. *Dispoem sobre as terras devolutas no Imperio, e ácerca das que são possuidas por titulo de sesmaria sem preenchimento das condições legais, bem como por simples titulo de posse mansa e pacifica; e determina que, medidas e demarcadas as primeiras, sejam ellas cedidas a titulo oneroso assim para empresas particulares, como para o estabelecimento de Colonias de nacionaes, e de estrangeiros, autorisad* Lei n.º 601 [em linha], 18 de setembro de 1850. *Colecção das leis do Imperio do Brasil de 1850*. pp. 307–313. [Consultado em 6 de julho de 2023]. Disponível em: https://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/18364/collecao_leis_1850_parte1.pdf?sequence=1
- BRASIL. *Manda que continuem em vigor, por mais cinco annos, as disposições do Decreto nº 537 de 15 de Maio de 1850, na parte em que concede diversas isenções e favores á Sociedade de Colonisação estabelecida em Hamburgo para fundação de huma Colonia agricola em terras pertencentes ao dote da Princeza a Senhora D. Francisca, na Provincia de Santa Catharina*. Decreto n.º 712 [em linha], 16 de setembro de 1853. *Colecção das leis do Imperio do Brasil de 1853*. pp. 58–59. [Consultado em 6 de julho de 2023]. Disponível em: https://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/18380/collecao_leis_1853_parte1.pdf?sequence=1
- BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil* Constituição [em linha], 25 de março de 1824. [Consultado em 11 de junho de 2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm
- CABRAL, P. E. "O negro e a Constituição de 1824". *Revista de Informação Legislativa* [em linha], nº 41, 1974, p. 69–74. [Consultado em 20 de junho de 2023]. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180818>
- CALDEIRA, J. *História da Riqueza no Brasil*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2017.
- CALMON, P. *História da Civilização Brasileira*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2014.
- CASTRO, M. A. d.. *Dicionário de Poética e Pensamento* [em linha]. Rio de Janeiro, 2009. [Consultado em 21 de julho de 2023]. Disponível em: <http://www.dicpoetica.letras.ufrj.br/>
- ESPAÑHA. *Constitucion Política de la Monarquía Española* Constituição [em linha], 12 de março de 1812. [Consultado em 23 de junho de 2023]. Disponível em: <https://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/P-0004-00002.pdf>
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constitution of the United States* Constituição [em linha], 21 de junho de 1788. [Consultado em 20 de junho de 2023]. Disponível em: <https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm>

- FOBLETS, M.-C. e YANASMAYAN, Z., (2010). *Coutry Report: Belgium* [em linha]. [Consultado em 9 de julho de 2023]. Disponível em: <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/19603>
- FONSECA, Á. M. M. "O 'direito de nobreza' na cultura jurídico-política do Brasil imperial". *Almanack* [em linha]. nº 27, 2021, p. 1-50. [Consultado em 12 de junho de 2023]. Disponível em: <https://periodicos.unifesp.br/index.php/alm/article/view/9543>
- FRANÇA, (1791a). *Constituição Francesa de 1791* Constituição [em linha], 3 de setembro de 1791. [Consultado em 20 de junho de 2023]. Disponível em: http://www.fafich.ufmg.br/hist_discip_grad/ConstFranca1791.pdf
- FRANÇA, (1791b). *Constitution française de 1791* Constituição [em linha], 3 de setembro de 1791. [Consultado em 23 de junho de 2023]. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1791>
- FRANÇA, *Code Civil des Français* Código [em linha], 21 de março de 1804. [Consultado em 7 de julho de 2023]. Disponível em: https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/2352/CivilCode_1565_Bk.pdf
- LIBRARY OF CONGRESS, (sem data). 14th Amendment to the Constitution of The United States. [em linha]. *Constitution Annotated*. [Consultado em 20 de junho de 2023]. Disponível em: https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt14-S1-1-2/ALDE_00000812/
- GLENTØJ, R. e OTTOSEN, M. N.. *Experiences of War and Nationality in Denmark-Norway, 1807-1815*. Londres: Palgrave Macmillan, 2014.
- GOVERNO DA BÉLGICA, (sem data). The first, unitary constitution | Belgium.be [em linha]. *Language selection | Belgium.be*. [Consultado em 7 de julho de 2023]. Disponível em: https://www.belgium.be/en/about_belgium/country/history/belgium_from_1830/foundation_and_growth/first_unitary_constitution
- HAYEK, F. A. v. *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago Press, 2011.
- LYRA, A. T. d. "Centenário da primeira reunião dos procuradores-gerais das Províncias". In: SENADO FEDERAL. *O ano da Independência*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2010, p. 223-241.
- MIDTBØEN, A. H., BIRKVAD, S. R. e ERDAL, M. B. *Citizenship in the Nordic Countries* [em linha]. Copenhagen: Nordic Council of Ministers, 2018. [Consultado em 13 de agosto de 2024]. Disponível em: doi: 10.6027/tn2018-522
- MINISTÉRIO DO IMPÉRIO (53) [em linha], (sem data). *Arquivo Nacional*. [Consultado em 13 de agosto de 2024]. Disponível em: https://www.gov.br/arquivonacional/pt-br/sites_eventos/sites-tematicos-1/brasil-oitocentista/conheca-o-acervo/ministerio-do-imperio-53
- NORUEGA, (1814a). *The Constitution of the Kingdom of Norway* Constituição [em linha], 4 de novembro de 1814. [Consultado em 29 de julho de 2023]. Disponível em: <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/1814-05-17>
- NORUEGA, (1814b). *The Constitution of the Kingdom of Norway* Constituição [em linha], 4 de novembro de 1814. [Consultado em 29 de julho de 2023]. Disponível em: https://wiki.uio.no/prosjekter/textualizing_democracy/images/8/89/Constitution_4nov_english_greyscale.pdf
- OLIVEIRA MARQUES, A. H. d. *Brevíssima História de Portugal*. Rio de Janeiro: Tinta-da-China Brasil, 2016.
- OLIVEIRA TORRES, J. C. d. *A Democracia Coroada*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2021. Vol. 2.
- PEREIRA, C. A. M. P., NOGUEIRA, R. E. A. e DANTAS, S. M. d. S. "A teoria de John Locke e o direito brasileiro: um paralelo para a função social da propriedade". *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos* [em linha], nº 11.2, 2019, p. 60-76. [Consultado em 13 de agosto de 2024]. Disponível em: doi: 10.21680/1982-310x.2018v11n2id16342

- PIASSINI, C. E. "A legislação imperial e a naturalização de estrangeiros". *Estudios Históricos* [em linha], nº 22, 2019. [Consultado em 6 de julho de 2023]. Disponível em: <https://estudioshistoricos.org/22/eh22d04.pdf>
- PIMENTA BUENO, J. A. *Direito Público Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio* [em linha]. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Constitucional de J. Villeneuve EC, 1857. [Consultado em 21 de julho de 2023]. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/185600>
- PIMENTA BUENO, J. A. "Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império". In: KUGELMAS, E., org. *Marquês de São Vicente*. São Paulo: Editora 34, 2002.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários à Constituição de 1967*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Vol. 1.
- PORTUGAL. *Constituição Política da Monarchia Portuguesa* Constituição [em linha], 23 de setembro de 1822. [Consultado em 9 de julho de 2023]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1822.pdf>
- SENADO FEDERAL. *O ano da Independência*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2010.
- SILVA, V. A. d. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.
- SOUSA, P. J. S. d. "Ensaio Sobre o Direito Administrativo". In: CARVALHO, J. M. d., org. *Visconde do Uruguai*. São Paulo: Editora 34, 2002.
- THE BRITISH LIBRARY, (2014). English translation of Magna Carta [em linha]. *The British Library*. [Consultado em 12 de junho de 2023]. Disponível em: <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation>
- THE PARLIAMENT, (sem data). The Contents of Magna Carta [em linha]. In: *UK Parliament*. [Consultado em 13 de novembro de 2023]. Disponível em: <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/originsofparliament/birthofparliament/overview/magnacarta/magnacartaclauses/>



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 25. Núm. Extraordinario (2024), pp. 152-167
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Dever de análise de questão constitucional levantada pela parte como elemento da jurisdição satisfativa

Duty of analysis of constitutional question raised by the party as satisfactory jurisdiction element

Melquiades Peixoto Soares Neto¹

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Fabício Germano Alves²

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Sumário: 1. Introdução. 2. A influência das partes e da sociedade na decisão judicial: o dever de fundamentação e a resposta satisfatória. 3. Jurisprudência defensiva e o dever de manifestação sobre questão constitucional suscitada: elemento para uma decisão judicial satisfativa e harmonizadora. 4. Considerações finais.

Resumo: A jurisdição funciona como elemento de harmonização e atualização do sistema normativo a partir da construção de precedentes (norma jurídica/fundamentação) e da própria resposta ofertada à sociedade (função social do processo). Nesse contexto, as partes desempenham um papel fundamental na construção da decisão judicial, inclusive com a possibilidade de apresentação de questão constitucional. A questão que sobreleva à problemática diz respeito à

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Potiguar (UNP) e Pós-graduação em Direito Constitucional e Tributário pela mesma instituição (UNP). Mestre em Direito (UFRN). Desenvolveu a função de professor substituto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte entre os anos de 2018 e 2019. Professor efetivo da UNINASSAU-Natal. Advogado associado no Escritório Marcos Inácio Advogados. Diretor Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP no Rio Grande do Norte. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direito Processual Civil, Direito Tributário e Direito Previdenciário.

² Especialista em Direito do Consumidor e Relações de Consumo (UNP), Direito Eletrônico (Estácio), Direito Autoral e Propriedade Intelectual (Uniamérica), Direito Educacional (Uniamérica), Publicidade e Propaganda: mídias, linguagens e comportamento do consumidor (Intervale), Docência no Ensino Superior (FMU) e Metodologia da Pesquisa Científica (FACSU). Mestre em Direito (UFRN). Mestre e Doutor *Cum Laude* pela *Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea* (UPV/EHU) – Espanha. Professor da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). E-mail: fabriciodireito@gmail.com.

faculdade do julgador, no momento da apreciação dos fundamentos jurídicos, de dispensar a análise da questão constitucional suscitada pela parte, sob o argumento de encontrar-se satisfeito com os demais fundamentos elencados nos autos. O presente trabalho tem a finalidade de discutir a existência de poder/dever por parte do magistrado de se manifestar sobre questão constitucional suscitada por qualquer das partes, em sede de controle de constitucionalidade difuso. Como procedimentos metodológicos tem-se uma pesquisa aplicada, com abordagem dedutiva e qualitativa, a partir de uma pesquisa bibliográfica com base doutrinária e jurisprudencial. Conclui-se que não se permite que, sob a alegação de convencimento, o julgador deixe de apreciar a questão por se considerar satisfeito e pronto para julgar. Este tipo de conduta é ofensivo não só ao caráter satisfativo da jurisdição, mas também ao próprio papel do julgador como garantidor e efetivador de direitos fundamentais.

Palabras-chave: Controle de constitucionalidade. Jurisdição satisfativa. Função social. Direitos fundamentais.

Abstract: The jurisdiction works as an element of harmonization and updating of the normative system from the construction of precedents (legal norm / reasoning) and the very response offered to society (social function of the process). In this context, the parties play a fundamental role in the construction of the judicial decision, including the possibility of presenting a constitutional issue. The issue that raises the issue concerns the power of the judge, when assessing the legal grounds, to dispense with the analysis of the constitutional issue raised by the party, on the grounds that he is satisfied with the other grounds listed in the file. The present work has a problem of discussing the existence of power / duty on the part of the magistrate to speak out on a constitutional issue raised by either party, in the context of diffuse constitutionality control. Methodological procedures include applied research, with a deductive and qualitative approach, based on bibliographic research with doctrinal and jurisprudential basis. It follows that, under an allegation of persuasion, the judge is not allowed to stop appreciating the issue because he considers himself and is ready to judge. This type of conduct is offensive not only to the satisfactory character of the jurisdiction, but also to the judge's own role as guarantor and enforcer of fundamental rights.

Keywords: Constitutionality control. Jurisdiction. Social role. Fundamental rights.

1. Introdução

As ideias de contraditório e ampla defesa no âmbito de um processo devido (art. 5º, LIV e LV, da CF/88), como garantia mínima do cidadão em face do monopólio da jurisdição estatal, preservando o direito de manifestação/ciência (aspecto formal), bem como a proporcionalidade/razoabilidade das decisões (aspecto material) já ultrapassaram o aspecto meramente informativo, no sentido de oportunidade para que as partes se manifestem, dentro de determinado prazo e com direito à prévia notificação.

Atualmente (ano 2024) prevalece o entendimento de que as partes possuem a prerrogativa essencial de influir na decisão judicial³, nos termos do art. 369 do CPC, constituindo omissão a ausência de análise, pelo julgador, de qualquer argumento suscitado pela parte, capaz de influenciar no julgamento, sendo a decisão passível de embargos de declaração (art. 489, §1º, IV, do CPC). Não só no dispositivo propriamente dito da sentença – o qual expressará a medida tomada pelo juiz para

³ GUILHERME MARINONI, L. *Manual de Processo Civil*, 5. ed, Thomsom Reuters Brasil, São Paulo, 2020, p. 118.

a solução do conflito –, mas também na fundamentação da decisão judicial⁴, considerada norma jurídica individualizada, pois insuficiente a norma geral, abstrata, devendo a jurisdição individualizar a sua aplicação no caso concreto, sendo tal decisão capaz de influir e servir de parâmetro para outros julgamentos em aspecto similares⁵.

Em paralelo a esta prerrogativa das partes, está o poder de a autoridade jurisdicional, qualquer que seja ela, declarar uma norma inconstitucional ou não, em sede de discussão incidental, ou seja, como causa de pedir, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Neste sentido, necessária é a definição desta conduta do julgador como unicamente um poder, espelhado na faculdade de análise ou não da questão constitucional, ou como um dever de apreciação do fundamento constitucional suscitado pela parte, sob pena de vício de fundamentação, configurado na omissão.

O Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) reforça a necessidade de construção de uma decisão judicial dotada de função social, quando exige de todos os atores processuais a cooperação na solução do conflito, de forma a construir uma decisão de mérito justa, efetiva e em tempo razoável (art. 6º), o que culmina na construção da manifestação judicial que dela decorre. Aliado a este dever está a boa-fé (art. 5º) e a necessidade de análise da pretensão formulada pela parte autora de forma sistêmica, considerando todo o conjunto da postulação, de forma a apreciar a causa de pedir por completo, com os fatos, fundamentos e circunstâncias do caso concreto.

Ocorre que a jurisprudência, inclusive dos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), tem caminhado no sentido de “podar” a necessidade de análise dos fundamentos levantados pelas partes e, consequentemente, reduzir o âmbito de influência de autor e réu na construção da decisão judicial. A questão se torna ainda mais problemática quando dentro deste âmbito de “dispensa” feita pelo magistrado, no momento da decisão, é ignorada uma questão constitucional levantada por uma das partes, como causa de pedir, isto é, como fundamento da sua pretensão.

Indubitavelmente a chamada “jurisprudência defensiva” tem a finalidade de reduzir a carga de análise do julgador, repudiando *prima facie* argumentos absurdos e incapazes de influir na decisão. Contudo, é necessário aplicar estes critérios de forma adequada quando se levanta uma questão constitucional, uma vez que deve ser sempre considerada relevante, pois vai além da pretensão autoral ou da defesa do réu, embora se alogue como fundamento, na qualidade de questão incidental.

Ademais, é essencial direcionar análise da questão constitucional como elemento capaz de reduzir a litigiosidade e otimizar o sistema processual, em especial no âmbito do sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil, que possibilita a apreciação liminar do mérito, quando for dispensável a fase instrutória, com o julgamento improcedente da demanda, nos casos de haver contrariedade do seu objeto com algum dos precedentes elencados no art. 332 do CPC. Trata-se de um grande poder concentrado no julgador que pode desaguar em arbítrio, se as partes, em especial o autor, não puderem influir decisivamente na construção a decisão judicial.

O presente trabalho visa discutir a necessidade, por parte do julgador, da análise de questão constitucional levantada por uma das partes. Além disso, a insubsistência do entendimento jurisprudencial de escolha dos fundamentos, por parte do julgador, uma vez que esta análise culminará em uma resposta satisfativa,

⁴ No Brasil, à época das Ordenações Afonsinas (1446 a 1514) não existia exigência de fundamentação das decisões judiciais. Essa previsão veio apenas com as Ordenações Manuelinas (1521 a 1595) e Filipinas (1603 a 1916). LUIZ STRECK, L.; NOGUEIRA JUNG, L. Libre convencimiento judicial y verdad: crítica hermenéutica a las teorías de Ferrajoli, Taruffo y Guzmán. *Cadernos de Dereito Actual*, n. 20 (extraordinario), p. 118–133, 2023.

⁵ GUILHERME MARINONI, L. *Manual de Processo Civil*, 5. ed, Thomsom Reuters Brasil, São Paulo, 2020, p. 66.

como corolário da atividade jurisdicional. Ao lado da satisfatividade, a decisão que aprecia a questão constitucional, servirá como ferramenta de harmonização e aperfeiçoamento do sistema normativo, na medida em que realizará uma filtragem constitucional das normas aplicada à pretensão levantada e delimitada pelo contraditório.

A discussão terá como procedimentos metodológicos uma pesquisa de natureza aplicada, com método de abordagem dedutiva e abordagem qualitativa, a partir de uma pesquisa bibliográfica com base doutrinária e jurisprudencial, especificamente de decisões judiciais provenientes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF).

Em um primeiro momento será analisado a influência na decisão judicial como uma garantia fundamental das partes e um dever, o qual integra a fundamentação da própria decisão, sob pena de nulidade. Posteriormente, a análise será da construção de uma jurisprudência defensiva, no sentido de reduzir o acesso à justiça, a partir de posicionamentos que impedem a análise adequada do mérito da demanda, havendo necessidade do desenvolvimento de elementos mínimos para uma decisão harmonizadora e efetiva.

Por fim, a partir do estudo proposto, parte-se para as considerações finais no sentido de que é imperiosa a análise da questão constitucional suscitada pela parte, na construção de uma decisão satisfativa e de harmonização social, pois considera, na análise jurisdicional, o conflito de forma sistemática e cooperativa, onde, mesmo não atendida a pretensão inicialmente propugnada pela parte, por improcedência, haverá resolução do conflito social.

2 A influência das partes e da sociedade na decisão judicial: o dever de fundamentação e a resposta satisfatória

A jurisdição, mais que uma atividade declaratória, é uma atividade criativa (reconstrutora), na medida em que fornece ao juiz os poderes necessários para a aplicação da norma ao caso concreto⁶. E esta reconstrução não parte somente da atividade do juiz, mas deve ter influência decisiva dos argumentos das partes, durante toda a marcha processual⁷.

A referida aplicação não decorre de uma atividade meramente dedutiva, é dizer, adequação da situação prática (dos fatos) à norma, com uma operação que parte do geral para o particular. Deste modo, o magistrado realizaria uma atividade exclusivamente subsuntiva, sem permitir, por meio do controle de constitucionalidade, a ponderação dos direitos fundamentais em conflito (ou aparente conflito) e a interpretação conforme, para que o julgador possa reconstruir a norma, adequando-a à realidade.

Acerca dos direitos fundamentais, são direitos públicos-subjetivos de pessoas físicas ou jurídicas, contidos em dispositivos constitucionais que, por esta razão, possuem caráter normativo supremo em face da atuação estatal, limitando o seu poder, bem como garantindo um núcleo mínimo de garantias para a efetivação da dignidade do cidadão⁸.

A atividade jurisdicional se preza não somente à aplicação da lei formal objetivamente, mas tem o dever, no âmbito do Estado Democrático de Direito, de

⁶ DIDIER JÚNIOR, F. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil*, parte geral e processo de conhecimento, 19. ed, JusPodivm, Salvador, 2017, p. 620.

⁷ BARBOSA MOREIRA, J. C. "Os Princípios do Direito Processual Civil na Constituição de 1988" In BARBOSA MOREIRA, José Carlos (org). *Temas de direito processual*, Saraiva, São Paulo, 1993, p. 243.

⁸ DIMOULIS., D.; MARTINS, L. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 9. ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2022.

combater arbítrios no exercício da jurisdição⁹, ainda que estes possam ocorrer pela fria e pura aplicação da lei, sem a devida análise do caso concreto. Aliada a essa ideia de fundamentação como elemento de prevenção do arbítrio do julgador, vinculada à manifestação lógica e precisa dos motivos utilizados para tomar esta ou aquela decisão, a fundamentação ganha um aspecto extraprocessual, permitindo o controle do Poder Judiciário, não só pelas partes, no âmbito da relação processual, mas também pelas sociedades em geral, dentro de uma concepção democrática do poder¹⁰.

O julgador não precisa se prender ao populismo ou mesmo atender às pressões das sociedades para decidir, o que, por óbvio, ceifaria a sua imparcialidade, mas é essencial que tenha ciência de que a sua decisão, embora, em regra, só produza efeitos *inter partes*, ganhará, no ponto específico da fundamentação jurídica, lugar além do âmbito processual, servindo de parâmetro não só para decisões em casos similares pelo próprio Poder Judiciário, mas para todas as sociedades.

Ademais, no âmbito do contraditório, as partes sempre terão “o direito de ver as alegações e provas produzidas também pelo sucumbente examinadas e, além disso, rejeitadas com argumentos racionalmente convincentes”¹¹. Tanto é assim, que a própria produção probatória se presta à auxiliar, prioritariamente, a resolução do processo, isto é, não beneficia somente quem produz a prova, mas também a resolução do conflito (art. 371 do CPC). Todos os sujeitos do processo têm relevância na cooperação para uma solução efetiva e justa do conflito posto em análise.

Portanto, a fundamentação da decisão judicial não é um mero pressuposto lógico do dispositivo, ou seja, apenas uma fase da técnica de decisão, mas o dever de fundamentação é um dever de filtragem constitucional, onde o juiz, na sua atividade de criação da norma jurídica particular, verifica se a hipótese normativa posta em análise e, portanto, o próprio Direito, da forma em que vem sendo interpretado/aplicado, supre as necessidades da realidade social. Afinal de contas “[...] todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica”¹².

A necessidade de filtragem constitucional evidencia o magistrado como um ser livre, não engessado pela norma, na medida em que permite a inserção, a partir da sua atividade interpretativa, de elementos valorativos, morais, econômicos, culturais, dentre outros¹³.

É relevante, neste ponto, o papel dos princípios, que, inclusive, podem ser produto desta atividade criativa do magistrado, que além de solucionar o conflito concreto, promoverá a identificação e construção de tais normas, otimizando o ordenamento jurídico¹⁴. É justamente este o papel dos princípios: de otimização do ordenamento, abrangendo qualquer situação fática que se apresente como passível

⁹ TULLIO LIEBMAN, E. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n. 8, p. 79-81, jan./mar. 1983. p. 80.

¹⁰ TARUFFO, M. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos, 1. ed, Marcial Pons, São Paulo, 2015, p. 237.

¹¹ BAPTISTA DA SILVA, O. A. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 323-352, 2006, p. 340.

¹² KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, tradução de João Baptista Machado, 6. ed, 4. tir, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 221.

¹³ MOURA BITTENCOURT, E. *O juiz*, 3. ed, Millenium, Campinas, 2002, p. 93.

¹⁴ ROBERTO BARROSO, L. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*; Tradução Humberto Laport de Mello. 3. reimp. Fórum, Belo Horizonte, 2014, p. 67.

de proteção pela norma, mas que, *prima facie*, pela simples aplicação de uma regra, não se enquadre na hipótese normativa¹⁵.

Não por outra razão a Constituição Federal exige do julgador, em todos os casos, em todas as decisões e durante toda a sua atuação, a fundamentação a partir de um panorama constitucional (art. 93, IX, da CF/88)¹⁶. Este dever se firma justamente no fato de que o papel do Estado em uma posição de abstenção, em respeito às garantias individuais, não pode ofuscar a efetivação de direitos de natureza positiva, decorrentes da atuação social do Estado¹⁷.

A fundamentação, assim, é um elemento de ligação obrigatória com a efetividade do processo, em razão da função social que este último possui. A solução do conflito, por si só não configura esta solução, mas necessita também de uma verificação, por parte do magistrado, da possibilidade de uma decisão preventiva, que observe a aplicação do fundamento em outras situações similares, na ótica constitucional¹⁸. É dizer, a concessão do bem da vida à parte pleiteante, por si só, não soluciona o conflito, nem satisfaz a finalidade do processo, pois falta um outro elemento: a satisfação a partir da fundamentação voltada para a norma constitucional. Ademais, tendo o Estado tomado para si o monopólio da jurisdição – no que pertine à execução do Direito, uma vez que a arbitragem tem a prerrogativa de conhecimento, mas não de execução das suas decisões – deve fornecer, por óbvio, uma resposta correspondente ao *status* alcançado pelas partes na hipótese de esvaziamento da violência a partir da autotutela¹⁹.

Assim, o magistrado, por mais simples que seja a questão posta em análise, sempre deve fundamentar as suas decisões, indo além da concessão do reconhecimento, efetivação ou proteção do direito, mas também envolvendo a sua atividade para um caráter crítico do ordenamento jurídico, concretizando a Constituição Federal e readequando a sua aplicação de acordo com os fatores sociais presentes na relação jurídica processual, bem como os elementos subjacentes à norma²⁰.

Afinal de contas, a relação jurídica processual decorre de uma relação jurídica material. Não por outra razão a processualística brasileira adota a teoria da substanciação, por foça da qual as partes, quando a causa de pedir é complexa, portanto, englobando diversos fatos, devem demonstrar a existência e os fundamentos de todos estes, sob pena de não procedência da sua pretensão jurídica²¹.

O ponto de partida do julgador será sempre a hipótese normativa, mas o final da sua operação decisória será sempre voltada para a Constituição Federal e os seus efeitos no mundo prático. Pensar o Direito de cima para baixo impede que as normas

¹⁵ ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*, Traduzido por Virgílio Afonso da Silva, Malheiros, São Paulo, 2015, p. 577.

¹⁶ Nesse contexto torna-se interessante a discussão sobre a dualidade norma e texto constitucional. Sobre esse assunto ver: PINTO DO MONTE, J. P.; TINOCO DE GÓES, R. Da Constituição e do texto constitucional: análise filosófico-jurídica pós-positivista e hipótese de mutação constitucional democrática. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, [S. l.], v. 16, n. 1, 2024.

¹⁷ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*, Malheiros, São Paulo, 2004, p. 625.

¹⁸ GESTA LEAL, R. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008, p. 47.

¹⁹ THEODORO JUNIOR, H. *Curso de Direito Processual Civil*, 54. ed, Forense, Rio de Janeiro, 2013, p. 8.

²⁰ RENATO NALINI, J. *O juiz e o acesso à justiça*, 2. ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 10.

²¹ DIDIER JÚNIOR, F. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 623.

se adequem às novas situações surgidas, aos novos contornos sociais²². Os elementos fáticos, assim, devem servir de fonte de atualização e aperfeiçoamento das normas jurídicas, a partir de um procedimento metodológico dedutivo²³.

É correto afirmar que o dever de fundamentação das decisões judiciais não é só um direito das partes, mas um direito de todas as sociedades, de todos os cidadãos, que também são atingidos por aquela decisão judicial ainda que, em regra, indiretamente. Quando o julgador decide, ele atua como o Estado solucionando um conflito perante a sociedade, para manter a paz social e o progresso. Neste sentido, uma decisão sem fundamentos é uma decisão sem satisfatividade, que não fornece uma solução para o conflito, nem previne a ocorrência de outros²⁴.

Ademais, na fundamentação, o juiz deve sair do isolamento normativo, abrindo espaço para a entrada de valores e experiências do próprio julgador e das partes. Estes elementos devem integrar toda a fundamentação, pois a partir deles é que o juiz poderá exercer seu papel criativo em uma conduta reconstrutiva²⁵. É preciso, especialmente pelo papel da jurisdição frente aos direitos fundamentais, de garantia e aperfeiçoamento, a partir das mudanças das sociedades, desconstruir a ideia elaborada pela processualística clássica de que o juiz, na sentença, não cria (reconstrói) o Direito, mas apenas o declara,²⁶ *bouche de la loi*, nas palavras de Montesquieu²⁷.

Este aspecto da processualística clássica fica bem demonstrado na passagem exarada por Calamandrei, afirmando que "a lei vale, enquanto está em vigor, não porque corresponda à justiça social, senão unicamente pela autoridade de que está revestida"²⁸. A discussão em questão apresentou-se ainda como um dos mais calorosos debates entre Hebert Hart²⁹ e Ronald Dworkin. Enquanto Hart, até certo ponto, admite o papel criativo do juiz, Dworkin, ao entender que, na análise dos casos difíceis, cabe ao magistrado "investigar e descobrir" qual a norma aplicável ao *hard case*, mas não criar ou reconstruir a norma, apenas buscá-la no ordenamento e aplicá-la ao caso concreto³⁰.

A fundamentação, neste sentido, torna-se ainda mais relevante no momento em que a parte suscita uma questão constitucional, isto é, quando expressamente alega ao juízo (causa de pedir) que a ofensa ou perigo de ofensa ao seu direito ocorre a partir da violação da própria Constituição Federal, seja por um ato concreto, propriamente dito, seja pela aplicação de uma norma geral e abstrata.

É dever do juiz, portanto, não se omitir frente a uma alegação de inconstitucionalidade, pois o magistrado tem o dever de realizar a filtragem

²² MOYSÉS MOUSSALLEM, T. *Fontes do Direito Tributário*, Max Limonad, São Paulo, 2001, p. 162.

²³ ATHAYDE CHAVES, L. O Direito que "brota do chão"? Reflexões epistemológicas sobre a indução na ciência jurídica. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*: RECHTD, v. 09, n. 02, p. 151-166, maio-ago. 2017, p. 157.

²⁴ MARQUES DE CAMARGO, D. *Jurisdição crítica e direitos fundamentais*, 2. ed, Núria Fábri, Porto Alegre, 2010, p. 97.

²⁵ GUILHERME MARINONI, L. *Novo curso de Processo Civil: teoria do processo civil*, 3. ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017, p. 109.

²⁶ CALAMANDREI, P. *Estudios sobre el proceso civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 158.

²⁷ SECONDAT MONTESQUIEU, C. L. *Do espírito das leis*, Coleção 'Os Pensadores', Abril Cultural, São Paulo, 1985, p. 104.

²⁸ CALAMANDREI, P. *Estudios sobre el proceso civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 159.

²⁹ ADOLPHUS HART, H. L. *O conceito de Direito*, Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Haz, Tradução de Antônio de Oliveira Stte-Câmara. Revisão de tradução Marcelo Brandão Cipolla, Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 15.

³⁰ DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*, Tradução de Nelson Boeira, 3. ed, Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 12.

constitucional. No exercício do direito de ação, ao alegar ocorrência de ofensa à ordem constitucional, a parte alerta o juízo sobre a necessidade preeminente de análise da Constituição Federal, e, a partir dessa análise, tem-se a criação da norma particular por uma atividade reconstrutiva. Portanto, todo juiz que faz parte do sistema jurisdicional brasileiro, de certo modo, é um juiz constitucional³¹.

A relevância desta atividade, como julgador constitucional, se sobrepõe considerando que o controle difuso de constitucionalidade, a rigor, seria a única forma de garantia de dos direitos subjetivos constitucionais do cidadão³².

Ressalte-se a natureza do direito fundamental da *inafastabilidade da jurisdição* (art. 5º, XXXV, da CF/88), tido como um princípio informativo “da ação e da defesa, na perspectiva de se colocar o Poder Judiciário como local onde todos os cidadãos podem fazer valer seus direitos individuais e sociais”³³, ou seja, a jurisdição possui um papel de relevância patente no Estado Democrático de Direito, que vai além da resolução do conflito, mas também garante e efetiva direitos individuais e sociais, o que abrange a interpretação e aplicação das normas na regulação destes.

Por esta e por outras razões, de ordem processual (como o desenvolvimento de instrumentos de harmonização jurisprudencial, dentre eles o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o Incidente de Assunção de Competência e o procedimento dos Recursos Repetitivos e em Repercussão Geral, presentes nos arts. 976 e ss do CPC), os precedentes ganharam relevância na processualística brasileira, com a elevação da importância da fundamentação como elemento de vinculação do Poder Judiciário em suas decisões. A ampla discussão sobre aspectos materiais, culminando em uma fundamentação a partir de tais aspectos para a construção de uma norma jurídica, pode determinar a vinculação de órgãos jurisdicionais sistematicamente inferiores ao prolator da norma individualizada, a qual, elevada ao patamar de precedente vinculante, servirá de parâmetro na aplicação do mesmo fundamento aos casos postos em análise nos órgãos jurisdicionais inferiores.

Se por um lado esta conduta processual visa otimizar o sistema e conferir segurança jurídica, evitando decisões conflitantes, pode ser prejudicial para a harmonização do sistema normativo, quando esta fundamentação vinculante não é feita a partir de um aspecto constitucional, em observância à relação jurídica material que fundamentou a própria relação processual.

Uma análise “rasa” da relação jurídica material poderá culminar em uma norma individual inadequada e, pior, em uma fundamentação dissonante dos aspectos materiais da relação jurídica inicial, criando um precedente desconexo dos aspectos sociais, o que levaria não à reconstrução do ordenamento, mas sim ao seu engessamento.

A operação de criação judicial deve iniciar no primeiro julgamento, na primeira decisão, pois a partir dela, sob o manto da delimitação do objeto e da questão de Direito, os órgãos jurisdicionais superiores poderão analisar os aspectos da discussão. Até mesmo pelo fato de que é no primeiro grau que ocorre a maior inserção de aspectos fáticos e materiais por meio da instrução e das alegações em manifestação ampla pelas partes, substancializando as suas pretensões.

Não à toa a jurisdição parte de situações jurídicas reais, não de ficção. É na instância inicial onde se delimitam os aspectos objetivos da demanda, onde se lapida a pretensão para adequá-la à colheita de prova. Portanto, o julgador monocrático, o qual tem o primeiro contato com a problemática apresentada, é o mais habilitado para averiguar a ocorrência de inconstitucionalidade em face dos aspectos fáticos apresentados pelas partes.

³¹ FREITAS, J. O intérprete e o poder de dar vida à constituição. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 34, 2000. p. 59.

³² ROBERTO BARROSO, L. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. SARAIVA, São Paulo, 2009, p. 89.

³³ PORTANOVA, R. *Princípios do Processo Civil*, 7. ed, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008, p. 113.

O dever de cooperação (artigo 6º)³⁴, a vedação da decisão surpresa (artigo 10)³⁵ e a ampla liberdade das partes na construção de negócios jurídicos processuais (artigo 190)³⁶ não estão previstos no Código de Processo Civil apenas com o intuito de permitir uma maior possibilidade de resolução das demandas, sem a necessidade de julgamento do mérito pelo juízo, mas também para permitir que as partes tenham maior autonomia e participação na construção dos fundamentos jurídicos da decisão, os quais serão destinados para toda as sociedades, com possibilidade de vinculação a depender da continuidade do procedimento e manifestação dos órgãos jurisdicionais superiores.

Verifica-se que o artigo 6º do Código de Processo Civil se refere à construção de uma decisão “justa e razoável”, o que, aliada à publicidade das decisões judiciais, inclusive como exigência constitucional (art. 93, IX, da CF/88), pode funcionar como meio de esclarecimento e orientação das sociedades acerca da devida e correta aplicação das normas jurídicas.

Inclusive, o princípio do contraditório, como parte do devido processo legal formal (art. 5º LIV e LV, da CF/88), há muito, ainda mais com o dever de cooperação (art. 6º do CPC), ganha contornos de participação efetiva das partes na formação da decisão judicial. O magistrado não deve se manter em uma posição estanque, de forma que apenas receba os fatos e profira a decisão de acordo com os fundamentos que entende mais pertinentes, sem considerar a fundamentação levantada pelas partes em sua atuação processual³⁷.

A tutela jurisdicional satisfativa não é somente aquela que fornece uma resposta ao conflito posto em análise, mas também aquela que é prestada a partir de uma decisão fundamentada que transpõe o prisma constitucional, revelando os aspectos da hipótese legal que devem ser reconstruídos e lapidados.

3 Jurisprudência defensiva e o dever de manifestação sobre questão constitucional suscitada: elemento para uma decisão judicial satisfativa e harmonizadora

A jurisprudência brasileira, em especial o STJ, tem decidido reiteradamente, sobre a desnecessidade do julgador analisar e responder todas as questões suscitadas pelas partes, desde que já tenha encontrado motivo suficiente para construir a decisão³⁸.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em Recurso Extraordinário, no procedimento de repercussão geral, também já se manifestou sobre a questão, tendo firmado o mesmo entendimento, no sentido de desnecessidade de manifestação do julgador sobre todas as questões levantadas pelas partes, desde que a decisão esteja fundamentada³⁹.

³⁴ Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

³⁵ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

³⁶ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

³⁷ LUIZ STRECK, L.; RAATZ, I. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza. v. 15 i. 20. p. 160-179, 2017, p. 164.

³⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: *EDcl no MS 21.315*. Relatora Des. Conv. Dila Malerbi, DJ 08/06/2016.

³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *AI 747611 Agr.* Relatora Min. Carmem Lúcia. DJ 13/11/2009.

Diante do entendimento anteriormente referido, partindo dos dois mais importantes órgãos jurisdicionais do Estado brasileiro, um responsável pela pacificação da interpretação e aplicação da legislação federal (art. 105, III, da CF/88), e o outro ocupando a posição de guardião da Constituição Federal (art. 102, I, da CF/88), é necessário evidenciar se este entendimento alcança a eventual alegação da parte, em sede de causa de pedir, de uma questão constitucional, portanto, pleiteando a manifestação judicial acerca da inconstitucionalidade ou constitucionalidade de uma disposição normativa, como fundamento para a sua pretensão.

É preciso definir se o julgador possui ou não o dever constitucional de manifestação sobre as questões levantadas pelas partes, iniciando com a necessidade de fundamentação da decisão judicial e, mais que isso, da própria satisfação advinda da devida concessão de uma tutela jurisdicional. Ou ainda, em sentido contrário, se há a prerrogativa do magistrado de rejeitar a manifestação na hipótese de já estar satisfeito para decidir e fundamentar a decisão judicial.

No contexto da análise dos requisitos para fins de apresentação do recurso de embargos de declaração, a Lei nº13.105/15 (Código de Processo Civil) estabelece no artigo 489, §1º, IV, como hipótese de omissão e, portanto, considerada com ausência de fundamentação, a sentença que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

Percebe-se que o dispositivo se adequa quase que perfeitamente ao fundamentado nas mencionadas decisões, exceto pela expressão “em tese”. Esta expressão é de suma importância para a compreensão de que o magistrado, ao analisar o fundamento levantado pela parte, não deve partir de um convencimento concreto e total, isto é, de maneira que se acredita estar convencido, não haveria razão para analisar determinado fundamento levantado pela parte. “Em tese”, significa que o convencimento do magistrado somente ocorrerá após a análise do fundamento, mas não o inverso. Como julgar um fundamento que “em tese” pode influir decisivamente na manifestação judicial, dispensando-o com base em um convencimento que sequer passou pela análise desse fundamento? Não estaria o julgador, neste caso, simplesmente ignorando o fundamento?

A satisfação é das partes, não do julgador. Este último não é o “dono do processo”⁴⁰. Não é o magistrado que deve estar “satisfeito” para julgar, escolhendo os fundamentos que entende pertinentes e dispensando, sem análise, os fundamentos que entende irrelevantes para a modificação do seu convencimento. São as partes que devem estar satisfeitas com a manifestação judicial, que deve enfrentar todas as questões postas em análise.

A discussão assume maior relevância quando se trata de questão constitucional, isto é, quando a parte suscita a inconstitucionalidade de uma norma ou de um ato, como causa de pedir, na qualidade de elemento determinante para o atendimento da sua pretensão. Nesta situação, estaria o julgador liberado da análise desta questão, frente a outras levantadas na controvérsia, por ambas as partes, sob o fundamento de seu convencimento? É dizer, o julgador não seria obrigado a se manifestar sob um fundamento constitucional levantado pela parte, pelo simples fato de já se considerar convencido?

Não se ignora o caráter instrumental do posicionamento adotado no STJ e no STF, como forma de tornar a atividade do julgador, a depender das alegações das partes, bastante exaustiva e desnecessária, em especial quando são levantados argumentos apenas *pro forma*, visando tumultuar a marcha processual e confundir o juízo. Para além desse fundamento, é bem verdade que se deve sempre reconhecer a presunção de boa-fé das partes (arts. 5º, 322, §2º e 489, §3º, todos do CPC) como

⁴⁰ LUIZ STRECK, L.; RAATZ, I. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza. v. 15 i. 20. p. 160-179, 2017, p. 163.

ponto de partida de qualquer análise das suas alegações e fundamentos apresentados nas respectivas manifestações.

Ocorre que, ao se formular, ainda que de forma incidental, uma questão constitucional, não estaria a parte alertando o juízo acerca da necessidade de reconstrução de uma norma ou de uma nova interpretação de tal norma?

Ainda que envolva direitos indisponíveis, a alegação de inconstitucionalidade como causa de pedir tornaria a questão de interesse coletivo, aderindo ao processo a imperiosa função social de evitar conflitos em face da aplicação e interpretação inconstitucional da norma, ou mesmo da declaração de sua inconstitucionalidade.

A importância da análise de uma questão constitucional carece de maiores detalhes, pois o simples fato de o ordenamento permitir o acesso do jurisdicionado às vias extraordinárias, através do recurso extraordinário, do recurso especial, por exemplo, já evidencia o grau de relevância de tal questão.

Volvendo-se para o aspecto processual, a questão constitucional, ao ser analisada, pode funcionar como elemento de satisfação das partes, isto é, motivando os envolvidos a aceitarem e concordarem com a decisão, sem a interposição de recurso, na medida em que não haverá lacuna a ser preenchida pela via extraordinária, pois, mesmo nas hipóteses de prequestionamento sem análise do juízo, como bem se sabe, é possível a subida do recurso extraordinário. Basta que a matéria tenha sido discutida nos autos (art. 987, §1º, do CPC). E essa é uma inconsistência do sistema recursal extraordinário, que permite a subida de recursos mesmo nas hipóteses nas quais o juiz é omissor e deixa de apreciar a questão constitucional.

Inclusive, o Código de Processo Civil chancela a supressão dessa análise constitucional nas instâncias ordinárias ao permitir o prequestionamento por embargos, ainda que o Tribunal não tenha se manifestado sobre a matéria constitucional, desde que o Tribunal Superior entenda haver erro, omissão, contradição ou obscuridade no julgado impugnado (artigo 1.025, CPC).

Assim, o processo poderá prosseguir sem que o juízo de primeiro grau e o Tribunal se manifestem sobre questão constitucional suscitada, admitindo-se a propositura, de embargos de declaração, que integram o acórdão recorrido, podendo ser utilizados como prequestionamento. Não há lógica nesta aplicação, pois permite que a omissão do juízo de primeiro grau ou do Tribunal seja relevada em razão da propositura de embargos de declaração para prequestionamento, mantendo, portanto, o conflito pela não análise da questão constitucional discutida, forçando a subida para a via extraordinária da jurisdição.

Na vigência do Código de Processo Civil anterior (1973), existia entendimento jurisprudencial de que os embargos de declaração poderiam ter a função de prequestionamento quando a decisão fosse omissa acerca de questão constitucional suscitada⁴¹, ocorre que este entendimento ganhou previsão legal expressa, no sentido de estabelecer embargos de declaração “prequestionadores” (art. 1.025 do CPC).

Se a parte suscita a questão constitucional desde o ajuizamento da ação, como causa de pedir, qual seria a relevância prática de prever a possibilidade de prequestionamento via embargos de declaração? É não prever nenhuma consequência jurídica pela omissão do Tribunal frente à questão constitucional suscitada, na medida em que mesmo que rejeitados os embargos, a matéria se considerará prequestionada.

A apresentação de embargos apenas para prequestionamento não permite que o julgador monocrático e o Tribunal façam uma análise efetiva acerca da existência ou não da questão constitucional levantada, na medida em que os embargos terão a finalidade precípua de preencher um requisito formal do recurso extraordinário, elevando a questão, sem análise nos juízos inferiores, para o STF.

⁴¹ Neste sentido o teor da Súmula 356 do STF: “O ponto omissor da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

Percebe-se que esta prática é um desserviço para o dever de cooperação dos atores processuais (art. 6º do CPC).

O mais coerente para o sistema jurídico é que a questão constitucional chegue “amadurecida” na instância extraordinária, com ampla discussão, inclusive em confronto com a matéria fática e probatória, o que não será possível na instância extraordinária, diante do aspecto restritivo de devolução recursal. Ademais, se a questão é analisada e efetivamente julgada, existe uma fixação efetiva de controvérsia recursal, limitando a rediscussão e otimizando a qualidade do julgamento extraordinário. Em suma, cada julgador exerceria sua função específica.

Ocorre que a questão constitucional, na hipótese de não ser analisada ordinariamente e “subir” para a instância extraordinária, será analisada pela primeira vez já perante o STF, que possui limitação no que se refere à reanálise probatória e fática⁴². Frise-se que apesar da questão constitucional, pela natureza do controle de constitucionalidade difuso, funcionar como causa de pedir, é preciso observar, como feito alhures (quando se tratou da teoria da substanciação), que a causa de pedir é integrada por duas dimensões, a remota e a próxima, sendo a primeira a relação fática apresentada pela parte, então, necessariamente, vinculada aos fundamentos jurídicos, que integrariam a causa de pedir próxima⁴³.

Frente a este grau de relevância da questão constitucional apresentada, torna-se evidente que a ausência de análise pelo julgador ocasiona uma omissão, passível de impugnação por meio de embargos de declaração e pode servir como fundamento para a própria anulação da sentença, por ausência de fundamentação (art. 1.013, §3º, IV, da CF).

Portanto, é um direito das partes e das próprias sociedades, receber do Estado-juiz uma resposta acerca da inconstitucionalidade suscitada, ainda que de forma incidental, pelas partes, sendo este elemento integrante da própria satisfação da decisão judicial.

Na prática, é esvaziada a prerrogativa do juiz no controle difuso de constitucionalidade, quando não se atribui a este agente um dever funcional de manifestação acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma ou de um ato, na hipótese de requerimento das partes. Desse modo, o juízo somente analisaria a questão se a entendesse como relevante para o deslinde da controvérsia.

O referido dever não atinge o livre convencimento motivado (art. 371 do CPC), pois a exigência é apenas de análise, não de que seja acolhida ou não determinada pretensão. O livre convencimento também será aplicado nas hipóteses em que o juiz julga a questão constitucional incidental.

Ganha ainda mais importância esta exigência diante do quadro atual do Poder Judiciário, que muitas vezes é preponderantemente motivado pelo atingimento de metas e prazos, de maneira que o processo não recebe o aprofundamento necessário, deixando raso o convencimento do magistrado no que se refere à questão constitucional.

Inclusive, é imperioso observar que a análise do magistrado acerca de qual questão constitucional levantada pela parte é ou não é relevante, necessariamente, já implica em um juízo, ainda que mínimo, sobre uma eventual ofensa à ordem constitucional. Contudo, o perigo desta análise superficial é o rebaixamento da análise constitucional a uma posição inferior ao próprio julgamento, já que a questão constitucional não é a principal, mas sim *incidenter tantum*, isto é, fundamento para o mérito da questão principal. Além disso, admitir que o juiz não é obrigado a apreciar e julgar a questão constitucional suscitada por uma das partes, implica em criar uma

⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula nº 279*. “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>. Acesso em 28 set. 2020.

⁴³ MARINONI, L. G. *Manual de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2020. p. 182.

discrecionalidade em relação a essa conduta, o que pode culminar em uma arbitrariedade.

De todo modo, o juiz não deixa de cumprir com o seu dever funcional ao não analisar uma questão constitucional quando esta conduta importa em reanálise de julgados proferidos em sede de repercussão geral ou na sistemática de recursos repetitivos. Nestas duas hipóteses, o julgador estaria vinculado ao fundamento utilizado nos respectivos acórdãos, como normas jurídicas reconstruídas pelos demais julgadores, a partir da sistemática dos precedentes instituída pela Código de Processo Civil (art. 332 do CPC).

Essa prerrogativa do juízo, na dispensa da análise de tais questões, força o entendimento de que, para haver vinculação, a questão constitucional deveria passar por uma ampla discussão até chegar à instância extraordinária, e lá, desenvolver o efeito vinculante. Contudo, se a questão posta em análise por uma das partes, não se enquadrar em nenhuma daquelas já apreciadas pela instância extraordinária, constitui obrigação do julgador se aprofundar na análise desta questão e, a partir daí, direcionar, caso a parte sucumbente deseje recorrer, a discussão para um momento de vinculação, ao chegar no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal.

Com essa vinculação do julgador, há uma satisfação em duas dimensões no âmbito endoprocessual. A primeira no que se refere à causa de pedir próxima, levantada pela parte autora, que seria analisada, como suscitado na petição inicial, importando em uma fundamentação completa e, portanto, inatacável por meio de embargos de declaração. A segunda voltada para a harmonia do sistema judicial, que, adotando a sistemática dos precedentes elaborada pelo Código de Processo Civil, criaria entendimentos gerais aplicáveis a demandas específicas, evitando o ônus da massificação e a profunda insatisfação social pela demora no processamento e julgamento de tais demandas.

Ademais, para além do processo, o julgamento com base na obrigatoriedade da análise de uma questão constitucional, importa na reconstrução das normas analisadas, permitindo a sua atualização e aperfeiçoamento de acordo com as mudanças sociais, e educando a sociedade acerca da interpretação e aplicação dos direitos delas advindos. Como resultado, tem-se a redução do atrito social e, conseqüentemente, dos conflitos entre particulares e entre estes e o Estado.

Um poder tão grande como a declaração de inconstitucionalidade não seria conferido ao julgador sem um dever/responsabilidade igualmente relevante. Não se trata apenas da solução de conflitos já existentes, mas também da prevenção de novos conflitos. A jurisdição precisa se afastar de um papel essencialmente repressivo e se portar como uma atividade/função do Estado de pacificação social. As mudanças ocasionadas a partir da reconstrução normativa efetivada pela jurisdição são dinâmicas e mais coerentes com as sociedades globalizadas atuais, marcadas pelo respeito às diferenças e aproximação cada vez maior das pessoas, sem a interferência relevante de fronteiras geográficas.

Obviamente, este papel do julgador não tolhe a função legislativa do Estado, que sempre terá a prerrogativa de traçar os contornos gerais aplicáveis às mais diversas hipóteses advindas da infinidade de relações jurídicas possíveis. A lei, neste sentido, é o ponto de partida do Estado-juiz, o primeiro contato do intérprete, marcando o início da "aventura exegética"⁴⁴. A lei é o parâmetro, mas o juiz deve sempre, a partir desta lei, realizar uma filtragem constitucional e verificar a necessidade de sua subsistência frente ao panorama vigente nas sociedades.

4 Considerações finais

Não se concebe a atividade jurisdicional como isolada dos aspectos materiais da relação jurídica transposta para o processo. E a transposição destes elementos é

⁴⁴ BARROS CARVALHO, P. *Curso de Direito Tributário*, 29. ed, Saraiva, São Paulo, 2018, p. 67.

realizada justamente pelas partes que, como titulares do direito em análise, possuem melhores condições de apresentar ao julgador a realidade e demonstrá-la no momento da instrução probatória.

Assim, o juiz deve sempre levar em consideração o que as partes trazem com suas manifestações. Este dever se solidifica ainda mais quando existe a apresentação de uma questão constitucional, como causa de pedir, fundamento para o reconhecimento do direito.

Neste momento, o magistrado não poderá se furtar da análise de tal questão, alegando satisfatividade e motivação para a sua decisão, é dizer, que já se convenceu, de maneira que se tornaria desnecessária a análise da questão constitucional suscitada, dentre outros elementos.

Por outro lado, caso o magistrado dispense a análise da questão constitucional, alegando convencimento, impedirá a análise pelas instâncias superiores da discussão jurídica de forma integrada com a relação fática trasposta pelas partes, na medida em que no âmbito das instâncias extraordinárias os Tribunais não poderão adentrar na análise dos fatos, nem mesmo instruir o processo, pelas peculiaridades da instância recursal, que apesar de se pautar na devolução da matéria de primeiro grau (efeito devolutivo), somente atua de forma instrutória no processo de forma excepcional, na medida em que, em tese, todo recurso que se funda em *error in judicando* encontra-se apto (maduro) para julgamento, dispensando análise probatória.

A questão constitucional vai além do *intra muros* processual, possuindo patente relevância social, capaz de influir na harmonia e atualização do sistema normativo, servindo de parâmetro para toda a atuação do Poder Judiciário e conferindo maior efetividade na solução do conflito, pois confere uma resposta constitucional (suficiente) ao litígio, reduzindo a insatisfação das partes, as quais terão menos fundamentos para buscar uma correção na via recursal, já que a discussão foi devidamente aprofundada, inclusive ao nível constitucional, no primeiro grau.

Além disso, a decisão poderá servir de parâmetro para outros julgamentos e possibilitar que, caso haja recurso, a discussão chegue mais bem lapidada nas instâncias extraordinárias, que são capazes de exarar manifestações judiciais vinculantes e, portanto, atingir um número indeterminado de jurisdicionados, além de conferir celeridade processual e efetividade em diversas relações processuais em andamento, ainda pendentes de julgamento, bem como evitando conflitos ainda não aduzidos judicialmente.

Desta forma, verifica-se que a obrigatoriedade de análise de questão constitucional suscitada pelas partes constitui dever do magistrado. Nesse contexto, o processo passa a ser entendido não como um instrumento para a solução de conflitos, mas também para a conformação, harmonização e aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, assumindo maior relevância o seu aspecto de pacificador social e garantidor de direitos.

REFERÊNCIAS

- ADOLPHUS HART, H. L. *O conceito de Direito*, Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Haz, Tradução de Antônio de Oliveira Stte-Câmara. Revisão de tradução Marcelo Brandão Cipolla, Martins Fontes, São Paulo, 2009.
- ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*, traduzido por Virgílio Afonso da Silva, Malheiros, São Paulo, 2015.
- ATHAYDE CHAVES, L. O Direito que “brota do chão”? Reflexões epistemológicas sobre a indução na ciência jurídica. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*: RECHTD, v. 09, n 02, p. 151-166, maio-ago, 2017.

- BAPTISTA DA SILVA, O. A. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 323-352, 2006.
- BARBOSA MOREIRA, J. C. "Os Princípios do Direito Processual Civil na Constituição de 1988" In BARBOSA MOREIRA, José Carlos (org). *Temas de direito processual*, Saraiva, São Paulo, 1993.
- BARROS CARVALHO, P. *Curso de Direito Tributário*, 29. ed, Saraiva, São Paulo, 2018.
- BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*, Malheiros, São Paulo, 2004.
- BRASIL. Lei n. 13.1056 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 24 ago. 2024.
- CALAMANDREI, P. *Estudios sobre el proceso civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.
- DIDIER JÚNIOR, F. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento*, 19. ed, JusPodivm, Salvador, 2017.
- DIMOULIS, D.; MARTINS, L. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 9. ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2022.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*, Tradução de Nelson Boeira, 3. ed, Martins Fontes, São Paulo, 2002.
- FREITAS, J. O intérprete e o poder de dar vida à constituição. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 34, 2000.
- GESTA LEAL, R. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.
- GUILHERME MARINONI, L. *Manual de Processo Civil*, 5. ed, Thomsom Reuters Brasil, São Paulo, 2020.
- GUILHERME MARINONI, L. *Novo curso de Processo Civil: teoria do processo civil*, 3. ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017.
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, tradução de João Baptista Machado, 6. ed, 4. tir, Martins Fontes, São Paulo, 2000.
- LUIZ STRECK, L.; NOGUEIRA JUNG, L. Libre convencimiento judicial y verdad: crítica hermenéutica a las teorías de Ferrajoli, Taruffo y Guzmán. *Cadernos de Dereito Actual*, n. 20 (extraordinario), p. 118-133, 2023.
- LUIZ STRECK, L.; RAATZ, I. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza. v. 15 i. 20. p. 160-179, 2017.
- MARQUES DE CAMARGO, D. *Jurisdição crítica e direitos fundamentais*, 2. ed, Núria Fábri, Porto Alegre, 2010.
- MOURA BITTENCOURT, E. *O juiz*, 3. ed, Millenium, Campinas, 2002.
- MOYSÉS MOUSSALLEM, T. *Fontes do Direito Tributário*, Max Limonad, São Paulo, 2001.
- PINTO DO MONTE, J. P.; TINOCO DE GÓES, R. Da Constituição e do texto constitucional: análise filosófico-jurídica pós-positivista e hipótese de mutação constitucional democrática. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, [S. l.], v. 16, n. 1, 2024.
- PORTANOVA, R. *Princípios do Processo Civil*, 7. ed, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.
- RENATO NALINI, J. *O juiz e o acesso à justiça*, 2. ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.
- ROBERTO BARROSO, L. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*, Tradução Humberto Laport de Mello, 3. Reimp, Fórum, Belo Horizonte, 2014.
- ROBERTO BARROSO, L. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 4. ed, Saraiva, São Paulo, 2009.
- SECONDAT MONTESQUIEU, C. L. *Do espírito das leis*, Coleção 'Os Pensadores', Abril Cultural, São Paulo, 1985.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: *EDcl no MS 21.315*. Relatora Des. Conv. Dila Malerbi, DJ 08/06/2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula nº 279*. "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário". Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>. Acesso em 28 set. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *AI 747611 Agr.* Relatora Min. Carmem Lúcia. DJ 13/11/2009.

TARUFFO, M. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos, 1. ed, Marcial Pons, São Paulo, 2015.

THEODORO JUNIOR, H. *Curso de Direito Processual Civil*, 54. ed, Forense, Rio de Janeiro, 2013.

TULLIO LIEBMAN, E. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n. 8, p. 79-81, jan./mar. 1983.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 25. Núm. Extraordinario (2024), pp. 168-186
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Evolução constitucional do Direito à Proteção de Dados Pessoais no ordenamento jurídico brasileiro

Constitutional evolution of the Right to Personal Data Protection in the Brazilian legal system

Anderson Souza da Silva Lanzillo¹

Janine Praxedes do Nascimento Ribeiro de Andrade²

Thairone de Sousa Paiva³

Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Brasil)

Sumário: 1. Introdução; 2. A relevância socioeconômica dos dados pessoais na sociedade contemporânea. 3. A tutela infraconstitucional da proteção de dados pessoais no Brasil. 4. A proteção de dados pessoais como direito constitucional expresso. 4.1. Constitucionalismo digital e a Emenda 115. 4.2. Impactos e efeitos da EC 115. 5. Considerações finais. 6. Referências.

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2004), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2007) e doutorado em Estudos da Linguagem pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2016). Foi bolsista de graduação e de mestrado do Programa de Formação em Recursos Humanos em Direito do Petróleo e Gás, vinculado à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). Atualmente é professor associado do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Tem experiência na área de direito e linguagem, com ênfase em direito empresarial, direito e linguagem e direito, inovação e novas tecnologias, atuando principalmente nos seguintes temas: direito empresarial, direito e linguagem, direito, inovação e novas tecnologias. E-mail: adv.andersonss@gmail.com

² Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: janinejp2010@gmail.com. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/9150665095781493>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-4179-3632>.

³ Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Advogado (OAB/RN). Especialista em Direito Constitucional pela FAVENI. Especialista em Direito Empresarial pela Faculdade Futura. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: thaironepaiva@gmail.com

Resumo: Na sociedade da informação, a proteção de dados recebeu o status de direito fundamental com a promulgação da Emenda Constitucional nº 115/2022. Porém, no caso brasileiro, essa proteção não se afigurou desse modo desde o princípio, mas como direito inicialmente inexistente ou mesmo fragmentário, passando depois à previsão expressa no texto constitucional brasileiro. Assim, o objeto deste estudo é investigar como era tratada a proteção constitucional da tutela dos dados pessoais no contexto de ausência de um explícito direito fundamental autônomo. Para tanto, recorre-se à pesquisa básica, qualitativa e descritiva, com o objetivo geral de compreender o histórico evolutivo do direito fundamental à proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro, desde sua origem associada a outros direitos fundamentais até a sua positivação com a promulgação da Emenda Constitucional nº 115/2022. Os resultados indicam que a proteção de dados era abarcada pelo direito à privacidade e pelos direitos de personalidade com base na dignidade da pessoa humana e que, a partir da evolução das tecnologias da informação e comunicação, reconheceu-se implicitamente no sistema constitucional brasileiro o direito à proteção de dados, que somente foi inserido expressamente no texto constitucional com a EC 115/2022.

Palavras-chave: proteção de dados; direito fundamental; evolução constitucional.

Abstract: In the information society, data protection received the status of a fundamental right with the promulgation of Constitutional Amendment nº 115/2022. However, in the Brazilian case, this protection did not appear this way from the beginning, but as a right that was initially non-existent or even fragmentary, later being enshrined in the Brazilian constitutional text. Therefore, the object of this study is to investigate how the constitutional protection of personal data protection was treated in the context of the absence of an explicit autonomous fundamental right. To this end, basic, qualitative and descriptive research is used, with the general objective of understanding the evolutionary history of the fundamental right to the protection of personal data in the Brazilian legal system, from its origin associated with other fundamental rights to its positivization with the promulgation of Constitutional Amendment nº 115/2022. The results indicate that data protection was covered by the right to privacy and personality rights based on the dignity of the human person and that, based on the evolution of information and communication technologies, the right to to data protection, which was only expressly inserted in the constitutional text with EC 115/2022.

Keywords: data protection; fundamental right; constitutional evolution.

1 INTRODUÇÃO

Na sociedade da informação, os dados são um elemento essencial para o desenvolvimento das atividades humanas, já que tornou-se quase inconcebível - e por conseguinte viver - sem as tecnologias da informação e comunicação, que se utilizam de informações dos cidadãos para funcionar.

As redes sociais, o desbloqueio dos aparelhos celulares e o login nos aplicativos de instituições bancárias provam que as tarefas mais simples da vida cotidiana funcionam com base no tratamento de dados. Embora essas comodidades facilitem e aceleram a vida diária, também trazem sérios riscos, especialmente aqueles relacionados aos incidentes de vazamento de informações.

Diante desse contexto, a proteção e previsão de direitos a titulares de dados pessoais passou a ser vista como elemento fundamental das legislações contemporâneas, como atestam a *General Data Protection Regulation* (GDPR), vigente na União Européia, e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), marco legal do tema no Brasil.

No Constitucionalismo Brasileiro, porém, apenas bem recentemente, houve a previsão expressa desse direito como direito fundamental. No entanto, essa ausência não impediu a doutrina e mesmo os tribunais pátrios de discutir não apenas a existência, mas sua fundamentalidade constitucional.

Por isso, existe atualmente um intenso debate acerca da necessidade de proteção dos dados pessoais. Mas como se desenvolveu o direito fundamental à proteção de dados no ordenamento jurídico brasileiro?

Logo, essa é a problemática orientadora do presente estudo, cuja importância se associa à própria importância da proteção de dados: em um mundo interconectado, cuja base é a constante troca de informações, é imprescindível conhecer a origem do direito à proteção de dados, principalmente no decorrer da história constitucional e legislativa brasileira.

Assim, por meio de uma pesquisa básica, qualitativa e descritiva, cujo foco é a análise bibliográfica e documental, com base no estudo da Constituição Federal e de artigos e livros com foco na relação entre direitos fundamentais, constituição e proteção de dados, busca-se a compreensão acerca da evolução constitucional do direito à proteção de dados no ordenamento jurídico brasileiro, desde sua origem na Constituição de 1988 até a chegada da Emenda Constitucional nº 115/2022.

O objetivo geral deste estudo é compreender o histórico evolutivo do direito fundamental à proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro. Quanto aos objetivos específicos, voltam-se à (a) entender a origem da proteção de dados com base em seus precursores, quais sejam o direito à privacidade e à autodeterminação informativa relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana e (b) apresentar os aspectos da proteção de dados enquanto direito fundamental autônomo.

No que diz respeito à metodologia utilizada, recorreu-se à pesquisa de natureza básica cujo foco é a compreensão da evolução constitucional do direito à proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, recorre-se a uma abordagem teórica com base na análise e interpretação de teorias sobre o tema. Por isso, o nível da pesquisa é descritivo⁴, com vistas a visando identificar o processo de formação do direito fundamental em foco, desde a ideia do direito à privacidade até a promulgação da Emenda 115/2022, responsável pela criação do direito fundamental à proteção de dados.

Assim, trata-se de estudo qualitativo, uma vez que a análise realizada envolveu a interpretação dos dados não quantificáveis encontrados⁵, valendo-se de método bibliográfico e documental⁶ para elucidação da problemática apresentada. A pesquisa bibliográfica engloba o estudo de livros, artigos científicos, teses e dissertações pertinentes ao tema, fornecendo uma base teórica relevante, ao passo que a documental tem como foco a análise de documentos legais, como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e demais legislações a respeito do tema pesquisado.

2 A RELEVÂNCIA SOCIOECONÔMICA DOS DADOS PESSOAIS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Partindo do pressuposto de que os dados pessoais estão presentes desde as atividades mais primárias, como o desenvolvimento da linguagem e da comunicação humana, é evidente

⁴GIL, A. C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. Atlas, São Paulo, 2008.

⁵CRESWELL, J. W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto*. ARTMED, Porto Alegre, 2010.

⁶GIL, A. C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. Atlas, São Paulo, 2008.

que os mais variados dados e informações relativos a uma pessoa identificada ou identificável existem e são utilizados pelas sociedades desde muito antes da criação do Estado e de ordenamentos jurídicos dotados de inúmeras ferramentas de regulação da atividade humana.

Todavia, é somente no século XX que os sistemas jurídicos ao redor do mundo começam a buscar, de forma mais aprofundada e com a especialização que a temática exige, formas de regulamentar e de proteger os dados pessoais de seus cidadãos, tendo em vista que, ainda que tais informações sejam utilizadas cotidianamente pelas sociedades há milênios, é com o desenvolvimento da Sociedade da Informação que os dados pessoais passam a ter relevância jurídica suficiente para que haja um movimento jurídico-constitucional de regulamentação e de regulação dos dados pessoais.

Essa transformação na estrutura da sociedade contemporânea - que passa de um modelo de produção industrial para a atual Sociedade da Informação - decorre da utilização da tecnologia como o principal fator de produção. Assim, o próprio sistema capitalista, que demanda da sociedade um estilo de vida específico com limitações que moldam a forma de evolução humana e social, desloca a sua base de produção para o meio tecnológico, tornando o conhecimento a sua matéria prima mais essencial na contemporaneidade⁷.

Dessa forma, o ser humano contemporâneo carrega consigo o próprio valor de capital relevante na Sociedade da Informação: o seu próprio conhecimento. A inteligência e a imaginação são, na dinâmica social atual, instrumentos capazes de gerar valor financeiro que não se materializam e não ocupam espaços físicos⁸.

Se o conhecimento e a informação são valores relevantes para o capitalismo do século XXI, os dados pessoais seguem a mesma lógica produtiva. Isso porque, com a utilização das novas tecnologias no cotidiano das empresas e das instituições públicas, o uso de informações pessoais passou a ser essencial para que serviços sejam prestados de forma personalizada, grupos e comunidades possam ser mapeados e estudados com precisão, padrões de comportamento sejam identificados e dados sejam manipulados.

A informação, portanto, é passível de utilização no capitalismo tecnológico como recurso essencial para impulsionar novos desenvolvimento sociais e econômicos. Assim, valorar dados pessoais como mercadoria na Sociedade da Informação é compreender que de tais informações é capaz de extrair valor financeiro, permitindo a aquisição e a concentração de riqueza apenas ao trabalhar com fluxo de dados⁹.

Com isso, o cenário de Revolução Industrial que demandava a construção e a manutenção de grandes centros industriais é substituído por um modelo de produção capitalista minimalista, com o uso irrestrito das máquinas tecnológicas, sendo essa a mudança de eixo das relações sociais e econômicas que torna a Sociedade da Informação nítida na história da humanidade.

Ademais, a intangibilidade dos ativos financeiros também evidencia, por si só, a modificação da estrutura capitalista na Sociedade da Informação. Isso porque, enquanto máquinas têm uma capacidade restrita de produção de material tangível dotado de valor financeiro, os ativos financeiros possuem um potencial de multiplicação ilimitado, podendo

⁷DOWBOR, L. *O capitalismo se desloca: novas arquiteturas sociais*. Edições Sesc São Paulo, São Paulo, 2020.

⁸GORZ, A. *O imaterial: conhecimento, valor e capital*. Annablume, São Paulo, 2005.

⁹COSENZA, H. J. S. R.; MOURA, L. C. B. Escambo de dados pessoais: a polêmica da nova moeda. *Brazilian Journals of Business*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 1834-1849, jul./set. 2019.

ser empregados simultaneamente em múltiplos cenários econômicos e, quanto mais compartilhados forem, maior será o retorno financeiro¹⁰.

Essa relevância econômica traz ao modelo de produção capitalista contemporâneo a necessidade de priorizar a utilização de bens imateriais para auferir lucro nos mais variados mercados de fornecimento de bens e de serviços. É notável, inclusive, a transformação na perspectiva de inovação dentro do mercado financeiro, visto que, enquanto na década de 1980 as empresas estudavam os potenciais ativos tangíveis que ganhariam relevância nos próximos anos para focar em investimentos e em prospecção de mercado, no cenário atual as *big techs* e as empresas de produção tecnológica focam em pesquisa e mensuração de ativos intangíveis com o objetivo de dominar o capital intelectual relevante de cada momento da evolução tecnológica¹¹.

O impacto dos ativos intangíveis atinge, inclusive, o setor público, em face da imperiosa necessidade de se adaptar às evoluções tecnológicas que, ano a ano, geram mais impactos para a sociedade. Nesse sentido, a temática da governança eletrônica (ou e-governança), apesar de recente, se encaixa no contexto da utilização de instrumentos de tecnologia da informação ao buscar o desenvolvimento de meios de interação entre a máquina pública e o ambiente virtual, fomentando o uso de ferramentas de tecnologia da informação e da comunicação para se adaptar à Sociedade da Informação¹².

Todavia, o fornecimento e a manutenção dos produtos e serviços em ambiente virtual exige que os bancos de dados das empresas e organizações sejam capazes de coletar o máximo de dados e informações para manter relevância dentro do cenário tecnológico, para garantir precisão nos resultados de estudos mercadológicos e para fidelizar e agrupar o maior número de usuários possível, conforme demanda o modo de produção da Sociedade da Informação.

Assim, o mercado de dados pessoais, capaz de formar padrões e perfis de comportamento e de consumo, se torna um dos grandes mercados da economia contemporânea, resultando na adoção de comportamentos agressivos e prejudiciais de empresas e startups que buscam a todo o custo coletar e tratar dados pessoais para fins econômicos¹³.

Essa mudança comportamental neoliberalista, como foi apontado por Paulo Nogueira Batista¹⁴, gerou profundos impactos nas estruturas políticas e econômicas da sociedade, prejudicando valores morais, estimulando a desagregação social e causando a degradação material.

¹⁰OLIVEIRA, C. C.; BENEDICTO, G. C.; PRADO, J. W.; CALEGÁRIO, C. L. L. Relação entre Ativos Intangíveis e o Desempenho Econômico Superior: Um estudo do Setor Industrial Brasileiro. *XVIII USP International Conference In Accounting: Moving Accounting Forward*, São Paulo, p. 1-17, jul. 2018.

¹¹FARIAS, E. C.; SILVA, P. B. B.; SANTOS, C. S.. Propriedade Intelectual e Ativos Intangíveis: um estudo em companhias nordestinas de capital aberto. *Cadernos de Prospecção*, [S.L.], v. 16, n. 4, p. 1226-1239, mai. 2023.

¹²DIAS, T. F.; SANO, H.; MEDEIROS, M. F. M. *Inovação e tecnologia da comunicação e informação na administração pública*, Enap, Brasília, 2019.

¹³COSENZA, H. J. S. R.; MOURA, L. C. B. Escambo de dados pessoais: a polêmica da nova moeda. *Brazilian Journals of Business*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 1834-1849, jul./set. 2019.

¹⁴BATISTA, P. N. "O consenso de Washington: a visão neoliberal dos problemas latino-americanos", in: BATISTA, P. N. et al. *Em defesa do interesse nacional: desinformação e alienação do patrimônio público*, Paz e Terra, São Paulo, 1995.

Assim, entender que a cultura de monetização dos dados pessoais dos cidadãos é parte essencial do processo de evolução tecnológica dentro do modelo capitalista da Sociedade da Informação é fundamental para compreender a importância e a relevância da atuação de ordenamentos jurídicos e da própria comunidade internacional na busca por meios de regulação e de regulamentação das atividades que geram a coleta e a utilização de dados pessoais, sobretudo em um contexto em que há o reconhecimento constitucional da proteção de dados pessoais como um direito humano fundamental — como ocorre no Brasil e em outros países do ocidente.

Dessa maneira, a relevância econômica dos dados pessoais na sociedade contemporânea vai evoluindo gradativamente ao ponto em que se torna imprescindível o desenvolvimento de mecanismos de regulamentação da atuação de empresas e instituições públicas na coleta e utilização de informações pessoais.

No Brasil, a obra pioneira sobre a temática é de autoria de Patrícia Peck Pinheiro, "Direito Digital". Nela, o conceito de Direito Digital vê o ramo como a evolução do próprio Direito, abrangendo todas as áreas jurídicas, todavia, adotado o viés analítico sobre os impactos das tecnologias da informação e da comunicação em todas as esferas da atuação jurídica¹⁵.

O Direito Digital surge na contramão da atuação ilimitada das instituições e das pessoas que lidavam com as ferramentas tecnológicas sem que houvesse estudo, fiscalização e regulamentação adequados para garantir a ordem social e a tutela de direitos fundamentais. Por isso, o Direito Digital é o ramo jurídico que estuda as relações jurídicas cujo objeto é a utilização das tecnologias da informação e da comunicação, contexto esse que impera na sociedade contemporânea¹⁶.

É nessa vereda que o atual direito à proteção de dados vai se configurar. De acordo com Danilo Doneda, o direito à proteção de dados surge para dar ao cidadão a autonomia e o controle sobre suas próprias informações, reduzindo os riscos envolvidos no seu tratamento e regulando atividades que apresentam características nocivas aos dados pessoais e ao titular de tais informações¹⁷.

O paradigma da proteção de dados pessoais e a necessidade de regulamentação de novas vertentes jurídicas que surgem com a promoção da pesquisa e das discussões acerca da temática do Direito Digital evoluem para um debate jurídico-constitucional sobre as tecnologias. Isso porque é com o "Constitucionalismo Digital" que inicia-se o debate sobre a urgência da limitação do poder privado dentro do ambiente virtual, de forma a promover iniciativas jurídicas e políticas voltadas à tutela de direitos fundamentais dentro da internet, elevando o tema do Direito Digital para o patamar constitucional¹⁸.

Tendo em vista todo o panorama supramencionado, é evidente que a relevância dos dados pessoais como ativos financeiros intangíveis dentro da Sociedade da Informação mudou a forma como o Direito lida com as tecnologias da informação e da comunicação. A transformação da estrutura jurídica para abarcar, de forma urgente e ágil, um tema complexo

¹⁵PINHEIRO, P. P. *Direito Digital*. Saraiva, São Paulo, 2021.

¹⁶HOFFMANN-RIEM, W. *Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o direito*. Forense, Rio de Janeiro, 2022.

¹⁷DONEDA, D. Registro da sustentação oral no julgamento da ADI 6389, sobre a inconstitucionalidade do art. 2º, caput e §§1º e 3º da MP 954/2020. *Civillistica.com*, a. 9, n. 1, 2020.

¹⁸MENDES, G. F.; FERNANDES, V. O. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito*, [S.L.], v. 16, n. 1, p. 1, 5 out. 2020.

e que, até o final do século XX, não se encaixava em nenhum microssistema jurídico, mostra o impacto que os dados pessoais causaram e permanecem causando na ordem constitucional. Todavia, a necessidade de revisão dos estudos acerca da temática da monetização de dados pessoais existe e deve ser constante, sobretudo porque a mesma instabilidade que surgiu na esfera jurídica com o surgimento da digitalização do direito pode voltar a ocorrer caso surjam novas mudanças capazes de modificar o cenário atual de regulamentação e de regulação do Direito Digital.

3 A TUTELA INFRACONSTITUCIONAL DOS DADOS PESSOAIS NO BRASIL

Antes mesmo do surgimento de ferramentas tecnológicas de coleta e tratamento de dados pessoais, o ordenamento jurídico brasileiro já contava com diretrizes e normativas que tutelavam, ainda que indiretamente, os dados pessoais de seus cidadãos.

É mister ressaltar que o processo de regulamentação de atividades que envolvem a utilização de dados pessoais remonta ao final do século XX, sendo a Alemanha o país que se destacou pelo pioneirismo no fomento à discussão acerca da necessidade de tutelar os dados pessoais de seus cidadãos em face de atividades nocivas à dignidade da pessoa humana¹⁹.

O próprio Tribunal Constitucional alemão, no ano de 1983, reconheceu que avanços tecnológicos permitiam o processamento de dados em grandes proporções, o que dificultaria o trabalho de fiscalização de tais atividades e, portanto, poderia gerar riscos e ameaças aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Nesse sentido, a Corte alemã adotou a tese de que os cidadãos são titulares do direito de controlar a utilização de seus próprios dados pessoais, chamando-o de autodeterminação informacional (*informationelles Selbstbestimmung*)²⁰.

Esse recorte histórico é fundamental para compreender a proteção de dados pessoais como um direito autônomo e com características que o difere dos direitos à privacidade e à intimidade. Isso porque, antes mesmo da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira, o ordenamento jurídico brasileiro já previa a tutela da privacidade em várias normativas. A privacidade está prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos e também está fixada na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental²¹.

Ademais, a privacidade também está tutelada em outras leis nacionais, como no Código Civil, no Código Penal e no Código de Defesa do Consumidor. Para além disso, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), promulgado no ano de 2014, estendeu a proteção à privacidade com a inclusão da tutela da confidencialidade, da inviolabilidade da vida privada digital e dos direitos do usuário nos fluxos de tráfego da Internet²².

A expansão da proteção da privacidade ao longo dos anos traça para o legislador um caminho que irá ter como ponto final a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que finalmente regulamenta o direito dos titulares dos dados pessoais de ter suas informações protegidas, ao passo em que estabelece regras comuns para a atuação de instituições e de atividades econômicas que fazem uso de dados pessoais.

Contudo, a proteção aos dados pessoais não é introduzida no ordenamento jurídico brasileiro como um direito fundamental. Ao contrário da União Europeia, que ainda no ano 2000 introduziu o direito à proteção de dados pessoais no artigo 8º Carta dos Direitos

¹⁹SARLET, G. B. S.; CALDEIRA, C. O consentimento informado e a proteção de dados pessoais de saúde na internet: uma análise das experiências legislativas de Portugal e do Brasil para a proteção integral da pessoa humana. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 1-27, 2019.

²⁰DONEDA, D., 2020.

²¹FINKELSTEIN, M. E.; FINKELSTEIN, C. Privacidade e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 9, n. 23, p. 284-301, maio/ago. 2019.

²²FINKELSTEIN, M. E.; FINKELSTEIN, C. Privacidade e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 9, n. 23, p. 284-301, maio/ago. 2019.

Fundamentais da União Europeia²³, o Direito brasileiro teve como ponto de partida a promoção de legislações esparsas e de garantias fundamentais específicas no texto constitucional.

Cita-se, a título de exemplo, a previsão constitucional da garantia fundamental do *habeas data*. Sua previsão constitucional, - e igualmente sua previsão legal por meio da Lei nº 9.507/1997 - que decorre de um passado ditatorial que limitava os direitos dos cidadãos ao acesso à informação, prevê que qualquer cidadão pode fazer uso desse remédio constitucional para assegurar o conhecimento das informações relativas à pessoa do solicitante, permitindo que o próprio titular das informações tenha controle sobre os dados que estão em bancos de dados públicos²⁴.

O remédio constitucional, que não permite que o titular dos dados pessoais tenha domínio total sobre todas as suas informações — ausente, pois, a autodeterminação informacional nessa garantia constitucional —, limitou o direito dos titulares a acessar, a modificar e a excluir informações pessoais disponíveis apenas em bancos de dados públicos ou em instituições públicas. A utilização do *habeas data* também demanda, indubitavelmente, o acesso ao Poder Judiciário, levando os titulares dos dados pessoais a buscar a tutela jurisdicional antes de ser reconhecido o seu direito a controlar suas informações pessoais.

Dessa forma, ainda que bastante limitado, o *Habeas Data* introduziu no texto constitucional brasileiro a ferramenta que garante autonomia — ainda que limitada e prevista somente em situações bastante específicas — dos cidadãos sobre seus dados pessoais.

Os outros direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1998 antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 115/2022 também apresentavam uma abrangência que não necessariamente abarcava todas as situações em que há a necessidade de tutelar dados pessoais.

O direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, previsto no inciso X do artigo 5º, e o direito à inviolabilidade do sigilo de correspondência, de comunicações telegráficas, de dados e de comunicações telefônicas, previsto no inciso XII do artigo 5º, tutelam os indivíduos em hipóteses que há o nítido interesse em violar as informações privadas dos cidadãos. O direito à proteção de dados pessoais, por sua vez, não é uma mera evolução do direito à privacidade, mas tutela a dimensão relacional dos indivíduos, de forma que as decisões tomadas com a coleta e o tratamento de dados pessoais não ocasionam práticas nocivas, discriminatórias ou prejudiciais aos seus titulares, o que extrapola a seara do direito à privacidade²⁵.

Assim, identificar e analisar as normativas que tutelam a proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro de caráter infraconstitucional — anteriores, portanto, à Emenda Constitucional nº 115/2022 — permite compreender que o Direito brasileiro já protegia o titular dos dados pessoais em situações específicas, todavia, não contava ainda com um arcabouço normativo capaz de proteger os dados pessoais em todas as situações que exijam a sua tutela.

Para além dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal, o Código Civil de 2022 prevê, no seu artigo 21, que a vida privada da pessoa natural é inviolável, sendo a sua privacidade uma garantia jurídica que tutela os direitos da personalidade de cada indivíduo. Entretanto, as regras do Código Civil que regem e protegem os direitos da personalidade não abarcam todas as hipóteses de tutela dos dados pessoais, haja vista que não há o reconhecimento do direito do cidadão de ter poder sobre o controle de suas

²³DONEDA, D. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]*, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 91-108, 2011.

²⁴DALLARI, D. A. O *habeas data* no sistema jurídico brasileiro. *Revista de la Facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica Del Peru*, n. 51, 1997.

²⁵REINHARDT, J. Realizing the Fundamental Right to Data Protection in a Digitized Society. *Personality And Data Protection Rights On The Internet*, [S.L.], p. 55-68, 2022.

informações pessoais²⁶. Assim, a proteção está apenas na esfera da vida privada, não refletindo em contextos em que não há a característica da privacidade e da intimidade no caso concreto.

A Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), por sua vez, se destaca como uma legislação infraconstitucional, anterior à LGPD, que também previa formas de tutelar os dados pessoais. Todavia, tal normativa regulamenta a atuação da Administração Pública frente à necessidade de garantir a transparência e acessibilidade dos serviços e das informações de natureza pública. Dessa forma, para garantir uma atuação segura e coerente com os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, a LAI determina que o gestor público realize um juízo de necessidade para determinar quais dados devem ser fornecidos ao usuário, evidenciando, portanto, o caráter protecionista da LAI em face da proteção de dados pessoais²⁷.

A concessão de informações para os usuários dos serviços públicos também deve atender aos interesses da coletividade. Logo, a LAI, ao ponderar o dever da Administração Pública de garantir a transparência e a publicidade de suas atividades, também fixa diretrizes que demandam ao gestor público a atenção às finalidades da publicização dos dados utilizados pelo Poder Público. Verifica-se, assim, que a legislação de acesso à informação pela Administração Pública regulamenta, ainda que indiretamente, a proteção dos dados pessoais utilizados pela máquina pública, haja vista as limitações previstas para que o gestor público assegure a tutela dos direitos dos titulares das informações pessoais que estão sob a posse da Administração Pública²⁸.

No entanto, a legislação que iniciou o movimento legiferante de regulamentação do ambiente virtual, o Marco Civil da Internet, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro uma maior amplitude da tutela dos dados pessoais dos cidadãos, haja vista a regulação da atividade de fornecedores e de provedores de sítios eletrônicos de forma a resguardar direitos de usuários da internet.

O Marco Civil da Internet é a legislação que inaugura o direito dos usuários da internet de serem indenizados por danos causados no ambiente virtual²⁹. Dessa maneira, um usuário que tem a sua privacidade violada por um provedor de internet ou por um fornecedor de serviço on-line pode recorrer ao Poder Judiciário para ter a devida reparação civil pelos danos causados no ciberespaço.

Por mais que o Marco Civil da Internet cite, no artigo 11, o dever de respeitar a proteção de dados pessoais, é evidente que a legislação, à época de sua promulgação, não regulava de forma concreta as definições, as permissões e os limites da coleta e utilização dos dados pessoais de seus usuários³⁰.

Da mesma forma, as demais legislações supramencionadas também não supriam a necessidade de uma regulamentação própria para a proteção de dados pessoais. O texto constitucional, o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Acesso à Informação e o Marco Civil da Internet, bem como outras leis esparsas, não garantiam aos

²⁶COSTA, R. S.; OLIVEIRA, S.R. Os direitos da personalidade frente à sociedade de vigilância: privacidade, proteção de dados pessoais e consentimento nas redes sociais. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, [S.L.], v. 5, n. 2, p. 22, 20 dez. 2019.

²⁷BIONI, B. R.; SILVA, P. G. F.; MARTINS, P. B. L. Intersecções e relações entre a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a Lei de Acesso à Informação (LAI): análise contextual pela lente do direito de acesso. *Cadernos Técnicos da CGU*, [s. l], v. 1, p. 8-19, mar. 2022.

²⁸LIMBERGER, T. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a Lei de Acesso à Informação Pública (LAI): um diálogo (im)possível? As influências do direito europeu. *Revista de Direito Administrativo*, [S.L.], v. 281, n. 1, p. 113-144, 28 abr. 2022.

²⁹JESUS, D.; MILAGRE, J. A. *Marco Civil da Internet: comentários à Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Saraiva, São Paulo, 2014.

³⁰CARDOSO, C. M.; RÉGIS, J. C. Direito Comparado: LGPD e o Marco Civil da Internet. *Revista de Direito*, [S.L.], v. 16, n. 01, p. 01-23, 6 mar. 2024.

cidadãos o devido controle sobre seus dados pessoais, visto que buscavam regular a tutela das informações pessoais em âmbitos diferentes, com propósitos distintos, mas não lograram êxito em abordar todas as hipóteses de coleta e utilização de dados pessoais, ainda que algumas das leis citassem diretamente a previsão de proteção desses dados.

Esse cenário de ausência de normativa específica para a proteção de dados pessoais, aliado ao contexto de elaboração e de promulgação do Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) da União Europeia (UE), motivou a classe jurídica a promover discussões e a produzir, em âmbito nacional, o próprio código de regulamentação de dados pessoais. Assim, surgiu, no ano de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) do Brasil.

Com a LGPD, o direcionamento normativo necessário para garantir a tutela dos dados pessoais dos cidadãos foi garantido. Isso porque a normativa definiu e limitou os aspectos conceituais de dados pessoais, regulamentou a atuação de entes públicos e privados face à utilização de dados pessoais, bem como adotou uma postura preventiva, evitando e antecipando eventos nocivos aos titulares de dados pessoais antes que eles aconteçam, dirimindo, portanto, os danos possíveis aos cidadãos que têm seus dados pessoais violados³¹.

Ademais, o movimento nacional de adoção de uma cultura de proteção de dados também resultou na criação da autarquia federal Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), que, regulamentada pela Lei nº 13.853/2019, surgiu com o propósito de aplicar a LGPD e garantir a fiscalização e a regulação das atividades que fazem uso de dados pessoais.

Para além disso, à ANPD também foi dado o importante papel de definir diretrizes específicas sobre a aplicação da LGPD, sobretudo em casos em que a legislação de proteção de dados não fornece clareza e concordância suficiente na sua aplicação. O artigo 55-J da LGPD define as diversas competências da ANPD, que vão de atos de comunicação entre órgãos até a elaboração de normas e regulamentos sobre proteção de dados pessoais.

Todavia, em nenhum momento do processo de evolução normativa da proteção de dados pessoais, até a promulgação da LGPD, houve o reconhecimento legislativo do direito à tutela dos dados pessoais como um direito fundamental, como já era reconhecido pela União Europeia. Assim, mesmo utilizando a RGPD como base para produzir a lei nacional de proteção de dados pessoais, o Brasil ainda não havia adotado postura semelhante à União Europeia de reconhecer o direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo e diferente dos direitos à privacidade e à intimidade.

Vai ser no âmbito do Supremo Tribunal Federal que o direito à proteção de dados pessoais teve o seu reconhecimento como um direito fundamental autônomo. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387, a Suprema Corte reconheceu a proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo ao asseverar que, naquele contexto, já existiam riscos derivados do avanço tecnológico que exigiam uma tutela específica para os cidadãos³². Não houve, à época, mudança no texto constitucional, mas a manifestação do poder constituinte difuso introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o direito fundamental à proteção de dados pessoais.

Entretanto, a transformação do sistema constitucional brasileiro de forma a abarcar as mudanças trazidas pela internet era inevitável. A inserção de um instrumento de comunicação desmoderado e poderoso como a internet no meio social impactou e permanece impactando a ordem constitucional, exigindo dos legisladores a imposição de limites sobre o poder das tecnologias³³.

³¹PINTO, B. A. C.; SAMPAIO, G. M. Ambientes de inovação e responsabilidade na LGPD: um olhar sobre o parque tecnológico da Bahia. *Brazilian Journal Of Development*, [S.L.], v. 7, n. 7, p. 69939-69955, 11 jul. 2021.

³²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387*, rel. Min. Rosa Weber, Brasília, 07 mai. 2020.

³³SIMONCINI, A. The Constitutional Dimension of the Internet. Some Research Paths. *EUI Department of Law Research Paper*, n. 16, 2016.

O impacto causado pelas novas tecnologias e pelo advento da internet tornaram a evolução normativa sobre a proteção dos dados pessoais algo imprescindível para o ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, diante da ausência de uma modificação no texto constitucional que desse ao direito à proteção de dados pessoais a visibilidade necessária, fez com que outras instituições não responsáveis pela atividade legiferante de modificação do texto constitucional — como a Suprema Corte — tomassem o protagonismo nesse movimento. A modificação do texto constitucional, por sua vez, ocorre somente dois anos após o julgamento da ADI nº 6.387, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 115/2022, que será objeto de análise no capítulo seguinte.

4 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO CONSTITUCIONAL

Conforme outrora evidenciado, a legislação infraconstitucional brasileira, notadamente a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), foi responsável por inaugurar a discussão sobre a proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico nacional, através do estabelecimento de diretrizes, regras e princípios voltados a resguardar as informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável.

No entanto, os debates sobre a importância dessa temática ao redor do mundo já estavam avançados, de modo que, ao longo da história, foram desenvolvidas cerca de três linhas de entendimento no que diz respeito à natureza jurídica da proteção de dados. A primeira delas associa a proteção de dados pessoais à autodeterminação informativa como desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, já que cada indivíduo deve ser informado acerca da finalidade para a qual está cedendo dados pessoais, para que tenha plena liberdade de decidir sobre a divulgação e utilização de tais informações³⁴.

Esse conceito foi desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 1983, ao julgar a Lei do Censo do país, que não previa somente o levantamento do número de habitantes, mas também a coleta de outros dados pessoais. Depois de inúmeras reclamações constitucionais, a Corte entendeu que decidiu que os cidadãos têm a capacidade de determinar se os seus dados são divulgados e o uso a que se destina.³⁵

Embora alguns autores sustentem que o fundamento constitucional da tutela dos dados pessoais seja esse princípio da dignidade da pessoa humana, utilizando-se como justificativa o argumento de que os dados pessoais estariam diretamente ligados à personalidade do indivíduo, protegida pela dignidade do ser humano³⁶, a autodeterminação informativa só foi utilizada como base constitucional para a proteção de dados no Brasil em 2020.

Na ocasião, a Corte Constitucional Brasileira julgou uma medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387, relacionada à análise da constitucionalidade da Medida Provisória nº 954/2020, especialmente no que dizia respeito ao compartilhamento de dados pessoais entre prestadoras de serviços de telefonia e o Instituto Brasileiro de Geografia

³⁴ANDRADE, J. P. N. R. *Funções dos órgãos de proteção de dados: um estudo comparativo entre a autoridade nacional de proteção de dados (ANPD) e o comitê europeu de proteção de dados (CEPD)*. 2023. 59 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2023. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/53165>. Acesso em: 29 dez. 2023.

³⁵NOGUEIRA, F. A. C. e M.; FONSECA, M. L. O consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados: autonomia privada e o consentimento livre, informado, específico e expresso. In: GROSSI, Bernardo Menicucci (org.). *Lei Geral de Proteção de Dados: uma análise preliminar da lei 13.709/2018 e da experiência de sua implantação no contexto empresarial*. Editora Fi, Porto Alegre, 2020.

³⁶PINTO, B. A. C.; SAMPAIO, G. M. Ambientes de inovação e responsabilidade na LGPD: um olhar sobre o parque tecnológico da Bahia. *Brazilian Journal Of Development*, [S.L.], v. 7, n. 7, p. 69939-69955, 11 jul. 2021.

e Estatística (IBGE), e reconheceu a autodeterminação informativa como direito fundamental implícito.³⁷

Outra linha de entendimento estabelece que os dados pessoais dos cidadãos devem ser protegidos em decorrência do direito fundamental à privacidade, já que estariam fortemente ligados à personalidade e ao seu desenvolvimento³⁸. Ou seja, a proteção de dados estaria inserida no contexto da esfera privada de um indivíduo, que não deveria ser objeto de invasões por parte do Estado ou mesmo da sociedade, numa clara visão patrimonialista e individualista.

Essa teoria vigorou no ordenamento jurídico brasileiro por muito tempo, uma vez que a Constituição Federal de 1988 trouxe expressamente em seu texto o direito fundamental à privacidade, ao prever a inviolabilidade da intimidade, da vida privada da honra e da imagem dos cidadãos³⁹.

Não somente isso, mas a Constituição também já previa o sigilo das comunicações de dados, da correspondência e das comunicações telefônicas e telegráficas, bem como a salvaguarda parcial e indireta da proteção de dados por meio do habeas data, cujo principal objetivo seria assegurar ao titular de dados o conhecimento e retificação de suas informações pessoais⁴⁰. Assim, por muito tempo, a ordem constitucional brasileira não contemplou expressamente um direito fundamental à proteção de dados dos cidadãos, mas deduziu-o do direito à privacidade.

Com o desenvolvimento de normativas específicas para regular a situação da Sociedade da Informação, como a Lei Geral de Proteção de Dados e a *General Data Protection Regulation* (GDPR), o foco agora não é somente a privacidade ou a dignidade da pessoa humana, iniciando-se uma terceira linha de compreensão da proteção de dados: a de que ela é um direito por si só.

O fortalecimento do conceito de um direito fundamental específico no Brasil foi reflexo da atividade do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI nº 6.387, que reconheceu a existência desse direito autônomo e implícito, ao lado da autodeterminação informativa, por meio da análise da constitucionalidade da Medida Provisória nº 954/2020⁴¹.

Embora a existência do direito fundamental à proteção de dados pessoais não fosse negada na comunidade jurídica brasileira⁴², especialmente após o julgamento anteriormente comentado, foi reconhecida a necessidade de revesti-la de status constitucional a partir de sua inclusão no texto da Carta Magna para que figurasse ao lado dos demais direitos previstos no rol art. 5º⁴³.

³⁷SARLET, I. W. O Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais na Constituição Federal Brasileira de 1988. *Privacy and Data Protection Magazine*, online, n. 01, p. 12-49. 2021.

³⁸DONEDA, D. C. M. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados. Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2020.

³⁹SARLET, I. W. O Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais na Constituição Federal Brasileira de 1988. *Privacy and Data Protection Magazine*, online, n. 01, p. 12-49. 2021.

⁴⁰SARLET, I. W. Proteção de Dados Pessoais como Direito Fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988: Contribuições para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, v. 42, n. 14, p. 179-218, jan./jun. 2020.

⁴¹SARLET, I. W. O Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais na Constituição Federal Brasileira de 1988. *Privacy and Data Protection Magazine*, online, n. 01, p. 12-49. 2021.

⁴²MARTINS, R. M. Proteção de dados, competências dos entes federativos e a Emenda Constitucional n. 115/22. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 645-658, set./ dez. 2022.

⁴³MACEDO, C. S. de. Direito fundamental à proteção de dados pessoais: necessário reprimir a normatividade tecnológica da economia digital. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 24, n. 134, p. 660-667, Set./Dez. 2022.

O fundamento para tanto é simples: a Constituição não se trata tão somente de um texto normativo, mas é todo o fundamento de validade do ordenamento jurídico infraconstitucional, representando um dos sustentáculos de uma sociedade democrática e justa.⁴⁴

Some-se a isso o fato de que a matéria da proteção de dados pessoais ainda não tinha se tornado uma cultura amplamente praticada no Brasil⁴⁵, de modo que passou a ser necessário elevá-lo à condição de direito expressamente previsto, com o objetivo de revesti-lo da importância devida.

Esse direito surge para dar autonomia ao cidadão, colocando-o sob controle dos próprios dados e reduzindo os riscos do tratamento, já que possibilita a análise e verificação de fins e meios de tratamentos legítimos, por meio da clareza e transparência no processo de coleta e utilização das informações⁴⁶. Assim, a proteção de dados pessoais somente de mais um direito qualquer, mas é visto hoje como o expressivo da condição humana, uma vez que as mudanças referentes à matéria chegam até mesmo a afetar o grau de democracia que podemos ter⁴⁷.

Nesse sentido, pontua-se que, mesmo que o sistema constitucional pátrio seja considerado rígido e burocrático para proteger a soberania estatal, ainda assim permite modificações formais com o objetivo de transparecer mudanças e valores políticos, sociais e culturais, por meio de procedimentos de modificação formal do texto constitucional⁴⁸. Por isso, seguindo todo o processo formal necessário, foi promulgada em 10/02/2022 a Emenda Constitucional nº 115, que cumpriu sua função didática de tornar expresso o anteriormente implícito direito fundamental à proteção de dados pessoais⁴⁹.

É importante, no entanto, entender o contexto em que essa emenda foi desenvolvida. Resumidamente, os avanços tecnológicos vivenciados na pós-modernidade levaram ao surgimento de uma economia digital e consequentemente de uma Sociedade de Dados⁵⁰, já que baseiam na coleta e utilização massiva dos dados pessoais, que - por sua vez - tornaram-se ativos monetizados, independentes e estratégicos do Capitalismo de Vigilância⁵¹.

⁴⁴PINTO DO MONTE, J. P.; TINOCO DE GÓES, R. Da Constituição e do texto constitucional: análise filosófico-jurídica pós-positivista e hipótese de mutação constitucional democrática. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, [S. l.], v. 16, n. 1, 2024.

⁴⁵FINKELSTEIN, M. E.; FINKELSTEIN, C. Privacidade e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 23, n. 9, p. 284-301, Mai./Ago. 2019.

⁴⁶DONEDA, D. Registro da sustentação oral no julgamento da ADI 6389, sobre a inconstitucionalidade do art. 2º, caput e §§1º e 3º da MP 954/2020. *Civilistica.com*, a. 9, n. 1, 2020.

⁴⁷SARLET, G. B. S.; CALDEIRA, C. O consentimento informado e a proteção de dados pessoais de saúde na internet: uma análise das experiências legislativas de Portugal e do Brasil para a proteção integral da pessoa humana. *Civilistica.com*, a. 8, n. 1, 2019.

⁴⁸PAIVA, T. de S.; LANZILLO, A. S. da S. Proteção de dados pessoais no Brasil: os limites da regulamentação e da regulação da LGPD no constitucionalismo digital brasileiro. *Revista Controle*, Fortaleza, v. 22, n.1, p. 239-262, jan./jun. 2024. p. 242.

⁴⁹MARTINS, R. M. Proteção de dados, competências dos entes federativos e a Emenda Constitucional n. 115/22. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 645-658, set./ dez. 2022.

⁵⁰SMICHOWSKI, B. C. et al. Data-Driven Economy: challenges and opportunities. *Intereconomic. Review of European Economic Policy*, v. 54, n. 4, 2019.

⁵¹ZUBOFF, S. *The Age of Surveillance Capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. Public Affairs, Nova Iorque, 2020.

Ou seja, a ampliação do uso das novas Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) e a transição da vivência humana de um ambiente físico para um virtual dela decorrente aumentaram as atividades de tratamento de dados pessoais⁵² ao ponto de criar não somente um novo modelo econômico, mas uma nova estrutura social, denominada de informacionalismo. Nele, as tecnologias assumem um papel de destaque em todas as áreas da vida humana, tornando-se ferramentas essenciais para manipulação da informação e construção do conhecimento, de modo que a geração, processamento e transmissão de dados se configura como a principal fonte de produtividade e poder⁵³.

As mudanças oriundas da revolução 4.0 foram tão profundas que nem mesmo os sistemas constitucionais passaram ilesos: o constitucionalismo digital é prova de que as novas tecnologias modificaram a forma como o Estado atua e se conecta com seus cidadãos⁵⁴. Trata-se de um movimento que traduz e adapta valores e princípios constitucionais existentes para as peculiaridades da sociedade digital contemporânea, reconhecendo o papel que a tecnologia digital desempenhou recentemente como principal catalisador da mudança no ambiente constitucional⁵⁵.

Apesar de, inicialmente, focar na defesa da limitação do poder privado de atores da internet, reafirmando o poder estatal, abrange hoje variadas iniciativas jurídicas e políticas, estatais e não-estatais, com o objetivo maior de concretização dos direitos fundamentais frente à expansão do meio digital⁵⁶.

Assim, o constitucionalismo digital se configura como um sistema regulador e regulamentador do Estado, que orienta à adoção de ferramentas para garantir a tutela dos dados pessoais, exigindo dinamicidade da máquina estatal dinamicidade para responder aos possíveis riscos aos direitos fundamentais frente à utilização de dados pessoais por entes públicos e privados⁵⁷.

Sob esse prisma, a promulgação da EC nº 115/2022 é um claro exemplo de exercício do constitucionalismo digital: entendendo que a constituição ultrapassa o texto constitucional e retrata a realidade histórico-social, principalmente, dos valores e elementos fundantes da sociedade⁵⁸, o constituinte derivado acrescentou à letra da Constituição Federal de 1988 o direito fundamental à proteção de dados pessoais, a competência da União para organização

⁵²PAIVA, T. de S.; LANZILLO, A. S. da S. Proteção de dados pessoais no Brasil: os limites da regulamentação e da regulação da LGPD no constitucionalismo digital brasileiro. *Revista Controle*, Fortaleza, v. 22, n.1, p. 239-262, jan./jun. 2024.

⁵³SARLET, G. B. S.; CALDEIRA, C. O consentimento informado e a proteção de dados pessoais de saúde na internet: uma análise das experiências legislativas de Portugal e do Brasil para a proteção integral da pessoa humana. *Civilistica.com*, a. 8, n. 1, 2019.

⁵⁴PAIVA, T. de S.; LANZILLO, A. S. da S. Proteção de dados pessoais no Brasil: os limites da regulamentação e da regulação da LGPD no constitucionalismo digital brasileiro. *Revista Controle*, Fortaleza, v. 22, n.1, p. 239-262, jan./jun. 2024.

⁵⁵CELESTE, E. Constitucionalismo digital: mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, a. 15, n. 45, p. 63-91, jul./dez. 2021.

⁵⁶MENDES, G. F.; FERNANDES, V. O. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito*, [S.L.], v. 16, n. 1, p. 1, 5 out. 2020.

⁵⁷PAIVA, T. de S.; LANZILLO, A. S. da S. Proteção de dados pessoais no Brasil: os limites da regulamentação e da regulação da LGPD no constitucionalismo digital brasileiro. **Revista Controle**, Fortaleza, v. 22, n.1, p. 239-262, jan./jun. 2024.

⁵⁸PINTO DO MONTE, J. P.; TINOCO DE GÓES, R. Da Constituição e do texto constitucional: análise filosófico-jurídica pós-positivista e hipótese de mutação constitucional democrática. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, [S. l.], v. 16, n. 1, 2024.

e fiscalização do referido direito e para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais⁵⁹.

Como visto anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro - seja por meio de leis infraconstitucionais, seja por meio do tribunal constitucional - já havia entendido pela existência de um direito autônomo à proteção de dados pessoais. O problema é que, ainda assim, a matéria da proteção de dados pessoais ainda não virou uma cultura amplamente praticada no Brasil⁶⁰, de modo que passou a ser necessário elevá-lo à condição de direito expressamente previsto, com o objetivo de revesti-lo da importância devida.

Esse direito surge para dar autonomia ao cidadão, colocando-o sob controle dos próprios dados e reduzindo os riscos do tratamento, já que possibilita a análise e verificação de fins e meios de tratamentos legítimos, por meio da clareza e transparência no processo de coleta e utilização das informações⁶¹. Assim, a proteção de dados pessoais somente de mais um direito qualquer, mas é visto hoje como o expressivo da condição humana, uma vez que as mudanças referentes à matéria chegam até mesmo a afetar o grau de democracia que podemos ter⁶².

Ou seja, a chegada da Emenda Constitucional nº 115/2022, enquanto reflexo do constitucionalismo digital, tem sido essencial para demonstrar a importância do direito à proteção de dados pessoais na sociedade de dados. Isso porque, uma vez reconhecido formalmente o direito à proteção de dados pessoais, ele adquire características que podem influenciar no desenvolvimento de uma cultura de zelo pelas informações dos cidadãos: historicidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade, relatividade e universalidade⁶³.

Além disso, passa a ser uma cláusula pétrea, nos termos do art. 60, 4º, IV, da Constituição Federal, de modo que se torna imutável e parâmetro do controle de constitucionalidade das normativas infraconstitucionais, seja de forma difusa, seja de modo concentrado⁶⁴. Por fim, ao se transformar oficialmente em direito constitucional, a proteção de dados irradia deixar de ser aplicada somente aos entes privados e às atividades de tratamento cujo objetivo seja o lucro, passando a alcançar todas as relações públicas e privadas, com eficácia horizontal, diagonal e até mesmo vertical⁶⁵.

⁵⁹DAMASCENO, G. P. M.; BALBINO, A. F. .; BORGES, I. V. Os direitos fundamentais de personalidade na era digital à luz da Constituição Federal e da Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, [S. l.], v. 14, n. 2, p. 98-114, 2023. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/28948>. Acesso em: 10 jun. 2024.

⁶⁰FINKELSTEIN, M. E.; FINKELSTEIN, C. Privacidade e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 23, n. 9, p. 284-301, Mai./Ago. 2019.

⁶¹DONEDA, D. Registro da sustentação oral no julgamento da ADI 6389, sobre a inconstitucionalidade do art. 2º, caput e §§1º e 3º da MP 954/2020. *Civilistica.com*, a. 9, n. 1, 2020.

⁶²SARLET, G. B. S.; CALDEIRA, C. O consentimento informado e a proteção de dados pessoais de saúde na internet: uma análise das experiências legislativas de Portugal e do Brasil para a proteção integral da pessoa humana. *Civilistica.com*, a. 8, n. 1, 2019.

⁶³ MACEDO, C. S. de. Direito fundamental à proteção de dados pessoais: necessário reprimir a normatividade tecnológica da economia digital. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 24, n. 134, p. 660-667, Set./Dez. 2022.

⁶⁴Ibidem.

⁶⁵Scheuermann, G. F. Dados pessoais como um direito fundamental autônomo a partir da Emenda Constitucional nº 115/2022, *Revista da Defensoria Pública*, Porto Alegre, a. 14, v. 2, n. 33, p. 253-274, 2023.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o desenvolvimento das tecnologias da informação e a consequente atribuição de valor aos dados pessoais, que se tornaram importantes ativos na Sociedade da Informação, o ordenamento jurídico pátrio entendeu a importância do direito à proteção de dados pessoais.

Inicialmente, a tutela dos dados pessoais no Brasil se deu pelo desenvolvimento de normativas infraconstitucionais, sob o prisma da proteção da privacidade, intimidade e até mesmo da honra, por meio do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor, da Lei de Acesso à Informação e do Marco Civil da Internet. Especificamente tratando sobre a proteção de dados pessoais, foi desenvolvida a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que inaugurou os debates sobre a importância da proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro de forma direta.

Até então, discutia-se que a proteção de dados pessoais estava abarcada ora pelo direito à privacidade, ora pela autodeterminação informativa. Os defensores da primeira linha utilizavam como base a previsão na CF/88 do direito fundamental à privacidade, ao prever a inviolabilidade da intimidade, da vida privada da honra e da imagem dos cidadãos e do sigilo das comunicações de dados, da correspondência e das comunicações telefônicas e telegráficas, bem como a salvaguarda parcial e indireta da proteção de dados por meio do habeas data, cujo principal objetivo seria assegurar ao titular de dados o conhecimento e retificação de suas informações pessoais.

Enquanto os seguidores da segunda, colocavam que a Corte Constitucional Brasileira reconheceu a existência do direito implícito à autodeterminação informativa, por meio de julgamento de medida cautelar na ADI nº 6.387, relacionada à análise da constitucionalidade da Medida Provisória nº 954/2020, especialmente no que dizia respeito ao compartilhamento de dados pessoais entre prestadoras de serviços de telefonia e o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

No entanto, a mesma ADI nº 6.387 foi responsável pela reconhecimento do direito autônomo e implícito à proteção de dados pessoais, ao menos de maneira informal. Para concretizar esse entendimento, a Emenda Constitucional nº 115/2022 acresceu o inciso LXXIX ao rol do art. 5º da CF/88, estabelecendo que “*é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais*”.

A mudança teve a função didática de tornar expresso o anteriormente implícito direito fundamental à proteção de dados pessoais, visando a criação de uma cultura de proteção de dados, uma vez que o status constitucional dá a esse direito algumas características clássicas essenciais a sua força no ordenamento jurídico: historicidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade, relatividade e universalidade.

Assim, o que se visualiza com o presente estudo é que, após uma longa jornada para a sua entrada no texto formal da constituição, finalmente o direito à proteção de dados pessoais se encontra devidamente inserido na realidade jurídica e constitucional brasileira, de onde extrai força normativa para influenciar as relações privadas e públicas.

6 BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, J. P. N. R. *Funções dos órgãos de proteção de dados: um estudo comparativo entre a autoridade nacional de proteção de dados (ANPD) e o comitê europeu de proteção de dados (CEPD)*. 2023. 59 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2023. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/53165>. Acesso em: 29 dez. 2023.

- BATISTA, P. N. "O consenso de Washington: a visão neoliberal dos problemas latino-americanos", in: BATISTA, P. N. et al. *Em defesa do interesse nacional: desinformação e alienação do patrimônio público*, Paz e Terra, São Paulo, 1995.
- BIONI, B. R.; SILVA, P. G. F.; MARTINS, P. B. L. Intersecções e relações entre a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a Lei de Acesso à Informação (LAI): análise contextual pela lente do direito de acesso. *Cadernos Técnicos da CGU*, [s. l.], v. 1, p. 8-19, mar. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387*, rel. Min. Rosa Weber, Brasília, 07 mai. 2020.
- CARDOSO, C. M.; RÉGIS, J. C. Direito Comparado: LGPD e o Marco Civil da Internet. *Revista de Direito*, [S.L.], v. 16, n. 01, p. 01-23, 6 mar. 2024.
- CELESTE, E. Constitucionalismo digital: mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, a. 15, n. 45, p. 63-91, jul./dez. 2021.
- CRESWELL, J. W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto*. ARTMED, Porto Alegre, 2010.
- COSENZA, H. J. S. R.; MOURA, L. C. B. Escambo de dados pessoais: a polêmica da nova moeda. *Brazilian Journals of Business*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 1834-1849, jul./set. 2019.
- COSTA, R. S.; OLIVEIRA, S.R. Os direitos da personalidade frente à sociedade de vigilância: privacidade, proteção de dados pessoais e consentimento nas redes sociais. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, [S.L.], v. 5, n. 2, p. 22, 20 dez. 2019.
- DALLARI, D. A. O habeas data no sistema jurídico brasileiro. *Revista de la Facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica Del Peru*, n. 51, 1997.
- DAMASCENO, G. P. M.; BALBINO, A. F. .; BORGES, I. V. Os direitos fundamentais de personalidade na era digital à luz da Constituição Federal e da Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, [S. l.], v. 14, n. 2, p. 98-114, 2023. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/28948>. Acesso em: 10 jun. 2024.
- DIAS, T. F.; SANO, H.; MEDEIROS, M. F. M. *Inovação e tecnologia da comunicação e informação na administração pública*, Enap, Brasília, 2019.
- DONEDA, D. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]*, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 91-108, 2011.
- _____. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados*. Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2020.
- _____. Registro da sustentação oral no julgamento da ADI 6389, sobre a inconstitucionalidade do art. 2º, caput e §§1º e 3º da MP 954/2020. *Civilistica.com*, a. 9, n. 1, 2020.
- FARIAS, E. C.; SILVA, P. B. B.; SANTOS, C. S.. Propriedade Intelectual e Ativos Intangíveis: um estudo em companhias nordestinas de capital aberto. *Cadernos de Prospecção*, [S.L.], v. 16, n. 4, p. 1226-1239, mai. 2023.
- FINKELSTEIN, M. E.; FINKELSTEIN, C. Privacidade e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 23, n. 9, p. 284-301, Mai./Ago. 2019.
- GIL, A. C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. Atlas, São Paulo, 2008.
- GORZ, A. *O imaterial: conhecimento, valor e capital*. Annablume, São Paulo, 2005.
- HOFFMANN-RIEM, W. *Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o direito*. Forense, Rio de Janeiro, 2022.
- JESUS, D.; MILAGRE, J. A. *Marco Civil da Internet: comentários à Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Saraiva, São Paulo, 2014.

- LIMBERGER, T. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a Lei de Acesso à Informação Pública (LAI): um diálogo (im)possível? As influências do direito europeu. *Revista de Direito Administrativo*, [S.L.], v. 281, n. 1, p. 113-144, 28 abr. 2022.
- MACEDO, C. S. de. Direito fundamental à proteção de dados pessoais: necessário reprimir a normatividade tecnológica da economia digital. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 24, n. 134, p. 660-667, Set./Dez. 2022.
- MARTINS, R. M. Proteção de dados, competências dos entes federativos e a Emenda Constitucional n. 115/22. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 645-658, set./ dez. 2022.
- MENDES, G. F.; FERNANDES, V. O. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito*, [S.L.], v. 16, n. 1, p. 1, 5 out. 2020.
- MENKE, F. A Proteção de Dados e o Direito Fundamental à Garantia da Confidencialidade e da Integridade dos Sistemas Técnico-informacionais no Direito Alemão. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, a. 5, n. 1, p. 781-809, 2019.
- NOGUEIRA, F. A. C. e M.; FONSECA, M. L. O consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados: autonomia privada e o consentimento livre, informado, específico e expresso. In: GROSSI, Bernardo Menicucci (org.). *Lei Geral de Proteção de Dados: uma análise preliminar da lei 13.709/2018 e da experiência de sua implantação no contexto empresarial*. Editora Fi, Porto Alegre, 2020.
- OLIVEIRA, C. C.; BENEDICTO, G. C.; PRADO, J. W.; CALEGÁRIO, C. L. L. Relação entre Ativos Intangíveis e o Desempenho Econômico Superior: Um estudo do Setor Industrial Brasileiro. *XVIII USP International Conference In Accounting: Moving Accounting Forward*, São Paulo, p. 1-17, jul. 2018.
- OWBOR, L. *O capitalismo se desloca: novas arquiteturas sociais*. Edições Sesc São Paulo, São Paulo, 2020.
- PAIVA, T. de S.; LANZILLO, A. S. da S. Proteção de dados pessoais no Brasil: os limites da regulamentação e da regulação da LGPD no constitucionalismo digital brasileiro. *Revista Controle*, Fortaleza, v. 22, n.1, p. 239-262, jan./jun. 2024. p.
- PINHEIRO, P. P. *Direito Digital*. Saraiva, São Paulo, 2021.
- PINTO, B. A. C.; SAMPAIO, G. M. Ambientes de inovação e responsabilidade na LGPD: um olhar sobre o parque tecnológico da Bahia. *Brazilian Journal Of Development*, [S.L.], v. 7, n. 7, p. 69939-69955, 11 jul. 2021.
- PINTO DO MONTE, J. P.; TINOCO DE GÓES, R. Da Constituição e do texto constitucional: análise filosófico-jurídica pós-positivista e hipótese de mutação constitucional democrática. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, [S. l.], v. 16, n. 1, 2024.
- REINHARDT, J. Realizing the Fundamental Right to Data Protection in a Digitized Society. *Personality And Data Protection Rights On The Internet*, [S.L.], p. 55-68, 2022.
- SARLET, G. B. S.; CALDEIRA, C. O consentimento informado e a proteção de dados pessoais de saúde na internet: uma análise das experiências legislativas de Portugal e do Brasil para a proteção integral da pessoa humana. *Civilistica.com*, a. 8, n. 1, 2019.
- SARLET, I. W. O Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais na Constituição Federal Brasileira de 1988. *Privacy and Data Protection Magazine*, online, n. 01, p. 12-49. 2021.
- SARLET, I. W. Proteção de Dados Pessoais como Direito Fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988: Contribuições para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, v. 42, n. 14, p. 179-218, jan./jun. 2020.

- Scheuermann, G. F. Dados pessoais como um direito fundamental autônomo a partir da Emenda Constitucional nº 115/2022, *Revista da Defensoria Pública*, Porto Alegre, a. 14, v. 2, n. 33, p. 253-274, 2023.
- SIMONCINI, A. The Constitutional Dimension of the Internet. Some Research Paths. *EUI Department of Law Research Paper*, n. 16, 2016.
- SMICHOWSKI, B. C. et al. Data-Driven Economy: challenges and opportunities. *Intereconomic. Review of European Economic Policy*, v. 54, n. 4, 2019.
- ZUBOFF, S. *The Age of Surveillance Capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. Public Affairs, Nova Iorque, 2020.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 25. Núm. Ordinario (2024), pp. 187-205
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Constituição e normas tributárias indutoras da proteção ambiental: análises, perspectivas e sustentabilidade dos tributos verdes

Constitution and tax standards that induce environmental protection: analysis, perspectives and sustainability of green taxes

Kyvia Celine Chevalley¹

Pierre Franklin Araujo Silva²

William Eufrasio Nunes Pereira³

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Sumário: 1. Introdução. 2. Constituição, meio ambiente e tributação: qual a relação? 3 Normas tributárias indutoras da proteção ambiental: um olhar sobre a legislação brasileira. 4 Reforma tributária (EC 132/2023): perspectivas para o futuro sob a ótica da transição ICMS-IBS ecológico. 5. Considerações finais. 6. Referências.

Resumo: Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, normas tributárias e ambientais convivem no ordenamento jurídico brasileiro, porém, com a intensificação dos efeitos das mudanças climáticas, os tributos surgem como uma ferramenta de proteção ambiental, função esta ampliada pela Reforma Tributária (EC 132/2023). O objetivo deste trabalho é analisar as perspectivas futuras para a tributação ecológica no Brasil. O método empregado é o hipotético-dedutivo, o estudo é descritivo e exploratório e se estabelece por pesquisa bibliográfica e documental. Os resultados mostram que a tributação ecológica atua induzindo comportamentos ecológicos e possuem aplicação ampla, complementando a legislação ambiental,

¹ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Membro do Grupo de Pesquisa do CNPq Direito, Desenvolvimento Sustentável e Inovação. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8629976921767153>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0008-9130-948X> E-mail: kyviaceline@hotmail.com

² Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pós-Graduado em Direito Penal Econômico pela PUC-Minas, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5455699058505660>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0004-9503-8374> E-mail: pierrefranklinaeadv@gmail.com

³ Bacharel em Direito e em Economia, Especialista em Gestão de RH, Mestre em Direito e em Economia, Doutor Em Ciências Sociais. Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito e em Economia da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2870-4742> LATTES: <http://lattes.cnpq.br/4829543404728309> E-mail: william.pereira@ufrn.br

assim como a Reforma Tributária impôs a obrigatoriedade do critério ambiental para os tributos. Os efeitos da Reforma somente serão percebidos a longo prazo.

Palavras-chaves: Direito Tributário Ambiental; Reforma Tributária; Tributos Verdes; Meio ambiente.

Abstract: Since the promulgation of the Federal Constitution of 1988, tax laws and environmental laws coexist in the Brazilian legal system, however, with the intensification of the effects of climate change, taxes emerge as a tool for environmental protection, a function that is expanded by the Tax Reform (EC 132/2023). The objective of this work is to analyze the future perspectives for ecological taxation in Brazil. The method used is hypothetical-deductive, the study is descriptive and exploratory and is established through bibliographic and documentary research. The results show that ecological taxation acts by inducing ecological behavior and has broad application, complementing environmental legislation, just as the Tax Reform imposed mandatory environmental criteria for taxes. The effects of the Reform will only be felt in the long term.

Keywords: Environmental Tax Law; Tax reform; Green taxes; Environment.

1. Introdução

Os efeitos das mudanças climáticas estão cada vez mais presentes no dia a dia dos brasileiros, o que exige medidas multidimensionais e interdisciplinares do Poder Público e da sociedade para o controle da crise climática e o reequilíbrio dos ecossistemas terrestres. O desafio de promover o equilíbrio ecológico, ao mesmo tempo em que busca o desenvolvimento socioeconômico do Brasil, pode parecer, em um primeiro momento, de impossível conciliação, no entanto, o desenvolvimento sustentável não só é possível, como necessário, daí a necessidade de instrumentos jurídicos e políticos que promovam a sustentabilidade de maneira rápida e eficiente em tempos de crise climática.

O conceito de desenvolvimento sustentável, segundo Girardon dos Santos e Benedetti Rodrigues⁴ é, contemporaneamente, criticado por se mostrar insuficiente, perante a complexidade da temática ambiental. No entanto, representa um significativo progresso quanto as corriqueiras concepções de desenvolvimento, principalmente em relação as abordagens tradicionais, relativas à preservação dos recursos naturais, tão comuns aos analistas mais ortodoxos. Esse conceito resgatou a noção de progresso e de avanço tecnológico, incluindo a justiça social, a viabilidade econômica e a sustentabilidade ecológica e a aceitabilidade cultural.

Diante desse enorme desafio, que consiste em promover o desenvolvimento sustentável, as normas tributárias surgem como uma ferramenta, um caminho, para a sustentabilidade ambiental por suas características arrecadatórias e extrafiscais. Apesar das discussões sobre a tributação verde⁵ já se desenvolverem nos meios acadêmico e econômico há décadas (remontando a implementação dos primeiros tributos ambientais europeus, em meados dos anos 1990), a questão voltou à evidência diante da problemática das mudanças climáticas e, no caso específico do Brasil, a recente Reforma Tributária, incorporada à Constituição Federal de 1988 por meio da Emenda Constitucional 132/2023.

⁴ GIRARDON DOS SANTOS, D. T.; BENEDETTI RODRIGUES, D. "Paradigma de transição para uma racionalidade ambiental no Brasil." *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, [S. l.], v. 15, n. 2, 2024. p. 147-170. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/35665>. Acesso em: 10 de agosto 2024.

⁵ Serão considerados como sinônimos no presente trabalho: tributação ambiental, tributação ecológica, tributação verde, ecotributação e seus derivados.

É sobre esse assunto que o presente estudo pretende se debruçar, tendo como problemática: quais são as perspectivas futuras para a tributação ecológica brasileira diante das mudanças implementadas pela EC 132/2023? Para responder a esta pergunta, é inevitável revisitar o passado e analisar as principais normas de proteção ambiental, seus reflexos no Sistema Tributário Nacional e os avanços — ou não — das políticas fiscais que tenham como objetivo a preservação ambiental.

Nesse sentido, o trabalho não só se justifica pela atualidade da temática, tendo em vista que a Reforma Tributária foi recentemente aprovada e seus efeitos ainda não foram realmente percebidos, como também pela urgência socioambiental de medidas que promovam mudanças profundas nas estruturas sociais e econômicas e nas dificuldades de implementação de um desenvolvimento que seja sustentável. Portanto, é preciso analisar e problematizar o assunto a fim que se chegue a soluções possíveis e plausíveis aos problemas do século XXI.

Assim, o objetivo geral da pesquisa é compreender a relação entre a tributação e a proteção ao meio ambiente, considerando a EC 132/2023 e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, estipulado pelo ar. 225 da Constituição Brasileira de 1988. Para atingir esse fim, à princípio deve-se conceituar e contextualizar historicamente o tratamento jurídico dado ao meio ambiente pela legislação brasileira, figurando este como o primeiro objetivo específico desta pesquisa.

O segundo objetivo específico se voltará a analisar os principais institutos jurídicos de proteção ambiental e as normas tributárias indutoras de comportamentos ecológicos que se diversificam no ordenamento jurídico brasileiro. Já o terceiro objetivo específico é investigar as transformações trazidas pela Emenda Constitucional 132/2023 e determinar as diferenças entre o ICMS-e, principal imposto estadual, e o IBS, instituído pela Reforma Tributária e que poderá ter características de ecotributo. Cada um dos objetivos específicos citados reflete uma das seções do desenvolvimento deste artigo.

Diante da problemática de estudo, o método utilizado é o hipotético-dedutivo, em que se adota a proposição teórica de que a Reforma Tributária possa ser um importante instrumento de proteção ambiental como ponto de partida para a investigação científica. Consequentemente, o artigo se expressa em uma pesquisa descritiva, na primeira seção do desenvolvimento, e exploratória nas segunda e terceira seções. A abordagem é qualitativa e o estudo se estabelece por meio de pesquisa bibliográfica e documental, com destaque para as normas constitucionais e infraconstitucionais e outros documentos referentes à EC 132/2023.⁶

Por fim, ressalta-se que o presente trabalho não espera que a Reforma Tributária seja capaz de garantir a proteção ao meio ambiente sozinha, pois o equilíbrio ecológico demanda ações multifacetadas, do Poder Político e da sociedade. No entanto, as políticas fiscais e os tributos constituem-se como uma ferramenta fundamental de intervenção na economia com objetivo de desenvolver o Brasil de forma sustentável. Nesta pesquisa, a relação entre a tributação e a proteção ambiental será descrita cuidadosamente, destacando a importante interdependência entre essas duas áreas.

2. Constituição, meio ambiente e tributação: qual a relação?

Antes de adentrar o Direito Tributário em específico, faz-se necessário compreender qual o tratamento jurídico dado ao meio ambiente pelo direito brasileiro, com destaque para as normas constitucionais. O primeiro ponto que merece destaque é a transformação, gradativa e demorada, na maneira como a questão ecológica foi tratada ao longo das Constituições brasileiras: à princípio, a preocupação com o meio ambiente se voltava às possibilidades de exploração das riquezas naturais, evoluindo aos poucos até chegar na consolidação do direito

⁶ RODRIGUES SOUSA, P. H. M.; GERMANO ALVES, F. *Pesquisa científica: aspectos práticos*. Insigne Acadêmica, Natal, 2024. (Coleção Arquivos Insigne), p. 54.

fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88)⁷.

Nesse sentido, todas as Constituições anteriores a 1988 não eram voltadas a garantir qualquer tipo de proteção ambiental, muito menos resguardar os interesses humanos sobre a natureza, restringindo-se a legislar sobre as riquezas possíveis de exploração (extrativismo) ou de aproveitamento pelas indústrias brasileiras.⁸ Ainda, a perspectiva da natureza como fonte de riqueza a ser explorada não era única ao Brasil e refletia o contexto internacional de desenvolvimento econômico dos séculos XIX e XX, com destaque especial no pós-Segunda Guerra Mundial no mundo e nas Constituições de 1946 e 1967, no Brasil, do mesmo período.

Apesar do Brasil já possuir algumas legislações ambientais anteriores⁹ à promulgação da Constituição Federal de 1988, a exemplo a lei nº 6.938/1981 que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente, marco para a Legislação Ambiental, somente a chegada do novo texto constitucional veio a consolidar a da proteção ecológica como um dos objetivos do Estado, ramificado por diversas matérias, algumas vezes figurando-se como princípio, outras como regra. Essa transformação na tutela sobre o meio ambiente ocorreu no contexto da percepção internacional dos efeitos nocivos que o abuso dos recursos naturais causa ao planeta, inicialmente evidenciada pela Conferência de Estocolmo de 1972.¹⁰

O sistema capitalista brasileiro apresenta-se retardatário e atrasado, no processo histórico de implantação e consolidação, enquanto sistema. Este atraso cria óbices para que o Estado não promova um desenvolvimento equilibrado, implicando no crescimento de desigualdades regionais e sociais gravosas. Neste contexto, a "(...) sociedade civil e o Estado necessitam harmonizar os valores sociais e os interesses econômicos, visando impulsionar o desenvolvimento econômico regional, erradicando a pobreza, reduzindo as desigualdades sociais regionais e tutelando outros valores, como o meio ambiente e as relações de consumo."¹¹

Nesse sentido, o Estado Brasileiro, por meio do constituinte originário, reconhece os pleitos da sociedade civil e inclui a proteção ao meio ambiente na Constituição Federal do Brasil de 1988, como competência comum de todos os entes federativos (art. 23, VI), além de constituir um dos princípios da ordem econômica (art. 170, VI) e recentemente ter sido incorporada ao Sistema Tributário Brasileiro pela EC 132/23, sobre o que trataremos em tópico próprio mais adiante neste estudo. Esse fato, se consolida na interpretação que a tributação tem significativa importância, enquanto instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades sociais e regionais¹². A tutela do Estado sobre o meio ambiente significa contribuir para um desenvolvimento social e regional sustentável e a tributação entra em campo como fator preponderante para garantir e efetivar os

⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília-DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 ago. 2024.

⁸ BEVILAQUA MARIN, E. F.; ARAÚJO MASCARENHAS, G. M. "Direito ao meio ambiente e mudanças climáticas: o constitucionalismo brasileiro e o acordo de Paris." *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 11, n. 2, p. 254-287, 2020, p. 264-265. Disponível em: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v11i2.27113. Acesso em: 6 jan. 2024.

⁹ A título de exemplificação, cita-se: o antigo Código Florestal (Lei 4.771/65), a Lei de Proteção da Fauna (Lei 5.197/67) e a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/91).

¹⁰ BEVILAQUA MARIN, E. F.; ARAÚJO MASCARENHAS, G. M. "Direito ao meio ambiente e mudanças climáticas: o constitucionalismo brasileiro e o acordo de Paris." *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 11, n. 2, p. 254-287, 2020, p. 264-265. Disponível em: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v11i2.27113. Acesso em: 6 jan. 2024.

¹¹ PEREIRA, W. E. N. "Desenvolvimento econômico e redução das desigualdades regionais frente as políticas incentivadoras da guerra fiscal." *Argumenta Journal Law*, n. 34, p. 263-284, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.35356/argumenta.v0i34.1956>. Acesso em: 20 de julho de 2024.

¹² DANTAS ELALI, A. S. *Tributação e desenvolvimento econômico regional: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2006.

princípios constitucionais ínsitos no artigo terceiro da Constituição¹³. No entanto, o que verdadeiramente consolida a Constituição brasileira como ambientalista é a presença do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em seu art. 225.

O art. 225 da CRFB/88 traz em seu *caput* a expressão “meio ambiente ecologicamente equilibrado” e dela é possível tirar algumas conclusões preliminares: a) o meio ambiente só pode ser compreendido como uma relação de interdependência, sistêmica e dinâmica, entre os seres humanos e a natureza. Isto porque: b) a qualidade de ser “ecologicamente equilibrado” presume, inevitavelmente, que haja a extensão da tutela jurídica aos demais seres vivos, pois a proteção ambiental deve ser voltada a manter as bases que garantem a vida, o que, em seu sentido mais amplo, exige a garantia da qualidade de vida, não apenas do meio ambiente em si.¹⁴

Ressalta-se que se trata de um direito intergeracional, pois é assegurado às gerações presentes e futuras, mas também tem por característica ser um direito-dever, havendo a imposição solidária ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e proteger o meio ambiente. Desta forma, o art. 225 tanto possui sua dimensão subjetiva (como direito fundamental), quanto objetiva (determinando um dever jurídico à coletividade e ao Estado), assim como tem natureza transindividual e difusa¹⁵, pois é um direito de todos, no presente e futuro, não sendo possível determinar seus titulares.

Apesar dessas características originárias do texto constitucional, como todo o direito, a proteção jurídica ao meio ambiente também passou por transformações e evoluções ao longo do tempo, ampliando-se as discussões nacionais e internacionais referentes à temática. O agravamento da crise climática e o aumento na frequência de desastres ambientais exige uma interpretação mais ampla do direito ao meio ambiente sadio, assim como a compreensão dele no sistema constitucional ecológico e a busca por mecanismos, jurídicos, políticos e econômicos, que colaborem para a sustentabilidade.

Lembrando sempre que a sustentabilidade é um:

(...) princípio jurídico, o qual já aparece em documentos internacionais e orienta outros princípios e regras, como é o caso do Desenvolvimento Sustentável. No entanto, a sua execução depende de ações transversais que demandem, mais e mais, essa compreensão das relações humanas e não humanas. Precisa-se, sim, de uma governança para a Sustentabilidade, a qual já define outros contornos de atuação do Direito Ambiental Internacional.¹⁶

Diante dos novos desafios contemporâneos, a questão ambiental deve ser compreendida em conjunto aos objetivos fundamentais da República, dispostos nos incisos do art. 3º da Constituição de 1988, já que não é mais possível imaginar a construção de uma sociedade mais justa e solidária, menos desigual e mais desenvolvida, sem que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seja garantido. O desequilíbrio ambiental gera uma crise climática que tem a tendência a se aprofundar nas próximas décadas, impossibilitando que o Brasil

¹³ PEREIRA, W. E. N. *O Desenvolvimento econômico e a redução das desigualdades regionais enquanto princípios constitucionais desrespeitados por políticas incentivadoras da guerra fiscal*. Monografia de graduação, Universidade federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

¹⁴ SOUZA DUARTE, M. C. *Meio ambiente sadio: direito fundamental*. Juruá, Curitiba, 2003, p. 91-92.

¹⁵ SOUZA DUARTE, M. C. *Meio ambiente sadio: direito fundamental*. Juruá, Curitiba, 2003, p.93-94.

¹⁶ MOYSÉS ETCHEZAR, J. W.; CHECHI BIORCHI, B. “Desenvolvimento sustentável: uma análise da perspectiva de garantia para gerações futuras.” *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, [S. l.], v. 11, n. 1, 2018. p. 145. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/15369>. Acesso em: 15 de junho de 2024

atinja os objetivos constitucionais e dificultando a garantia de outros direitos fundamentais estabelecidos pelo texto.

Nesse sentido, se o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado surgiu na Constituição de 1988 colocando o ser humano como seu titular, em uma visão antropocêntrica sobre o meio ambiente, o contexto atual já demonstra certa incompatibilidade com esse pensamento, o que permite o florescimento de discussões sobre os Direitos da Natureza, ou seja, a natureza como titular de direitos. Essa concepção mais biocêntrica implica no aumento da proteção sobre a fauna e a flora,¹⁷ algo essencial quando se compreende o meio ambiente como uma relação entre seres humanos e a natureza.

É diante deste contexto de constitucionalismo ambiental que a tributação verde se enquadra. Para Juarez Freitas,¹⁸ a intervenção estatal na forma da ecotributação (tanto em seu aspecto corretivo, quanto preventivo) é aquela que incide sobre as atividades econômicas com eficiência, visando obter a arrecadação e o equilíbrio dinâmico ecológico necessários para a garantia dos direitos fundamentais às gerações presentes e futuras. Ainda, o autor destaca que o desenvolvimento sustentável estabelecido pela Constituição Federal de 1988 tem caráter multidimensional e, portanto, as políticas tributárias do Brasil devem observar as dimensões sociais, econômicas e ambientais.

Desta forma, pode-se concluir que a tributação ambiental é, antes de tudo, uma ferramenta de intervenção do Estado sobre a sociedade, mas especialmente sobre a economia. O desenvolvimento sustentável decorre essencialmente do equilíbrio entre o crescimento econômico, a melhoria da qualidade de vida das pessoas e a proteção ecológica. Assim, é necessária a transição entre o atual modelo econômico (capitalista, extrativista e devastador) para uma economia de baixo carbono que consiga garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e outros direitos fundamentais.

A tributação ecológica atua por meio de instrumentos econômicos, sendo vastas as suas possibilidades, afinal, o que caracteriza o ecotributo é sua capacidade de produzir efeitos na proteção ambiental. Ou seja, esses impactos ambientais positivos podem ocorrer por intermédio dos tributos em espécie, mas também nos incentivos fiscais, isenções e até obrigações acessórias.¹⁹ Busca-se, assim, o estímulo de novos hábitos de produção, consumo e pós-consumo que estejam de acordo com o novo modelo de desenvolvimento sustentável e supere a ideia de mero crescimento econômico mensurado pelo simplista Produto Interno Bruto (PIB)²⁰ que desconsidera questões sociais e de impactos ambientais.

Extraí-se que a tributação ecológica pode ter funções diferentes, que variam de acordo com o objetivo para o qual aquela medida fiscal foi instituída: a) função indutora, que busca induzir comportamentos ambientalmente mais benéficos; b) função restauradora, que tenta restaurar os danos ambientais já ocorridos; e c) função redistributiva, que redistribui os custos ambientais das atividades econômicas

¹⁷ XAVIER, Y. M. A.; PINTO, K.; FRANÇA, V. R. "Estudo sobre o direito à liberdade econômica e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: conflitos e aproximações." *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 20, 2023, p. 5. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/2337>. Acesso em: 6 jan. 2024.

¹⁸ FREITAS, J. "O tributo e o desenvolvimento sustentável." *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 21, n. 3, 2016, p. 829-830. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/9682>. Acesso em: 7 jan. 2024.

¹⁹ LUCENA CAVALCANTE, D. "Tributação ambiental: por uma remodelação ecológica dos tributos". *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFC*, v. 32, n. 3, 2012, p. 101-115. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/353>. Acesso em: 6 jan. 2024.

²⁰ FREITAS, J. "O tributo e o desenvolvimento sustentável." *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 21, n. 3, 2016, p. 829-830. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/9682>. Acesso em: 7 jan. 2024.

geradoras de danos ambientais.²¹ No entanto, a função redistributiva merece atenção específica, já que ela pode incorrer em um desequilíbrio entre a responsabilidade daqueles que causaram o dano ambiental, e a responsabilidade da sociedade, vítima daqueles danos.

Desta forma, a degradação ambiental é causada por um pequeno grupo produtivo, que usufrui dos bônus do uso dos recursos naturais, no entanto, o ônus desses danos ambientais é arcado pela sociedade em geral, já que o poluidor normalmente não “paga” integralmente pela deterioração ecológica. Portanto, considera-se mais adequado estabelecer importância à d) função alocativa, que consiste no suprimento de bens sociais (bens e serviços públicos), concentrando parte do ônus de evitar danos ambientais no causador e repartindo o custo mais elevado com a sociedade de forma a priorizar o equilíbrio ambiental.

Esses bens sociais, assim, não são consumidos de forma individual, mas sim coletiva, já que a preservação ecológica é usufruída por todos. Nesse sentido, são bens e serviços que estão disponíveis para todos e o uso deles por um indivíduo não reduz os benefícios à disposição de outros indivíduos. Nesse sentido, ao exemplificar a função alocativa, Richard e Peggy Musgrave²² (tradução nossa) citam a adoção de medidas para a redução da poluição do ar e comentam: “se se obtêm uma melhoria na qualidade do ar, o benefício resultante estará disponível para todos os que respiram”, o que demonstra a importância da função alocativa para os tributos ambientais.

No entanto, a finalidade ambiental dos tributos é consequência da leitura sistêmica do texto constitucional brasileiro, ou seja, decorre essencialmente de pensar e avaliar o Sistema Tributário Brasileiro pelas normas constitucionais de proteção ecológica, com destaque ao direito ao meio ambiente (art. 225) e às disposições sobre a ordem econômica, em que a defesa do meio ambiente é estabelecido como um de seus princípios gerais (art. 170, inciso VI). Isto porque a promulgação da Constituição de 1988, apesar trazer evidentes avanços na problemática ambiental, não se debruçou sobre o Direito Tributário Ambiental, restringindo-se a “copiar e colar” grande parte daquilo que já era previsto no Código Tributário Nacional.

Portanto, considerando que o Direito Tributário se fundamenta na legalidade estrita, a ausência de disposições ambientais nas normas constitucionais que disciplinam o Sistema Tributário Nacional fragiliza as possibilidades de transformação ecológicas através da tributação²³. Sem a expressa previsão no texto constitucional, desde que o tributo esteja em conformidade com as limitações ao poder de tributar, sendo devidamente criado por lei, respeitando a irretroatividade e anterioridade, não tenha efeitos de confisco ou recaia sobre alguma imunidade, estará automaticamente legitimado.²⁴ Ou seja, outros aspectos constitucionais (inclusive direitos

²¹ LUCENA CAVALCANTE, D. “Tributação ambiental: por uma remodelação ecológica dos tributos”. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFC*, v. 32, n. 3, 2012, p. 101-115. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/353>. Acesso em: 6 jan. 2024.

²² MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B. *Public Finance in Theory and Practice*. 5. ed. McGraw-Hill Book Company, New York, 1989, p. 7.

²³ É preciso fazer o destaque à CIDE-combustível, que foi instituída pela EC 33/2001 com o acréscimo no § 4º ao art. 177 da Constituição Federal de 1988. Trata-se de uma contribuição sobre a importação ou comercialização de petróleo, gás natural, outros combustíveis e seus derivados, que possui, dentre diversas destinações, o financiamento de projetos ambientais relacionados à indústria do petróleo e gás (inciso II, alínea b). Assim, esse tributo pode ser considerado como um ecotributo, pois também trata da proteção ambiental, e tem essa função explicitada no próprio texto constitucional.

²⁴ FOLLONI, A.; CAVALHEIRO RICCI, H. “Tributação Ambiental e as limitações constitucionais ao poder de tributar.” *Argumentum: Revista de Direito da Universidade de Marília*, Marília, n. 15, 2014, p. 275-276. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/issue/view/3/showToc>. Acesso em: 6 jan. 2024.

fundamentais) não precisam ser incluídos na tributação para que ela seja, tecnicamente, legal e constitucional.

Esse empecilho se une a outro: a vontade política. A Constituição de 1988 reparte a competência para legislar sobre matéria tributária entre a União, os Estados e os Municípios, que, dentro de suas atribuições e nos limites constitucionais ao poder de tributar, têm o controle sobre os tributos de sua competência. Por consequência, a incorporação ou não da proteção ao meio ambiente nas políticas fiscais fica à mercê de fatores econômicos e políticos dispersos pela estrutura federativa brasileira e esbarra em outros problemas que revolvem as políticas tributárias, como as desigualdades regionais e guerras fiscais, assuntos estes que não serão aprofundados no curso deste trabalho.

Além disso, mesmo quando há a instituição de ecotributos por Estados e Municípios, como os já conhecidos ICMS-e e IPTU-verde, as externalidades ambientais positivas ficam restritas a pequenas porções territoriais, sem que haja impactos significativos de âmbito nacional. Mesmo assim, não se deve desprezar a importância dessas políticas fiscais locais, pois nelas podem ser feitas escolhas tributárias que melhor refletem os desafios ambientais enfrentados por cada Estado e/ou Município, adotando um modelo de tributação sustentável responsável em que a intervenção estatal é planejada e tem finalidades de longo prazo.²⁵

A recente Reforma Tributária, incorporada ao ordenamento jurídico pela EC 132/2023, trouxe interessantes novidades, dentre elas, a inserção explícita da defesa do meio ambiente como princípio do Sistema Tributário Nacional (art. 145, § 3º), assunto sobre o qual nos debruçamos com maiores detalhes no último trecho do presente trabalho, que visa analisar a transição (ecológica) do ICMS para o IBS. Antes, porém, faz-se necessário compreender a capacidade inerente das normas tributárias de induzirem comportamentos ecológicos de agentes econômicos e da sociedade.

3. Normas tributárias indutoras da proteção ambiental: um olhar sobre a legislação brasileira.

O desafio de conciliar o desenvolvimento econômico com a preservação ambiental iniciou-se no século XX e tornou-se uma preocupação central nas últimas décadas. Nesse contexto, as normas tributárias têm desempenhado um papel crucial, evoluindo para incorporar mecanismos que incentivem práticas sustentáveis e mitigação dos impactos ambientais. A trajetória dessa evolução revela um esforço constante em harmonizar as demandas do crescimento econômico, o respeito aos tratados e convenções internacionais, com a necessidade premente de preservação ambiental.

Originariamente, as normas tributárias negligenciavam a dimensão ambiental, concentrando-se na arrecadação de receitas, dado que a preocupação com meio ambiente é muito recente, de meados do século passado, enquanto a tributação e suas normas são bem mais antigas. Contudo, à medida que a consciência ambiental cresceu e os desafios relacionados à degradação ecológica se intensificaram, corolário da industrialização e da expansão agrícola predatória dos anos 1970, tornou-se imperativo atender as normativas internacionais que eclodiram, dado o apelo popular contra as tragédias ambientais que suscitaram com maior frequência.

Assim, elaborar e promulgar normas judicantes, como também desenvolver instrumentos legais capazes de direcionar a atividade econômica para práticas mais sustentáveis, mitigando os efeitos ambientais danosos tornou-se a pauta cotidiana. Os primeiros diplomas judicantes aprovados pelo legislativo brasileiro consistiram em ténues normas com inclinação ambiental e, posteriormente, aprovação de

²⁵ FREITAS, J. "O tributo e o desenvolvimento sustentável". *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 21, n. 3, 2016, p. 829-830. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/9682>. Acesso em: 7 jan. 2024.

convenções internacionais sobre as mudanças climáticas e preservação ecológica. Destacam-se:

- a) o primeiro Código Florestal e o de Águas Brasileiro em 1934, instituído respectivamente pelos decretos 23.793 e 24.643 de 1934;
- b) o Código de Mineração, matéria do decreto-lei 1.985 de 1940;
- c) o Código Penal de 1940 que tipificou a poluição das águas;
- d) o Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção, materializada em Washington D.C. no ano de 1973 e, aqui, no Brasil em 1975;
- e) a Responsabilidade Civil em Danos Causados devido a Poluição por Óleo, em 1976;
- f) a Proibição do Uso Militar ou Hostil de Técnicas de Modificação Ambiental subscrito pelo governo brasileiro em Nova York em 1977.²⁶

Posteriormente, o grande marco da legislação ambiental no Brasil consistiu na lei nº 6.938/1981, que constituiu a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA). Promulgada ainda em tempos de ditadura militar tornou-se, para a época, em um instrumento normativo inovador e avançado, que estabelecia as diretrizes gerais para a política nacional do meio ambiente e introduzia instrumentos econômicos para a gestão ambiental. Do ponto de vista normativo, o Brasil avançou décadas no debate, embora pouco se modificou na efetivação dessa normativa.

A PNMA foi a frente do seu tempo, já que estabeleceu princípios que sobre o desenvolvimento sustentável que viriam a ser consolidados internacionalmente alguns anos depois, com a edição do Relatório de Brundtland, em 1987 com intuito de preservar os sistemas naturais da Terra. Assim, a PNMA traz como princípios: a racionalização do uso do solo e subsolo, da água e do ar; o planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais; a proteção dos ecossistemas e preservação de áreas representativas; a estruturação de incentivos às tecnologias voltadas ao uso racional dos bens ambientais e à proteção dos recursos naturais.²⁷

Após a PNMA, promulgou-se a lei nº 7.797/1989, que criou o Fundo Nacional do Meio Ambiente – FNMA, cujo objetivo principal consistia no fomento aos projetos que intentassem o uso racional e sustentável dos recursos naturais no Brasil. Ressalte-se que, deveria abranger os processos de manutenção, melhoria e recuperação da qualidade ambiental, buscando ampliar a qualidade de vida dos nacionais. Objetivos estes explícitos no art. 1º da referida lei. Um ano após a promulgação da lei nº 7.797/1989, promulgou-se o Decreto nº 99.274/1990, que regulamentou o FNMA, as Estações Ecológicas e as Áreas de Proteção Ambiental.

No entanto, o uso desse Fundo foi qualificado apenas pela Lei Complementar nº 140/2011, marcando um hiato temporal de quase 20 anos. Apesar disto, a Lei Complementar tem sua importância, pois absorveu as normas para que a colaboração entre os entes federativos nas medidas, projetos e ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum concernentes à proteção das paisagens naturais, das florestas, da fauna, da flora e ao combate da poluição nas suas mais variadas formas, se tornasse efetiva e qualificada.

No período mencionado, destaque-se a Lei do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR), de 1996, que passou a considerar a função ambiental da propriedade, visando a tributação diferenciada para áreas preservadas, de reserva legal ou que sejam de interesse ecológico para preservação dos ecossistemas. Nesse sentido, o ITR tem características de tributo ecológico, contribuindo para a

²⁶ OLIVEIRA, T. S. de; VALIM, B. F. da C. A. "Tributação Ambiental: incorporação do meio ambiente na reforma do sistema tributário nacional." Em VV. AA. (Sachida, A; Erich Endrillo Santos Simas, E. E. Organizadores). *Reforma Tributária IPEA-OAB/DF*. Rio de Janeiro: IPEA, 2018.

²⁷ SENNA GANEM, R.; GUIMARÃES ARAÚJO, S. M. V. (org.). *Legislação brasileira sobre meio ambiente [recurso eletrônico]: fundamentos constitucionais e legais*. Edições Câmara, Brasília, 2015, p. 42. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/editora>. Acesso em: 09 mar. 2024.

preservação do meio ambiente, no entanto, o montante fiscal arrecadado com esse imposto é insignificante e seus efeitos limitados.²⁸

Aprofundando a análise do caso brasileiro, sublinha-se que a receita do tributo sobre a propriedade rural permanece muito aquém do seu potencial, representando apenas 0,02% do PIB e 0,1% da arrecadação tributária Federal em 2015. O ITR foi estruturado com o desígnio essencial da extrafiscalidade, ao objetivar a promoção e o aproveitamento eficiente da terra rural, conforme reza a Constituição Federal em seu art. 153, § 4º, inciso primeiro, porém, não há evidências concretas de sua eficácia quanto aos fins propostos.²⁹ Ainda assim, independentemente de sua ineficácia arrecadatória, há dispositivos que isentam a cobrança para as áreas de:

- a) preservação permanente e de reserva legal, prevista na Lei nº 12.651/2012;
- b) interesse ecológico para a proteção dos ecossistemas, assim declaradas mediante ato do órgão competente, federal ou estadual, e que ampliem as restrições de uso previstas na alínea anterior;
- c) sob regime de servidão ambiental, dispositivo incluído pela Lei nº 12.651/2012;
- d) cobertas por florestas nativas, primárias ou secundárias em estágio médio ou avançado de regeneração, dispositivo este incluído pela Lei nº 11.428/2006.

O processo de diferenciação tributária entre as terras produtivas e as áreas para preservação-conservação, no sentido da isenção destas, não contribuiu significativamente para impedir ou reduzir o desmatamento sistemático que ocorreu no Brasil nos últimos anos. Percebe-se, assim, que as normas tributárias do ITR são um importante arcabouço para a preservação ambiental nas vastas territórios rurais brasileiros, contudo, a aplicação prática do tributo não consegue trazer a efetividade esperada e pouco colabora com a redução de danos ambientais.

Outra norma que adquiriu importância para o combate à devastação do meio ambiente consistiu na lei 9.605/1998, que legislou acerca dos Crimes Ambientais, regulamentada, no que tange às sanções, em 2008, e pelo Decreto nº 6.514/2008, que estabelece o processo administrativo para apuração das infrações ambientais. A lei prevê tanto as sanções penais quanto administrativas para atividades lesivas ao meio ambiente, incluindo dispositivos relacionados a multas e responsabilidade tributária (como agravante de pena caso o crime ambiental ocorra no interesse de pessoa jurídica que seja beneficiada por incentivos fiscais).

O *gap* temporal de 10 anos entre a Lei e o Decreto que a regulamentou demonstra que o meio ambiente encontra dificuldades no que se refere à plena regulamentação de sua proteção integral. Este fato pode ser revelador da primazia dos interesses econômicos acima dos ambientais e sociais, levado adiante por setores econômicos que ampliam seus lucros pela destruição do meio ambiente e relutam em aceitar e cumprir leis ambientais.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 foi o marco principal, pois introduziu o direito fundamental à proteção ambiental em seu art. 225, preconizando que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras

²⁸ CESARE, C. M. “Condições Básicas para garantir a funcionalidade da tributação recorrente ao patrimônio imobiliário urbano e rural”. Plataforma Política Social, 2018. Disponível em: <https://plataformapoliticasocial.com.br/condicoes-basicas-para-garantir-a-funcionalidade-da-tributacao-recorrente-ao-patrimonio-imobiliario-urbano-e-rural/>. Acesso em: 10 ago. 2024.

²⁹ CESARE, C. M. “Condições Básicas para garantir a funcionalidade da tributação recorrente ao patrimônio imobiliário urbano e rural”. Plataforma Política Social, 2018. Disponível em: <https://plataformapoliticasocial.com.br/condicoes-basicas-para-garantir-a-funcionalidade-da-tributacao-recorrente-ao-patrimonio-imobiliario-urbano-e-rural/>. Acesso em: 10 ago. 2024.

gerações.”³⁰. Além desse artigo, com seus diversos parágrafos e incisos, é possível encontrar diversas referências ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável na Constituição, seja de seu texto originário ou inseridos posteriormente à sua promulgação.

Diversas emendas constitucionais, como a Emenda Constitucional 42/2003, trouxeram alterações significativas, conectando a atividade econômica com a defesa do meio ambiente, tornando a primeira corresponsável com a proteção, conservação e uso racional da segunda. Ao introduzir via inciso VI, do art. 170, da Constituição Brasileira, que trata dos princípios gerais da Atividade Econômica, a necessária defesa do meio ambiente, e responsabilidade do Estado nas funções de fiscalização, incentivo e planejamento dessas atividades, em especial a garimpeira, estabelecida no parágrafo terceiro do art. 174.³¹

Uma iniciativa importante, mas que vigorou por pouco tempo, constituiu-se a partir do Decreto n. 7.619/2011. A normativa possibilitava a constituição de crédito presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) para as empresas que adquirissem resíduos sólidos como matéria-prima ou material intermediário para produção de seus produtos. Esta medida não perdurou por longo tempo, e os efeitos do Decreto extinguiram-se em 31 de dezembro de 2014 e ele foi oficialmente revogado em 2021, dando fim a uma interessante política fiscal ecológica.

Ainda, a Resolução da Câmara de Comércio Exterior de 2015 (Resolução Camex nº 97/2015), isentou do Imposto de Importação (II) os carros elétricos e híbridos, visando a redução da poluição do ar por induzir a compra de veículos que geram menos resíduos poluentes. Carros elétricos e híbridos não dependem de combustíveis fósseis e são ecologicamente sustentáveis, especialmente quando as fontes da energia elétrica são renováveis e não poluentes. De forma similar, diversos estados e o Distrito Federal promovem a isenção ou a redução das alíquotas do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) para carros elétricos e/ou híbridos.³²

Já a Política Nacional sobre Mudanças do Clima, promulgada via lei 12.187/2009, antevê a utilização de instrumentos financeiros e econômicos com o desígnio de diminuir as alterações climáticas. Para esse desiderato, utiliza-se dentre outros meios de medidas fiscais destinadas a diminuir emissão de gases causadores do efeito estufa. Como exemplo, teríamos as isenções, reduções de alíquotas, compensações e incentivos, evidenciando o papel da tributação como parte essencial de qualquer política pública que vise a mitigação dos efeitos das mudanças climáticas.³³

No entanto, a Emenda mais relevante, do ponto de vista tributário, consistiu na de nº 132/2023, que introduziu constitucionalmente no Sistema Tributário Nacional o parágrafo terceiro no art. 145, tratando dos princípios gerais deste sistema. Estabelece o referido parágrafo que “o Sistema Tributário Nacional deve observar os princípios da simplicidade, da transparência, da justiça tributária, da cooperação e da defesa do meio ambiente”. Dentre os novos princípios, por questão

³⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília-DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 ago. 2024.

³¹ CESARE, C. M. “Condições Básicas para garantir a funcionalidade da tributação recorrente ao patrimônio imobiliário urbano e rural”. Plataforma Política Social, 2018. Disponível em: <https://plataformapoliticasocial.com.br/condicoes-basicas-para-garantir-a-funcionalidade-da-tributacao-recorrente-ao-patrimonio-imobiliario-urbano-e-rural/>. Acesso em: 10 ago. 2024.

³² AQUINO, V. “IPVA 2024: estados que dão descontos ou isentam eletrificados”, *Estadão*, 2024. Disponível em: <https://jornaldocarro.estadao.com.br/servicos/ipva-2024-estados-que-dao-desconto-ou-isentam-eletrificados/>. Acesso em: 30 mai. 2024.

³³ SANTOS, F. F. P. V.; SCABORA, F. C. “Tributação Ambiental e Extrafiscalidade no Brasil: Incentivos Fiscais e Regressividade da Tributação Verde.” *Revista Direito Tributário Atual*, n. 52, ano 40, p. 144-161, 2022.

lógica, destaca-se a defesa do meio ambiente, que conectou, com clareza solar, o sistema tributário com a problemática ecológica.

A Emenda é muito recente, e deve levar algum tempo para materializar seus efeitos, que dependem de diversas alterações tributárias e acessórias, dentre elas as normas de regulamentação que ainda não foram discutidas e votadas pelo Congresso Nacional. Porém, a reforma do sistema tributário (Emenda 132/2023) deve criar as condições necessárias, tanto para estimular tributariamente a proteção, conservação do meio ambiente, atuando assim de forma extrafiscal, como também possibilitar o aumento da progressividade do sistema tributário brasileira.

A Emenda Constitucional 132/2023 concede ao legislativo e ao executivo as condições para criar melhores dispositivos tributários do que os já existentes. Lembremo-nos que um dos dispositivos tributários de maior eficiência consistia na Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental – TCFA que, estabelecida pela Lei nº 10.165/2000, transformou a Lei 6.938/1981. Esta taxa encontra no exercício regular do poder de polícia, conferido ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, o fato gerador, permitindo assim, que esta instituição possa exercer o controle e fiscalização das atividades potencialmente poluentes e utilizadoras de recursos naturais excessivamente.

A Reforma Tributária encontra-se em seu início e que seus efeitos somente serão percebidos nos próximos anos. No entanto, seus exórdios apontam para uma miríade de possibilidades criativas de estatutos protetores do meio ambiente. Dispositivos que podem se configurar na efetiva construção de incentivos fiscais para empresas que adotem práticas ambientalmente responsáveis, como deduções fiscais, isenções e benefícios tributários que se forem implementados, se constituíram como estímulos para a adoção de tecnologias limpas, eficiência energética e redução de resíduos. Essa fase marcará o reconhecimento da importância de alinhar interesses econômicos e ambientais.

A evolução das normas tributárias brasileiras cria um cenário de inúmeras possibilidades, passando a abranger uma gama mais ampla de instrumentos que podem ser criados, a exemplo:

- a) A tributação verde emergiu como uma ferramenta fundamental, penalizando atividades prejudiciais ao meio ambiente por meio de impostos mais elevados, enquanto recompensa práticas sustentáveis com alíquotas reduzidas. Esse tipo de abordagem proporciona uma forma eficaz de internalizar os custos ambientais nas decisões empresariais, reduzindo as externalidades negativas e incentivando a responsabilidade ambiental.³⁴
- b) A criação de mercados de carbono e a tributação sobre emissões de gases de efeito estufa contribuem para a redução da pegada de carbono das empresas, impulsionando a transição para uma economia de baixo carbono. Essas medidas não apenas visam mitigar as mudanças climáticas, mas também fomentar a inovação e a adoção de tecnologias sustentáveis.³⁵
- c) A certificação ambiental tem ganhado destaque como um meio de reconhecer e premiar empresas que adotam práticas sustentáveis. A legislação tributária brasileira poderá ampliar a concessão de benefícios fiscais para empresas certificadas, incentivando a busca por padrões ambientais mais elevados e promovendo a responsabilidade socioambiental, o desenvolvimento e o consumo sustentável.³⁶

³⁴ VALENTINI TRISTÃO, V. T. *Imposto Verde: um tributo à natureza*. Dissertação de mestrado, Escola de Administração Pública e Governo, Fundação Getúlio Vargas (FGV), São Paulo, 1999.

³⁵ MOURA, C. "Tributação do carbono na América Latina e perspectivas para o Brasil." *E-Legis – Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação da Câmara dos Deputados*, v. 15, n. 39, p. 238–257, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.51206/elegis.v15i39.767>. Acesso em: 30 ago. 2024.

³⁶ CARDOSO SQUEFF, T. A. F. R. "O papel da certificação ambiental na consecução do desenvolvimento e consumo sustentável." *Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiânia*, v. 43, 2020. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/revfd/article/view/57757>. Acesso em: 17 mar. 2024.

d) A gestão adequada de resíduos sólidos é fundamental para a preservação ambiental. Nesse sentido, normas tributárias indutoras poderão ser utilizadas para incentivar a implementação de sistemas de logística reversa. As empresas assumiram a responsabilidade pelo descarte adequado de seus produtos, quando não for possível reciclar. A tributação diferenciada para empresas que adotam práticas eficientes de gestão de resíduos é um exemplo concreto de como o sistema tributário pode induzir comportamentos ambientalmente responsáveis.³⁷

e) A busca por fontes de energia limpa e renovável tem sido uma prioridade na maioria dos países, inclusive no Brasil. Diversas normas tributárias poderão vir a ser implementadas para estimular a produção e utilização de energias renováveis, como solar, eólica e biomassa. A concessão de incentivos fiscais, como a redução de impostos para empresas que adotam tecnologias limpas, tem sido uma estratégia eficaz para impulsionar a transição energética e reduzir a dependência de fontes não renováveis e poluentes.³⁸

No cenário atual, observa-se uma tendência crescente na adoção de abordagens mais holísticas, nas quais as normas tributárias são integradas a políticas ambientais mais amplas, multidimensionais e multisetoriais. A ênfase estará na criação de um ambiente fiscal que não apenas desencoraje práticas prejudiciais, mas também promova ativamente o investimento em setores verdes e na sustentabilidade em todas as esferas da atividade econômica.

A preocupação com a proteção ambiental tornou-se uma pauta central nas discussões globais, e os países estão cada vez mais buscando maneiras de incentivar práticas sustentáveis. No contexto brasileiro, as normas tributárias poderão vir a ter um papel crucial como instrumentos indutores da proteção ambiental, daí a necessidade do estudo sobre o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), que virá a substituir o ICMS, um dos impostos mais importantes e de maior relevância para os estados brasileiros. Assim, na seção seguinte, serão tratadas as perspectivas futuras sobre a Emenda Constitucional 132/2023.

4. Reforma tributária (EC 132/2023): perspectivas para o futuro sob a ótica da transição ICMS-IBS ecológico

Como destacado anteriormente, a tributação ambiental tem um papel voltado para a proteção do meio ambiente e de resguardar a sua manutenção. O contexto da Reforma Tributária vem como a alteração essencial de uma sistemática legal que demonstrou erros e acertos ao longo de anos da era pós-constituinte, revelando o amadurecimento e recrudescimento da legislação ambiental.

A partir disso, é possível analisar as normas tributárias como instrumentos de intervenção no campo social e econômico para a prática dos desígnios constitucionais pelo princípio específico de provocar comportamentos por meio da criação de situações em que o contribuinte será premiado ou penalizado economicamente diante da possibilidade de adoção do comportamento julgado socialmente desejável.³⁹

Toda norma tributária, é, por característica de sua própria natureza, indutiva, pois é intuitivo que os contribuintes tomarão suas decisões pretendendo se eximir ou reduzir a incidência tributária independente do caso. Da mesma forma, o mero fato

³⁷ PEREIRA, M. M. F.; OLIVEIRA, L. T. "Responsabilidade compartilhada na política nacional de resíduos sólidos: aplicabilidade da norma tributária ambiental indutora." *Direito e Desenvolvimento*, v. 10, n. 2, p. 322-335, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.26843/direitoedesenvolvimento.v10i2.1170>. Acesso em: 16 mar. 2024.

³⁸ CALIENDO, P. "Extrafiscalidade ambiental e o Incentivo às Energias Renováveis", em CALIENDO, P.; LUCENA CAVALCANTE (org.). *Tributação Ambiental e Energias Renováveis*. Editora Fi, Porto Alegre, 2016.

³⁹ ADAMY, P. "Instrumentalização do Direito Tributário", em ÁVILA, H (org.). *Fundamentos do Direito Tributário*. Marcial Pons, São Paulo, 2012.

de uma norma tributária visar à indução comportamental não lhe retira sua aptidão arrecadatória.

As normas tributárias indutoras são, seguindo essa linha de raciocínio, vetores comportamentais, não pelo fato de influenciarem nos atos dos contribuintes, visto que isso se dá relativamente a qualquer norma tributária. O fator mais marcante das normas tributárias indutoras está no caráter proposital da influência comportamental que geram, atrelado à finalidade que justifica a existência do próprio tributo.

Entretanto, a capacidade indutora desta norma guarda, na sua gênese, uma intenção por parte do legislador. Momento em que procurou atingir objetivos específicos com a tributação correspondente, e com isso, provocando consequências não totalmente precisas. Para Martha Leão “quando se trata da extrafiscalidade este desejo não é uma simples consequência da imposição tributária, mas sim uma deliberada intenção do legislador, que usa o tributo como mecanismo dessa intervenção [...]”.⁴⁰

O objetivo-fim dessa normatividade, deve ser visto sob um prisma analiticamente jurídico, sendo necessário efetuar uma diferenciação dos efeitos das normas tributárias, visto que no momento que os efeitos são aceitáveis sob o escopo econômico,⁴¹ o objetivo de uma dada norma tributária pode ser juridicamente apreciada, destacada e levada em consideração para fins de interpretação.

Assim, é possível concluir que o uso das normas tributárias para provocar certos comportamentos é uma ferramenta de política tributária legítima. Como dito acima, tem efeito extrafiscal, que não é meramente arrecadatório, e esse efeito deve necessariamente se dar por meio de estímulos ou desincentivos, de forma a premiar ou agravar a situação do contribuinte.

O uso desmedido de normas tributárias indutoras pode criar uma espécie de banalização do poder nos Administradores Públicos, de forma a impulsionarem a adoção de posturas pelos contribuintes que sejam ecologicamente responsáveis, mas preterir os esforços necessários para que a própria Administração Pública consuma investimentos em instituições, pessoal, equipamentos e demais itens necessários para o implemento de uma efetiva proteção estatal ao meio ambiente.

Ocorre, todavia, que o uso de normas tributárias extrafiscais voltadas para a promoção de finalidades ambientais é já parte do conforme à Constituição Federal, tratando-se de uma realidade internacional a qual o Brasil já adere desde há muitas décadas. Embora de nobre propósito, a questão da tributação verde é polêmica e conta com suas especificidades que precisam ser bem equacionadas para que incentivos fiscais ambientais não se transmutem em privilégios desarrazoados e despropositados, eivados de inconstitucionalidade⁴².

Observadas as principais premissas do assunto, agora faz-se uma análise, delimitada, de como a Reforma Tributária impacta uma forma muito específica de indução comportamental por meio de normas fiscais: o ICMS ecológico.

A Constituição Federal distingue as competências legislativas entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com o objetivo de apontar limites a serem respeitados por esses entes federativos. A arquitetura normativa de um Estado Federal pressupõe não só a decisão constituinte que cria o estado federal e de suas partes fundamentais, mas igualmente a repartição de competências entre a União e os Estados-Membros, os quais recebem seus poderes delegados da própria Constituição.⁴³

⁴⁰ LEÃO, M. “Contributo para o Estudo da Extrafiscalidade: a importância da finalidade na identificação das normas tributárias extrafiscais.” *Revista Direito Tributário Atual – RDTA*, v. 34. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDta/article/view/155/1002>. Acesso em: 20 abr.2024.

⁴¹ PACHECO BOMFIM, G. *Incentivos Tributários: conceituação, limites e controle*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2015.

⁴² ADAMY, P. “Instrumentalização do Direito Tributário”, em ÁVILA, H (org.). *Fundamentos do Direito Tributário*. Marcial Pons, São Paulo, 2012.

⁴³ HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Del Rey, Belo Horizonte, 1995.

No mesmo raciocínio, o Princípio Federativo delinea a repartição de competências entre as entidades componentes do Estado Federal, o que delinea, assim na similitude jurídica entre a União e os Estados, traduzida num documento (constitucional) rígido, cuja principal função é discriminar competências de cada qual, de modo a não ensejar violação da autonomia recíproca por qualquer das partes.⁴⁴

O Prof. Heleno Torres defende que a Constituição Federal criou o Federalismo Cooperativo, o que está sedimentado pelo financiamento centrífugo, a partir de onde os poderes convergem para a unidade do federalismo, mas ocorre uma responsabilidade de financiamento para com os entes menos centralizados. Assim, se os poderes estão agindo para convergir na unidade central do federalismo, este mesmo ente passa a assumir a responsabilidade desse financiamento, pelo princípio de cooperação mútua.⁴⁵

E isso acontece de tal forma que não há somente uma distribuição de competências tributárias aos entes federados, atribuindo-lhes espectros de legitimidade para a cobrança de tributos, mas também um sistema de repartição da arrecadação destes, de maneira a que a União divida parte do que arrecada com Estados e Municípios, da mesma forma que os Estados para com os seus Municípios.

A Constituição Federal de 1988 tem um sistema muito sofisticada de repartição de receitas. Atinente aos Municípios, estes irão receber repasse extraído do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), sobre a remuneração para seus servidores na Administração Pública, não obstante também tenha acesso à 50% do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), relativo aos veículos registrados em seu território e de 50% da arrecadação do Imposto Territorial Rural (ITR), respectivos aos imóveis neles situados, podendo passar a 100% da arrecadação no caso de os Municípios fiscalizarem e arrecadarem o imposto, isenções, reduções, diminuições de alíquota ou deduções.⁴⁶

O art. 158, da Constituição Federal resguarda também o direito Múncipe a 25% da arrecadação do ICMS dos Estados respetivos, além de um mínimo 65% na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios, ao passo que até 35%, de acordo com o que dispuser lei estadual, observada, obrigatoriamente, a distribuição de, no mínimo, 10% com base em indicadores de melhoria nos resultados de aprendizagem e de aumento da equidade, considerado o nível socioeconômico local.

Após todo esse exercício de contextualização, cria-se o fundamento do chamado ICMS ecológico. Trata-se não de uma exação tributária no sentido estrito da palavra, mas sim de um critério de repartição dos Estados, para com os Municípios, do produto da arrecadação de ICMS que lhes é devido, por parte dos Municípios, de políticas públicas voltadas à preservação e cuidado para com o meio ambiente, tais como a criação de fundos destinados a tal matéria, estabelecimento de campanhas voltadas à preservação de espécies de flora e fauna, identificação e resguardo de áreas indígenas, investimentos em obras de saneamento básico, etc.

A Reforma Tributária faz uma profunda alteração sobre o tema, causando insegurança quanto à efetividade do seu futuro. Ainda assim, a Reforma Tributária faz a substituição do ICMS (e o ISS) pelo Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) e cria sua metodologia de repartição aos municípios.

Anteriormente, a Reforma Tributária não tinha diretriz estreitamente ecológica como um vetor de distribuição da arrecadação do IBS, e isso foi efetivamente alterado. Importante, todavia, prestar atenção para as diferenças originadas com o texto da Reforma Tributária.

Antes da alteração, os Estados podiam criar uma distribuição ecológica de até 25% do total a ser dividido, proveniente da arrecadação de ICMS, uma vez que a

⁴⁴ ATALIBA, G. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª ed. Malheiros, São Paulo, 2004

⁴⁵ TAVEIRA TORRES, H. "Constituição Financeira e o Federalismo Financeiro Cooperativo Equilibrado Brasileiro". *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, n. 5, 2014.

⁴⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília-DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 ago. 2024.

Constituição Federal proporciona a liberdade para os Estados disporem sobre os critérios de repartição de até 35% do total a ser repartido a este título, mas, ao menos 10% devem ocorrer com base em indicadores de melhoria nos resultados de aprendizagem e de aumento da equidade, considerado o nível socioeconômico dos educandos.

Agora, apesar que o texto da Reforma Tributária resguarde a autonomia dos Estados para disporem sobre o IBS ecológico por lei, tal critério passa a ser de adoção obrigatória pelos Estados, dizendo respeito a 5% de 25% do produto da arrecadação do IBS. Não está estabelecido, todavia, exatamente quanto do produto de arrecadação do IBS será destinado a cada Estado, conforme art. 156-A, §§ 4º e 5º, I.⁴⁷

Apesar de que há um cenário de um ICMS ecológico que terá um fim programado ao longo da progressiva absorção da Reforma e sua adequação, até se alcançar a aplicabilidade do IBS ecológico, existem incertezas de sua eficiência e aplicabilidade, que serão enormes, pois ainda que passe a ser obrigatório pelos Estados, o seu montante é ponto ainda incerto e de impossível estimativa, o que traz dúvidas quanto a sua efetividade na indução aos municípios para que investimentos e instituição de políticas públicas coadunadas com a proteção ao meio ambiente.

5. Considerações finais

As mudanças trazidas pelo paradigma normativo tributário que vem sendo desenhado com a reforma tributária nos colocam em diversas discussões que são essenciais para a evolução e compreensão do tema da indução tributária e o efeito extrafiscal da tributação. A Constituição Federal de 1988, a exemplo a lei 6.938/1981, como ressaltada acima, trouxe a Política Nacional do Meio Ambiente, um verdadeiro *standard* de leis ambientais, quando, logo após, a própria Constituição veio a consolidar a proteção ecológica como um dos objetivos do Estado Brasileiro.

O diploma constituinte então veio trazer um sofisticado sistema de aplicação normativa sob a premissa de proteger o meio ambiente, e com isso a análise da incidência tributária passou a ser voltada não apenas para seu viés arrecadatário, mas de atingir um interesse público que agora estava tutelado, de forma explícita, pela Constituição.

E assim, a Constituição de 1988 foi a grande mudança sistemática, pois introduziu o direito fundamental à proteção ambiental em seu art. 225, trazendo que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."⁴⁸

O meio ambiente equilibrado é a base teleológica de toda a imposição normativa que existe no país, diante disso, os tributos ecológicos surgem como ferramenta basilar para a concretização de um desenvolvimento sustentável no Brasil. A EC 132/2023 cria um novo horizonte de possibilidades, com perspectivas de criação de um ambiente e leis que favoreçam práticas econômicas realmente sustentáveis. Contudo, é crucial que essa transformação seja acompanhada de ações coordenadas entre os diferentes entes federativos e de um engajamento efetivo da sociedade.

Toda norma tributária, é, por si só, indutiva, pois é parte de sua natureza sistemática de consequências que os contribuintes tomarão suas decisões com o objetivo de escapar ou reduzir a incidência tributária independente do caso. Da

⁴⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília-DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 ago. 2024.

⁴⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília-DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 ago. 2024.

mesma forma, a mera situação de uma norma tributária visar à indução comportamental não inibe sua aptidão arrecadatória.

E como dito anteriormente, apesar que o texto da Reforma Tributária resguarde a autonomia dos Estados para disporem sobre o IBS ecológico por lei, existindo a sua função multitudinal no sentido de ser “extrafiscal”, não está estabelecido, todavia, exatamente quanto do produto de arrecadação do IBS será destinado a cada Estado, o que não se sabe, exatamente, quais os interesses políticos que podem agir para interferir na forma e distribuição dessa arrecadação.

Assim, observa-se que existem diversos desafios que acompanham a chamada “tributação verde”, a qual, se conseguir evoluir com a nova reforma tributária, ocorrerá um significativo salto para a sustentabilidade no Brasil, ainda que não se tenha a plenitude da *práxis* decorrente da transição do ICMS para o IBS, mas depreendendo que, desde a promulgação da Constituição, já existe um delineamento normativo e jurisprudencial que amadurece e traz novas perspectivas para o tema, que ainda é vasto para fins de exploração.

Referências

- ADAMY, P. “Instrumentalização do Direito Tributário”, em ÁVILA, H (org.). *Fundamentos do Direito Tributário*. Marcial Pons, São Paulo, 2012.
- AQUINO, V. “IPVA 2024: estados que dão descontos ou isentam eletrificados”, *Estadão*, 2024. Disponível em: <https://jornaldocarro.estadao.com.br/servicos/ipva-2024-estados-que-dao-desconto-ou-isentam-eletrificados/>. Acesso em: 30 mai. 2024.
- ATALIBA, G. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª ed. Malheiros, São Paulo, 2004.
- BEVILAQUA MARIN, E. F.; ARAÚJO MASCARENHAS, G. M. “Direito ao meio ambiente e mudanças climáticas: o constitucionalismo brasileiro e o acordo de Paris.” *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 11, n. 2, p. 254-287, 2020. Disponível em: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v11i2.27113. Acesso em: 6 jan. 2024.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília-DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 ago. 2024.
- CALIENDO, P. “Extrafiscalidade ambiental e o Incentivo às Energias Renováveis”, em CALIENDO, P.; LUCENA CAVALCANTE (org.). *Tributação Ambiental e Energias Renováveis*. Editora Fi, Porto Alegre, 2016.
- CARDOSO SQUEFF, T. A. F. R. “O papel da certificação ambiental na consecução do desenvolvimento e consumo sustentável.” *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, v. 43, 2020. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/revfd/article/view/57757>. Acesso em: 17 mar. 2024.
- CESARE, C. M. “Condições Básicas para garantir a funcionalidade da tributação recorrente ao patrimônio imobiliário urbano e rural”. *Plataforma Política Social*, 2018. Disponível em: <https://plataformapoliticasocial.com.br/condicoes-basicas-para-garantir-a-funcionalidade-da-tributacao-recorrente-ao-patrimonio-imobiliario-urbano-e-rural/>. Acesso em: 10 ago. 2024.
- DANTAS ELALI, A. S. *Tributação e desenvolvimento econômico regional: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2006.
- FOLLONI, A.; CAVALHEIRO RICCI, H. “Tributação Ambiental e as limitações constitucionais ao poder de tributar.” *Argumentum: Revista de Direito da Universidade de Marília*, Marília, n. 15, 2014. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/issue/view/3/showToc>. Acesso em: 6 jan. 2024.

- FREITAS, J. "O tributo e o desenvolvimento sustentável." *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 21, n. 3, 2016, p. 829-830. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/9682>. Acesso em: 7 jan. 2024.
- GIRARDON DOS SANTOS, D. T.; BENEDETTI RODRIGUES, D. "Paradigma de transição para uma racionalidade ambiental no Brasil." *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, [S. l.], v. 15, n. 2, 2024. p. 147-170. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/35665>. Acesso em: 10 de agosto 2024.
- HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Del Rey, Belo Horizonte, 1995.
- LEÃO, M. "Contributo para o Estudo da Extrafiscalidade: a importância da finalidade na identificação das normas tributárias extrafiscais." *Revista Direito Tributário Atual – RDTA*, v. 34. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/155/1002>. Acesso em: 20 abr. 2024.
- LUCENA CAVALCANTE, D. "Tributação ambiental: por uma remodelação ecológica dos tributos". *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFC*, v. 32, n. 3, 2012, p. 101-115. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/353>. Acesso em: 6 jan. 2024.
- MOURA, C. "Tributação do carbono na América Latina e perspectivas para o Brasil." *E-Legis – Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação da Câmara dos Deputados*, v. 15, n. 39, p. 238-257, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.51206/elegis.v15i39.767>. Acesso em: 30 ago. 2024.
- MOYSÉS ETCHEZAR, J. W.; CHECHI BIORCHI, B. "Desenvolvimento sustentável: uma análise da perspectiva de garantia para gerações futuras." *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, [S. l.], v. 11, n. 1, 2018. p. 145. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/15369>. Acesso em: 15 de junho de 2024.
- MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B. *Public Finance in Theory and Practice*. 5. ed. Mcgraw-Hill Book Company, New York, 1989.
- OLIVEIRA, T. S. de; VALIM, B. F. da C. A. "Tributação Ambiental: incorporação do meio ambiente na reforma do sistema tributário nacional." Em VV. AA. (Sachsida, A; Erich Endrillo Santos Simas, E. E. Organizadores). *Reforma Tributária IPEA-OAB/DF*. Rio de Janeiro: IPEA, 2018.
- PACHECO BOMFIM, G. *Incentivos Tributários: conceituação, limites e controle*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2015.
- PEREIRA, W. E. N. "Desenvolvimento econômico e redução das desigualdades regionais frente as políticas incentivadoras da guerra fiscal." *Argumenta Journal Law*, n. 34, p. 263-284, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.35356/argumenta.v0i34.1956>. Acesso em: 20 de julho de 2024.
- PEREIRA, W. E. N. *O Desenvolvimento econômico e a redução das desigualdades regionais enquanto princípios constitucionais desrespeitados por políticas incentivadoras da guerra fiscal*. Monografia de graduação, Universidade federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.
- RODRIGUES SOUSA, P. H. M.; GERMANO ALVES, F. *Pesquisa científica: aspectos práticos*. Insigne Acadêmica, Natal, 2024. (Coleção Arquivos Insigne).
- SANTOS, F. F. P. V.; SCABORA, F. C. "Tributação Ambiental e Extrafiscalidade no Brasil: Incentivos Fiscais e Regressividade da Tributação Verde." *Revista Direito Tributário Atual*, n. 52, ano 40, p. 144-161, 2022.
- SENNA GANEM, R.; GUIMARÃES ARAÚJO, S. M. V. (org.). *Legislação brasileira sobre meio ambiente [recurso eletrônico]: fundamentos constitucionais e legais*.

- Edições Câmara, Brasília, 2015, p. 42. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/editora>. Acesso em: 09 mar. 2024.
- SOUZA DUARTE, M. C. *Meio ambiente sadio: direito fundamental*. Juruá, Curitiba, 2003.
- TAVEIRA TORRES, H. "Constituição Financeira e o Federalismo Financeiro Cooperativo Equilibrado Brasileiro". *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, n. 5, 2014.
- VALENTINI TRISTÃO, V. T. *Imposto Verde: um tributo à natureza*. Dissertação de mestrado, Escola de Administração Pública e Governo, Fundação Getúlio Vargas (FGV), São Paulo, 1999.
- XAVIER, Y. M. A.; PINTO, K.; FRANÇA, V. R. "Estudo sobre o direito à liberdade econômica e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: conflitos e aproximações." *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 20, 2023, p. 5. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/2337>. Acesso em: 6 jan. 2024.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 25. Núm. Extraordinario (2024), pp. 206-222
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Inteligência Artificial como ferramenta para otimização e automação das ações coletivas: uma análise a partir dos dados do Tribunal Regional Federal da 5ª Região

Artificial Intelligence as a Tool for the Optimization and Automation of Class Actions: An Analysis Based on Data from the Federal Regional Court of the 5th Region

Elias Jacob de Menezes Neto¹

Fernanda Guedes Queiroz de Lira²

Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

Sumário: 1. Introdução. 2. O que são ações coletivas e seu enquadramento no sistema jurídico nacional. 3 A inteligência artificial aplicada ao direito e sua relevância. 4. Metodologia Científica. 5 Análise das Ações Coletivas em trâmite no TRF5. 6. A inteligência artificial no TRF5: uma realidade. 6.1 A realidade da inteligência artificial aplicada às Ações Coletivas. 7. Desafios e Perspectivas Futuras. 8. Considerações finais. Referências.

Resumo: O Poder Judiciário Brasileiro enfrenta um dos seus maiores desafios com a elevada quantidade de processos judiciais ativos, que dificulta a resolução rápida dos conflitos e compromete o cumprimento de princípios constitucionais, como o acesso à justiça, eficiência e a duração razoável do processo. Dessa forma, o objetivo deste artigo é verificar o impacto das ações coletivas no Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5) e compreender de que forma a inteligência artificial está sendo aplicada no âmbito deste tribunal. A metodologia empregada consiste em uma análise quantitativa dos dados obtidos por meio da API do Sistema Júlia, complementada pelo processamento dos dados com Python, para examinar o volume e a evolução das ações coletivas ao longo dos anos, nos auxilia a compreender a verdadeira situação de tais demandas neste tribunal. Os resultados indicam um forte impacto de tais ações no TRF5. Ainda, ao analisarmos as iniciativas de inteligência artificial aplicadas e que estão sendo desenvolvidas no TRF5, percebemos que estas podem otimizar significativamente o processamento dessas ações, reduzindo a

¹ Professor de aprendizado de máquina do Instituto Metrópole Digital da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. elias.jacob@ufrn.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9152955193794784>.

² Mestranda em Direito pela UFRN. fernanda.lira.118@ufrn.edu.br Lattes <http://lattes.cnpq.br/2389175092181567>.

Recibido: 01/09/2024

Aceptado: 09/10/2024

DOI: 10.5281/zenodo.13909332

sobrecarga do sistema e melhorando a celeridade na tomada de decisões judiciais. No entanto, a pesquisa também identificou limitações para a utilização da IA, dentre elas: a falta de infraestrutura tecnológica adequada e a escassez de profissionais qualificados, que representam desafios à implementação eficaz da IA. Por fim, a originalidade deste estudo reside em sua abordagem inovadora ao combinar uma análise quantitativa dos impactos das ações coletivas com a aplicação prática da IA, oferecendo uma perspectiva valiosa sobre o uso de tecnologias emergentes para melhorar a administração da justiça no Brasil e garantir um sistema judiciário mais acessível e eficiente.

Palavras-chave: Ações Coletivas; Inteligência Artificial; TRF5; Congestionamento do Judiciário; Análise Quantitativa.

Abstract: The Brazilian Judiciary faces one of its greatest challenges with the high number of active legal cases, which hinders the quick resolution of conflicts and compromises the fulfillment of constitutional principles, such as access to justice, efficiency, and the reasonable duration of proceedings. Thus, this article aims to assess the impact of class actions in the Federal Regional Court of the 5th Region (TRF5) and to understand how artificial intelligence is being applied within this court. The methodology employed consists of a quantitative analysis of data obtained through the Julia System API, complemented by data processing with Python, to examine the volume and evolution of class actions over the years, helping us to understand the true situation of such demands in this court. The results indicate a significant impact of such actions on TRF5. Furthermore, by analyzing the AI initiatives being applied and developed in TRF5, we observe that they can significantly optimize the processing of these actions, reducing the system's overload and improving the speed of judicial decision-making. However, the research also identified limitations to the use of AI: the lack of adequate technological infrastructure and the shortage of qualified professionals, which pose challenges to the effective implementation of AI. Finally, the originality of this study lies in its innovative approach by combining a quantitative analysis of the impacts of class actions with the practical application of AI, offering a valuable perspective on the use of emerging technologies to improve the administration of justice in Brazil and ensure a more accessible and efficient judicial system.

Keywords: Class Actions; Artificial Intelligence; TRF5; Judicial Overload; Quantitative Analysis.

1. Introdução

No âmbito do Poder Judiciário Brasileiro, um dos problemas mais críticos é a elevada quantidade de processos judiciais ativos, que impede a resolução célere de todos os casos e compromete a observância dos princípios constitucionais fundamentais, dentre eles: acesso à justiça, celeridade e duração razoável do processo. De acordo com o relatório Justiça em Números 2024 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o ano de 2023 terminou com um acervo de 83,8 milhões de processos em tramitação, o que representa um aumento de 1,1% em relação ao ano anterior³.

Nessa perspectiva, essa enorme quantidade de processos em andamento evidencia a crise que afeta o Judiciário brasileiro, tornando-se uma preocupação central, especialmente no que se refere à possível violação dos direitos fundamentais dos litigantes. A gestão desse volume processual impõe desafios consideráveis,

³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Justiça em números*: 2024. Brasília: CNJ, 2024. 448 p.

exigindo soluções que busquem não apenas a eficiência processual, mas também a preservação do acesso à justiça e a garantia de um julgamento justo e célere para todos.

Ainda, embora tenham sido implementados procedimentos visando à redução do número absoluto de processos no Judiciário, acompanhados pelo crescimento da máquina pública, essas medidas não abordam a raiz do problema. Não basta apenas diminuir a quantidade de processos, é essencial resolvê-los de maneira efetiva. Os Panoramas Justiça em Números realizados anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça fornecem dados quantitativos significativos, mas carecem de uma análise que considere a complexidade de cada demanda. Avaliar processos apenas pelo número não reflete adequadamente o grau de dificuldade envolvido em cada caso⁴.

Neste cenário, a inteligência artificial emerge como uma ferramenta promissora para enfrentar esses desafios, especialmente no contexto das ações coletivas. Entretanto, a principal dificuldade reside em estabelecer parâmetros precisos para a aplicação dessa tecnologia na otimização do processamento dessas ações. Considerando que grande parte do problema decorre da complexidade e volume de demandas coletivas, torna-se imperativo explorar as possibilidades que a inteligência artificial oferece para superar esses obstáculos e promover uma justiça mais eficiente.

Sendo assim, o presente trabalho tem como objetivo geral, verificar o impacto das ações coletivas no Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5) e compreender de que forma a inteligência artificial está sendo aplicada no âmbito deste tribunal. A pergunta de pesquisa que orienta este estudo é: qual é o impacto das ações coletivas no TRF5 e de que maneira a inteligência artificial está sendo utilizada para enfrentar os desafios e sendo incorporada ao Judiciário brasileiro, com ênfase no TRF5?

2. O que são ações coletivas e seu enquadramento no sistema jurídico nacional

A nova realidade jurídica toma corpo direitos que não se personalizam, não se individualizam numa única pessoa, mas, ao contrário, pertencem, igualmente, a toda uma coletividade de pessoas. Inicialmente, esses direitos que extrapolam a esfera de subjetividade de uma pessoa individualmente considerada foram agrupados sob a denominação de direitos difusos ou coletivos. Contudo, atualmente, com o maior desenvolvimento dos estudos científicos sobre a matéria, estes passaram a ser identificados como direitos metaindividuais, transindividuais ou supra-individuais⁵.

Nesse sentido, a preocupação com o acesso à justiça começou a se fazer presente no início do século XX, quando a sociedade impulsionada pela revolução industrial, cresceu em tamanho, complexidade e exigências, iniciando-se pela consagração, inclusive, em nível constitucional, dos chamados “novos direitos”, especialmente, dos direitos sociais⁶.

Contudo, no cenário atual, existem alguns obstáculos ao acesso à justiça, sendo eles: a) o problema dos custos judiciais, no qual se insere também o tempo do processo, na medida em que, quanto mais demorada, mais custosa é a demanda; b) a possibilidade de as partes efetivamente buscarem o Judiciário, considerando os seus recursos financeiros, sua aptidão para reconhecer o direito que está sendo pleiteado, sua aptidão para reconhecer um direito e propor a ação correspondente, bem como as dificuldades reais dos “litigantes eventuais” em face dos “litigantes habituais”, grandes empresas; e, finalmente, os problemas referentes o acesso à

⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Justiça em números 2024*. CNJ, Brasília, 2024. 448 p.

⁵ SANTOS CHAVES, C. *Ações coletivas & coisa julgada*. Juruá, Curitiba, 2004. 236 p.

⁶ GUEDES JUNIOR, W. D. *Esqueceram do réu: a repetição de ações coletivas no insuficiente microssistema processual coletivo brasileiro*. Thoth, Londrina, PR, 2024. 174 p. ISBN 978-65-5959-731-4.

justiça para a tutela dos direitos difusos, problemas estes que, na época, referiam-se a legitimidade para a tutela de tais direitos⁷.

Nessa perspectiva, as ações coletivas foram pensadas como uma ferramenta importante de acesso à justiça, utilizadas para permitir uma prestação jurisdicional ampla e plural, concretizando o direito material das partes de modo efetivo e gerando economia processual, duração razoável do processo e isonomia. Logo, a ampliação no uso das demandas coletivas para a proteção de interesses frente ao Poder Público torna-se, então, mecanismo de participação da sociedade na administração da coisa pública. Assim, as demandas coletivas acabam assumindo o papel de verdadeiro instrumento de democracia participativa, servindo para extravasar as diversas orientações populares sobre os rumos a serem adotados pelo governo nacional⁸.

Seguindo essa linha de raciocínio, as ações coletivas são definidas principalmente pelo pedido formulado. Isso ocorre porque uma mesma situação pode ser abordada sob diferentes perspectivas, seja espacial ou subjetiva, com maior ou menor abrangência. Esses limites são estabelecidos para identificar quais sujeitos e quais aspectos específicos são afetados pelos efeitos da ação (limites subjetivos e objetivos). Assim, a doutrina indica que é o pedido na petição inicial da ação coletiva que determina se a matéria se enquadra como direito difuso, coletivo ou individual homogêneo⁹.

Ao passo que as ações coletivas ganham destaque como instrumentos essenciais para a ampliação do acesso à justiça, é importante refletir sobre os desafios práticos e teóricos que ainda cercam sua aplicação. A complexidade dos direitos metaindividuais exige uma abordagem judicial diferenciada, que não só reconheça a multiplicidade de interesses envolvidos, mas, também, garanta uma proteção efetiva e célere desses direitos. Nesse contexto, a adequada definição dos limites subjetivos e objetivos das ações coletivas torna-se fundamental para evitar decisões conflitantes e assegurar a uniformidade na tutela dos interesses coletivos.

Um dos principais desafios enfrentados pelas ações coletivas é a questão da legitimidade ativa, ou seja, quem está apto a representar e defender os direitos de uma coletividade em juízo. Historicamente, essa legitimidade foi atribuída a entes públicos, associações civis e outros representantes coletivos, mas a crescente complexidade das demandas sociais e a ampliação dos direitos metaindividuais impõem uma reavaliação constante desses critérios. A definição da legitimidade ativa é crucial para garantir que os interesses da coletividade sejam adequadamente representados e que as decisões judiciais proferidas tenham eficácia prática na proteção desses direitos¹⁰.

Outro grave fator a ser considerado é a maneira como as ações coletivas são contabilizadas em instrumentos de avaliação do sistema judiciário, como o relatório "Justiça em Números". Estes instrumentos costumam registrar as ações coletivas como uma única ação, sem levar em conta o impacto real que elas exercem no sistema. No entanto, uma única ação coletiva pode originar diversas execuções individuais, já que envolve múltiplos beneficiários. Essa contagem limitada subestima a carga de trabalho imposta ao Judiciário e a complexidade intrínseca de tais processos. Dessa forma, essa subnotificação pode levar a uma percepção distorcida

⁷ GUEDES JUNIOR, W. D. *Esqueceram do réu: a repetição de ações coletivas no insuficiente microsistema processual coletivo brasileiro*. Thoth, Londrina, PR, 2024. 174 p.

⁸ ASSUMPÇÃO NEVES, D. A. *Manual de Processo Coletivo*. Juspodivm, Salvador, 2021. 573 p.

⁹ ASSUMPÇÃO NEVES, D. A. *Manual de Processo Coletivo*. Juspodivm, Salvador, 2021. 573 p.

¹⁰ REBELLO PRESGRAVE, A. B. F.; ARAÚJO BARROSO, I. A *(i)legitimidade ativa do Ministério Público para promover a execução coletiva de decisão judicial que reconhece violação a direito individual homogêneo: uma análise do Recurso Especial nº 1801518/RJ*. In: VITORELLI, Edilson; OSNA, Gustavo; ZANETI JÚNIOR, Hermes; REICHEL, Luis Alberto; JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (orgs.). *Coletivização e Unidade do Direito*, vol. IV. Thoth, Londrina 2023. p. 81-94.

da eficiência do sistema judicial e à subestimação dos recursos necessários para a gestão adequada das ações coletivas¹¹.

Portanto, é crucial que a contagem e a análise das ações coletivas sejam realizadas de maneira que reflitam a real magnitude dessas demandas no contexto do sistema judiciário. A falta de um registro mais preciso dificulta o planejamento de políticas públicas voltadas à melhoria da eficiência do Judiciário e ao aprimoramento da tutela coletiva. Um sistema de contabilização que considere não apenas a ação coletiva em si, mas também o volume de execuções dela decorrentes, poderia proporcionar uma visão mais clara do impacto das ações coletivas no sistema de justiça e auxiliar na alocação adequada de recursos e na formulação de estratégias para lidar com a complexidade desses processos.

3. A inteligência artificial aplicada ao direito e sua relevância

A cultura jurídica brasileira tradicionalmente se baseou no processo judicial como instrumento para a resolução de disputas. A importância de conferir status constitucional ao acesso à justiça não pode ser subestimada. No entanto, como a cultura jurídica brasileira tradicionalmente tem confiado no processo judicial como o principal meio de resolver disputas, a jurisdição foi fortalecida sem muita atenção aos meios preventivos ou alternativos de resolução de conflitos¹².

O modelo de jurisdição no Brasil apresenta várias características que aumentam o volume de casos jurídicos, incluindo recursos. As mais importantes são as características estabelecidas pela Constituição. A Constituição não apenas define o acesso à justiça como um direito humano e o garante. Ela também contempla certas diretrizes de transformação social. Além disso, a Constituição prescreve comportamentos em todo o espectro da vida e da política. Como resultado, qualquer questão pode ser levada ao judiciário¹³.

Devido a essa extrema necessidade de fornecer uma solução para tamanho problema surge a inteligência artificial (IA) que vem mostrando a sua importância em diversas áreas jurídicas. Contudo, no âmbito do Poder Judiciário, esta promove inúmeras discussões, principalmente consubstanciadas no princípio da duração razoável do processo. A compreensão das bases da inteligência artificial é fundamental para refletir sobre suas aplicações, benefícios e desafios éticos. Dessa forma, será analisado como a inteligência artificial funciona, suas principais áreas de aplicação e os impactos sociais e culturais associados ao seu desenvolvimento. Esse entendimento é crucial para aprofundar a discussão sobre como a inteligência artificial está sendo utilizada para enfrentar os desafios e sendo incorporada ao Judiciário brasileiro, com ênfase no Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5)¹⁴.

Nesse sentido, a inteligência artificial (IA) é o campo da ciência da computação que tem como foco o desenvolvimento de máquinas ou sistemas que possam resolver problemas que requerem a inteligência humana. A realidade é que os sistemas de inteligência artificial são capazes de produzir resultados frequentemente úteis. Esses sistemas fazem isso amplamente por meio de heurísticas, detectando padrões em dados e usando conhecimento, regras e informações que não foram especificamente codificados por pessoas.

¹¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Justiça em números 2024*. CNJ, Brasília, 2024. 448 p.

¹² MENEZES NETO, E. J.; MIRANDA CLEMENTINO, M. B. Using deep learning to predict outcomes of legal appeals better than human experts: A study with data from Brazilian federal courts. *PLoS ONE*, v. 17, n. 7, p. e0272287, 2022.

¹³ MENEZES-NETO, E. J.; MIRANDA CLEMENTINO, M. B. Using deep learning to predict outcomes of legal appeals better than human experts: A study with data from Brazilian federal courts. *PLoS ONE*, v. 17, n. 7, p. e0272287, 2022.

¹⁴ JIUKOSKI SILVA, S. J.; FONTÃO PIRES, T. C. "Perspectivas sobre a responsabilidade civil por danos causados pelas aplicações de Inteligência Artificial no delineamento do perfil do consumidor no Brasil", *Cadernos de Direito Actual*, n. 16, p. 369-383, 2021.

As máquinas são treinadas por meio de algoritmos responsáveis por definir como elas executarão uma atividade específica. As técnicas de aprendizado de máquina (machine learning) permitem criar programas que melhoram automaticamente seu desempenho por meio de sucessivos processos de tentativa, erro e ajustes. Esse processo visa, em linhas gerais, otimizar uma função, que descreve numericamente a relação entre entradas (inputs) e saídas (outputs). Em essência, o que caracteriza todos os algoritmos de aprendizado de máquina é a otimização de um critério de desempenho utilizando dados ou experiências anteriores¹⁵.

Nesse contexto, a inteligência artificial desempenha um papel crucial na identificação e aplicação das normas que devem ser adotadas para orientar a superação dos conflitos de interesse, funcionando como um instrumento eficaz de política pública jurídica. Esta nova ciência contribui para a definição de estratégias argumentativas e para a racionalização de novos tipos de argumentos, proporcionando maior eficiência na resolução de litígios¹⁶.

A tecnologia jurídica, por meio da inteligência artificial, permite que programas computacionais desenvolvam mecanismos capazes de adquirir conhecimento com base na performance acumulada. Assim, a inteligência artificial se torna uma ferramenta indispensável à modernização e aprimoramento do sistema judiciário, potencializando a capacidade de resolução de conflitos de maneira eficiente e alinhada com os princípios legais.

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem desempenhado um papel central na formulação de diretrizes para o uso da Inteligência Artificial nos tribunais, com a Resolução CNJ n. 332/2020, que instituiu a Política de Governança e Uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário. Ainda, esta resolução estabelece diretrizes que incluem a necessidade de transparência, confiabilidade, segurança, e privacidade dos dados utilizados nos sistemas de inteligência artificial, além de garantir que o uso dessas tecnologias esteja em conformidade com os direitos fundamentais previstos na Constituição. Ela também define a importância de treinamentos contínuos para magistrados e servidores, de modo a capacitá-los para o uso correto e crítico das ferramentas de inteligência artificial¹⁷.

Ainda, no TRF5 foi instituído o Ato nº 495/2022, emitido pela Presidência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5), instituindo o Comitê Permanente de Governança em Inteligência Artificial no âmbito da Justiça Federal da 5ª Região. Este comitê é composto por uma equipe multidisciplinar, incluindo juízes federais, diretores de sistemas, servidores do TRF5 e consultores acadêmicos. O objetivo principal do comitê é elaborar propostas de diretrizes que irão normatizar a atuação da inteligência artificial na 5ª Região, além de indicar os documentos necessários para orientar a política de governança em inteligência artificial. Essa iniciativa demonstra o compromisso do TRF5 com a inovação e a modernização do sistema judicial, assegurando que o uso da inteligência artificial seja conduzido de forma ética, transparente e alinhada com os princípios de justiça¹⁸.

¹⁵ CORMEN H., T. *Introduction to Algorithms*. 4th ed. The MIT Press, Cambridge, 2022.

¹⁶ SILVA LIMA, M. G. *Aspectos éticos e regulatórios para a implantação de soluções baseadas em inteligência artificial no poder judiciário brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2023.

¹⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Resolução nº 332*, de 21 de agosto de 2020. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original191707202008255f4563b35f8e8.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2024.

¹⁸ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. *Ato nº 495/2022*. Institui, no âmbito da Justiça Federal da 5ª Região, o Comitê Permanente de Governança em Inteligência Artificial. Disponível em:

Além das normas específicas, há precedentes judiciais que começam a moldar o uso da inteligência artificial no direito. Por exemplo, a implementação de sistemas de IA para triagem de processos, como o uso de algoritmos para identificar demandas repetitivas ou para priorizar casos urgentes, tem sido objeto de decisões judiciais que avaliam a sua compatibilidade com os princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

Diante disso, a inteligência artificial tem o potencial de transformar significativamente a maneira como as ações coletivas são gerenciadas no TRF5, oferecendo soluções para os desafios complexos enfrentados por esse tribunal. Ao automatizar processos, identificar padrões em grandes volumes de dados e fornecer análises preditivas, a IA pode agilizar o trâmite dessas ações, reduzir o tempo de processamento e aumentar a padronização das decisões judiciais. Além disso, a implementação da inteligência artificial na tutela coletiva abre perspectivas promissoras para o futuro do direito no Brasil, ao permitir uma justiça mais acessível e eficiente. A utilização dessa tecnologia pode não apenas melhorar a eficiência do sistema judiciário, mas, também, fortalecer a confiança da sociedade na justiça, ao assegurar que os direitos coletivos sejam protegidos de maneira mais eficaz e célere.

4. Metodologia científica

O presente estudo realizou uma pesquisa empírica com a abordagem quantitativa, de objetivo descritivo e exploratório, e natureza aplicada. Para tanto, foi desenvolvida uma ferramenta de coleta de dados oriundos do sistema de busca de jurisprudência do TRF5 denominado "Júlia". A ferramenta foi desenvolvida em linguagem Python.

A primeira etapa do processo envolveu o desenvolvimento de uma função, responsável por realizar as requisições à API do sistema Júlia. Esta função foi projetada para ser flexível, permitindo que o usuário especifique um intervalo de datas e um termo de pesquisa, filtrando assim os documentos de interesse. A URL de requisição foi construída dinamicamente para incluir esses parâmetros, garantindo a precisão da coleta de dados. A função realiza uma solicitação HTTP do tipo GET à API do sistema Júlia, converte a resposta JSON em um dicionário Python e exibe a quantidade de documentos retornados, fornecendo um feedback imediato sobre o sucesso das requisições.

Ainda, com as ferramentas e funções preparadas, o processo de coleta foi implementado em um loop que percorre os intervalos de tempo desejados, utilizando a função que realiza as requisições à API do sistema Júlia, coletando os dados de cada período. Após a coleta, os dados foram convertidos em formato tabular para facilitar a análise. Para mitigar o impacto do processo de coleta de dados nos servidores do TRF5, foi inserida uma pausa entre as requisições, garantindo que o processo fosse executado de forma respeitosa com os recursos do servidor.

O processo de coleta envolveu os processos em fase recursal, com data do acórdão entre 01/01/2015 e 04/07/2024. Estas datas foram escolhidas de modo que a avaliação ficasse adstrita às ações sob vigência do Código de Processo Civil de 2015.

O objetivo da implementação desse mecanismo ocorreu diante da necessidade de serem adotados procedimentos padronizados na geração de relatórios estatísticos do Tribunal e das Seções Judiciárias vinculadas. Uma das principais funções do sistema é a o acompanhamento da quantidade de processos, bem como a padronização da jurisprudência processual, para que fossem organizados os dados extraídos dos sistemas judiciais, nas quais podem ser utilizadas com o objetivo de auxiliar os gestores na tomada de decisão.

Em posse de tais dados, pretende-se responder parte da pergunta de pesquisa sobre qual o impacto das ações coletivas no TRF5. Possibilitando a análise, em um segundo momento, de que maneira a inteligência artificial está sendo utilizada para enfrentar os desafios e sendo incorporada ao Judiciário brasileiro.

5. Análise das ações coletivas em trâmite no trf 5

Após a coleta de dados, o próximo passo foi o processamento e a análise. Essa etapa focou, inicialmente, em uma análise de dados, com ênfase em verificar a quantidade de ações coletivas registradas em cada ano, identificando tendências e variações ao longo do tempo. Para isso, foi aplicada uma operação usando expressões regulares, (regex). Em um primeiro momento, optamos por realizar a busca através das expressões "Coletiv", "Ação", "Fazenda Pública", porém a expressão que trouxe uma maior acurácia para ser a string do regex foi o termo "Ação coletiva", a qual possibilitou identificar se caso constasse no texto esse termo a ação foi considerada como de ação coletiva.

Também foi realizada uma operação de agrupamento das ações coletivas por ano permitindo uma análise temporal detalhada, do crescimento desse tipo de ação com o tempo em relação ao total de ações do tribunal.

Em 2015, foram registradas 38.734 ações coletivas, o que corresponde a 0,87% do total. Este número continua a crescer nos anos seguintes, atingindo um pico em 2020, com 55.385 ações, correspondendo a 3,17% do total. Após um leve recuo em 2021, onde foram contabilizadas 52.291 ações coletivas (3,38% do total), os números voltam a subir em 2022, com 54.248 ações (3,48%), alcançando o maior percentual em 2023, com 55.489 ações, correspondendo a 4,09% do total. Por fim, no ano de 2024, os dados mostram uma leve queda no número de ações, totalizando 49.195, o que ainda representa uma parcela significativa (3,77%) do total de ações.

Ademais, os dados indicam uma crescente utilização das ações coletivas como instrumento jurídico, uma vez que a taxa média de crescimento, culminando em um percentual total de 2,87%, demonstra a relevância crescente dessas ações no âmbito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região ao longo do período analisado. Dessa forma, a metodologia empregada, baseada na consulta à API do Sistema Júlia e no processamento dos dados com Python, mostrou-se eficaz para captar o volume e a evolução dessas ações ao longo dos anos.

Sendo assim, ao analisarmos quantitativamente já conseguimos perceber um elevado impacto destes processos no âmbito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Contudo, ao refletirmos sobre a complexidade e a escala dessas ações temos ações impõem-se desafios consideráveis à gestão processual, tornando imperativo o uso de tecnologias avançadas. Nesse contexto, a inteligência artificial (IA) emerge como uma ferramenta promissora para otimizar o processamento dessas demandas, aliviando a sobrecarga no sistema judiciário e garantindo uma tutela mais eficiente dos direitos coletivos. Na próxima seção, analisaremos de que maneira a inteligência artificial está sendo utilizada para enfrentar os desafios e sendo incorporada ao Judiciário brasileiro, realizando uma análise das iniciativas presentes no Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

6. A inteligência artificial no trf5: uma realidade

A compreensão do Judiciário como um prestador de serviços exige ir além da avaliação sobre a capacidade do sistema de justiça em produzir decisões a um custo menor. É fundamental refletir sobre se a Justiça desempenha efetivamente suas funções e considerar a relação entre a qualidade do serviço prestado e os resultados obtidos. Medir os custos na Administração Pública é um desafio metodológico

significativo, devido à dificuldade em mensurar os benefícios gerados, identificar todos os elementos de custo e atribuir-lhes valores monetários precisos¹⁹.

Nessa perspectiva, a inteligência artificial (IA) tem sido cada vez mais utilizada em diversos setores da sociedade, incluindo o Judiciário²⁰. Com o avanço tecnológico, tornou-se possível desenvolver sistemas de inteligência artificial capazes de analisar grandes volumes de dados e tomar decisões complexas de forma automática. No contexto do Judiciário, a aplicação da inteligência artificial pode trazer benefícios como a agilidade na análise de processos, a identificação de padrões e a redução de erros e vieses nos processos de tomada de decisão. No entanto, apesar dos esforços anteriores do Judiciário para utilizar meios virtuais, a pandemia catalisou esse processo, resultando na adoção quase completa de meios virtuais para estabelecer relações pessoais, o que intensificou o uso de ferramentas tecnológicas²¹.

Seguindo por essa linha de raciocínio, as tecnologias de aprendizado de máquina, como demonstrado pelo Projeto Victor, revelam-se particularmente benéficas quando aplicadas ao sistema judiciário, promovendo não apenas a eficiência, mas também a transparência e a acessibilidade dos processos judiciais. O Projeto Victor, desenvolvido em parceria entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Universidade de Brasília (UnB), exemplifica como uma abordagem multidisciplinar pode resultar em soluções inovadoras para desafios complexos enfrentados pelo Judiciário. Com a colaboração de pesquisadores de Direito, Engenharia de Software e Ciência da Computação, o projeto avançou em três fases distintas, cada uma enfrentando desafios únicos relacionados ao tratamento e análise de dados judiciais²².

A fase inicial, focada na criação de um separador de peças processuais, destacou a dificuldade de lidar com a heterogeneidade das plataformas eletrônicas e a necessidade de técnicas como o reconhecimento óptico de caracteres (OCR) para transformar imagens em textos legíveis. Esse desafio evidencia a necessidade de uma maior uniformização dos processos eletrônicos no Brasil, fator essencial para o sucesso de iniciativas que buscam aplicar inteligência artificial ao Judiciário. A experiência adquirida com o Projeto Victor fornece lições valiosas para futuras aplicações de inteligência artificial, reforçando a importância de uma abordagem humanocêntrica e transparente no desenvolvimento de tecnologias que atendam aos interesses da coletividade²³.

Nessa perspectiva, as iniciativas desenvolvidas por meio de parcerias com o Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5) mostram-se como promissoras para o desenvolvimento de ferramentas de Inteligência Artificial aplicadas ao Poder Judiciário.

Um grande exemplo de iniciativa de Inteligência Artificial (IA) desenvolvida em parceria entre o Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5), a Universidade Federal de Campina Grande (UFCG) e a Justiça Federal em Sergipe (JFSE), foi o que foi destaque na edição de 2023 do Prêmio de Inovação do Judiciário Exponencial, o qual demonstra o potencial da inteligência artificial (IA) para otimizar a gestão processual ao automatizar a triagem e agrupamento de processos por similaridade²⁴.

¹⁹ CHEN ZHIYUAN.; BING LIU. *Lifelong Machine Learning*. Morgan & Claypool, 2018.

²⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pesquisa uso de inteligência artificial (IA) no Poder Judiciário: 2023*. Brasília: CNJ, 2024. 120 p. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/858>. Acesso em: 14 ago. 2024.

²¹ BURTON SIMON, et al. "Mind the Gaps: Assuring the Safety of Autonomous Systems from an Engineering, Ethical, and Legal Perspective", *Artificial Intelligence*, 279, 2020, p. 4.

²² AGUIAR JUNQUILHO, T.; MAIA FILHO, M. S. "Inteligência artificial no poder judiciário: lições do projeto Victor". *Revista Humanidades e Inovação*, Tocantins, v. 8, n. 48, p. 147-160, jun. 2021.

²³ AGUIAR JUNQUILHO, T.; MAIA FILHO, M. S. "Inteligência artificial no poder judiciário: lições do projeto Victor". *Revista Humanidades e Inovação*, Tocantins, v. 8, n. 48, p. 147-160, jun. 2021.

²⁴ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. *Projeto de Inteligência Artificial desenvolvido no TRF5 é finalista em prêmio nacional de inovação*. Disponível em:

Ademais, tal ferramenta possui a capacidade de leitura de aproximadamente 70 palavras por segundo e a identificação de palavras-chave, a ferramenta pode reunir processos semelhantes, facilitando não apenas a triagem, mas também o desenvolvimento e a aplicação de precedentes. Esse tipo de automação representa um avanço significativo para a Corte, proporcionando maior eficiência na gestão das ações coletivas. Além de reduzir o tempo e o esforço manual necessário para essas tarefas, a tecnologia pode contribuir para uma aplicação mais consistente dos precedentes, promovendo a uniformidade nas decisões judiciais²⁵.

A Justiça Federal do Rio Grande do Norte, através do Programa de Resiliência em Tecnologia da Informação criou o Red Alert Instant, programa responsável por otimizar a gestão e priorização de processos urgentes. Caso tal tecnologia pudesse ser aplicada ao tratamento das ações coletivas, o Judiciário poderia não apenas acelerar a análise e julgamento desses casos, mas também garantir que os direitos coletivos sejam protegidos de maneira mais eficiente. A utilização do Red Alert Instant para monitorar e priorizar ações coletivas contribuiria para uma gestão mais eficaz desses processos, aliviando a sobrecarga judicial e promovendo uma justiça mais ágil e acessível para todos os envolvidos²⁶.

Além disso, a Terceira Turma de Residência da Justiça Federal do Rio Grande do Norte em conjunto com o Instituto Metrópole Digital iniciou o projeto Nísia Chatbot, o qual foi criado com o objetivo de otimizar a prestação de serviços, proporcionando agilidade e reduzindo o trabalho físico dos servidores responsáveis pelo atendimento. O assistente possui como base a Carta de Serviços da Justiça Federal do Rio Grande do Norte e utiliza o framework Rasa. O chatbot aplica técnicas de aprendizado de máquina e processamento de linguagem natural para interagir de forma eficiente com os usuários, possibilitando tornar mais célere o processo de prestação de serviços aos cidadãos e reduzir a carga de trabalho físico dos servidores encarregados pelo atendimento ao público²⁷.

Ainda, destaca-se a importância do Centro de Inteligência da Justiça Federal do Rio Grande do Norte, uma iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que visa otimizar a gestão dos processos judiciais e melhorar a eficiência da Justiça Federal da 5ª Região (JF5). Este centro promove a inovação e a eficiência e integra uma rede de inovação que inclui a Corregedoria da JF5. A Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), por meio de um convênio com o TRF5, é responsável pelo desenvolvimento de um dashboard para o Centro de Inteligência, focado na detecção de demandas predatórias e repetitivas. Esta colaboração exemplifica como a parceria entre o poder judiciário e as instituições acadêmicas pode resultar em soluções tecnológicas avançadas, que facilitam a gestão processual e aprimoram a qualidade da prestação jurisdicional. Por fim, tais soluções, incluindo o uso de ferramentas como o Red Alert Instant, mostram como a inovação pode ser aplicada para enfrentar desafios críticos no sistema judicial, promovendo maior celeridade e eficiência na resolução de conflitos²⁸.

Ademais, a Residência em Desenvolvimento de Sistemas com Inteligência Artificial, realizada em parceria com instituições de ensino superior, como a

<https://www.trf5.jus.br/index.php/noticias/leitura-de-noticias?id=325226>. Acesso em: 14 ago. 2024.

²⁵ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. *Projeto de Inteligência Artificial desenvolvido no TRF5 é finalista em prêmio nacional de inovação*. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br/index.php/noticias/leitura-de-noticias?id=325226>. Acesso em: 14 ago. 2024.

²⁶ JUSTIÇA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. *Red Alert Instant*. Disponível em: <https://residenciaregional.jfrn.jus.br/index.php/redalert-instant/>. Acesso em: 14 ago. 2024.

²⁷ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO (s.d.) *Nísia Chatbot*. Disponível em: <https://residencia.jfrn.jus.br/index.php/nisia-chatbot/> (Acesso em: 23 de agosto de 2024).

²⁸ JUSTIÇA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. *Centro de Inteligência*. Disponível em: <https://residenciaregional.jfrn.jus.br/index.php/centro-de-inteligencia/>. Acesso em: 14 ago. 2024

Universidade Federal de Alagoas (UFAL), exemplifica o compromisso da Justiça Federal em integrar inovação tecnológica à sua prática diária. O projeto tem como foco a criação de ferramentas que potencializam a eficiência do Judiciário, como o CliqueJunta, uma solução voltada para agregar valor ao trabalho das varas federais, permitindo a juntada de arquivos diretamente do ambiente do cliente, facilitando o processo de validação e a adequação ao formato exigido pelo PJe. Essa solução destaca-se por sua capacidade de reduzir significativamente o tempo e o esforço necessários para a manipulação de documentos eletrônicos, proporcionando maior agilidade e precisão na gestão processual²⁹.

Além disso, a Matriz de Competências para a Inovação é outro destaque da Residência, voltada para a capacitação e o desenvolvimento contínuo de servidores e colaboradores da Justiça Federal. Com início em 2023, o projeto visa não apenas a difusão de conhecimento sobre novas tecnologias, mas também a implementação prática dessas inovações no dia a dia dos laboratórios de inovação. Ao promover a cultura da inovação, a Justiça Federal fortalece sua capacidade de adaptação e melhoria contínua, essencial para enfrentar os desafios de uma sociedade cada vez mais complexa e digitalizada³⁰.

Uma outra iniciativa é o Clique e Junte, esta é uma ferramenta desenvolvida no âmbito da Residência em Desenvolvimento de Sistemas com Inteligência Artificial, em parceria com a Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Essa solução foi criada para otimizar o trabalho nas varas federais, especialmente no que diz respeito à junção de arquivos em processos eletrônicos. O sistema permite a anexação automática de documentos diretamente do cliente, eliminando a necessidade de etapas manuais de validação e adequação ao formato exigido pelo Processo Judicial Eletrônico (PJe). A funcionalidade não só reduz o tempo necessário para a manipulação de documentos, mas também melhora a precisão e a eficiência dos procedimentos, contribuindo para uma gestão processual mais ágil e eficaz dentro do judiciário³¹.

Seguindo por essa linha de raciocínio, a Residência da UFAL, também foi responsável por desenvolver o JUSTUS que é um chatbot criado para facilitar a busca de informações e responder perguntas comuns no contexto da justiça federal. Com sua aplicação mais destacada em consultas referentes a diligências realizadas no PJe/TRF5, o JUSTUS é capaz de retornar informações como nome do oficial, número do processo, data da visita, resultado, e gerar um PDF com as informações contidas no processo. Por fim, é importante ressaltarmos que essa automação reduz significativamente o tempo gasto em consultas rotineiras, melhorando a eficiência operacional³².

Outra importante solução desenvolvida pela Justiça Federal de Alagoas é o NOOB, um software responsável pela automação de atividades no PJe. Ele utiliza bibliotecas que manipulam interfaces web para automatizar tarefas que anteriormente eram realizadas manualmente, como a remessa de processos para a Turma Recursal e a análise inicial de perícias. Ainda, tais automações operam principalmente durante a madrugada, garantindo que as atividades diárias não sejam interrompidas e permitindo o rastreamento das operações, aumentando a transparência e a eficiência no gerenciamento de processos³³.

Nessa perspectiva, existem algumas ferramentas em desenvolvimento, dentre elas destaca-se o CARboeta, um software que une visão computacional e inteligência

²⁹ JUSTIÇA FEDERAL DE ALAGOAS. *Residência em Desenvolvimento de Sistemas com Inteligência Artificial*. Disponível em: <https://residencia.jfal.jus.br/>. Acesso em: 14 ago. 2024.

³⁰ JUSTIÇA FEDERAL DE ALAGOAS. *Residência em Desenvolvimento de Sistemas com Inteligência Artificial*. Disponível em: <https://residencia.jfal.jus.br/>. Acesso em: 14 ago. 2024.

³¹ JUSTIÇA FEDERAL DE ALAGOAS. *Residência em Desenvolvimento de Sistemas com Inteligência Artificial*. Disponível em: <https://residencia.jfal.jus.br/>. Acesso em: 14 ago. 2024.

³² JUSTIÇA FEDERAL DE ALAGOAS. *Residência em Desenvolvimento de Sistemas com Inteligência Artificial*. Disponível em: <https://residencia.jfal.jus.br/>. Acesso em: 14 ago. 2024.

³³ JUSTIÇA FEDERAL DE ALAGOAS. *Residência em Desenvolvimento de Sistemas com Inteligência Artificial*. Disponível em: <https://residencia.jfal.jus.br/>. Acesso em: 14 ago. 2024.

artificial para análise de imagens de câmeras de segurança e identificação de placas de veículos. Esta solução visa aprimorar a segurança no acesso aos prédios da Justiça Federal, identificando automaticamente veículos com restrições e notificando as autoridades competentes³⁴.

Do mesmo modo, o Medusa é outro projeto inovador, cujo objetivo principal é simplificar o acesso e assegurar a disponibilidade contínua dos dados gerados para o sistema de Business Intelligence do TRF5. Em uma analogia à figura mitológica grega que petrificava quem a olhasse, este projeto também se empenha em fornecer meios para que os dados se tornem imutáveis após a inserção, assegurando que, em qualquer consulta às informações de um ponto específico no tempo, o resultado permaneça constante e inalterado. Isso promove a consistência e a confiabilidade dos dados, fundamentais para o sucesso das análises e tomadas de decisão³⁵.

Por fim, a extensão de navegador com melhorias ao "microsistema PJe" mantida pelo CNJ. A extensão PJe+R ou pjemaisr busca aumentar a racionalidade, a rapidez e a relevância do sistema PJe e sistemas satélites, de forma a assegurar mais acessibilidade, eficiência e melhoria da experiência do usuário, além de provê automações e integração entre esses sistemas. É um projeto colaborativo, com a atuação de diversos desenvolvedores voluntários, inspirado pelo uso de scripts de usuário (como os utilizados pelo GreaseMonkey e assemelhados) e pela extensão SEI++. A residência em TI da JFAL está participando do projeto do PJe+r do CNJ, atuando em três frentes de apoio colaborativo: 1) Testagem automatizada das melhorias desenvolvidas; 2) Melhoria do layout ao usuário e; 3) Implementação de novas automações sem a intervenção do usuário³⁶.

Sendo assim, tais iniciativas tecnológicas evidenciam como a inovação pode ser eficazmente incorporada ao sistema judiciário para superar os desafios específicos. A implementação dessas ferramentas não apenas promove uma maior eficiência e celeridade processual, mas também fortalece a confiança da sociedade na justiça, ao assegurar que os direitos sejam tratados com a atenção e a rapidez que merecem. Na próxima seção, serão discutidos os desafios e as perspectivas da utilização da inteligência artificial no poder judiciário.

7. Desafios e perspectivas futuras

A implementação de Inteligência Artificial (IA) no Poder Judiciário Brasileiro tem sido acompanhada tanto por benefícios promissores quanto por desafios significativos. Embora a adoção de tecnologias de inteligência artificial traga a promessa de maior eficiência, agilidade na tramitação dos processos e otimização de recursos, a realidade revela um cenário complexo, onde diversas barreiras precisam ser superadas para que esses benefícios sejam plenamente alcançados. A falta de recursos humanos especializados, limitações financeiras e tecnológicas, e questões estratégicas ou de prioridade são alguns dos principais obstáculos identificados pelos tribunais que ainda não possuem projetos de inteligência artificial³⁷.

Além disso, a resistência interna e a necessidade de adaptação dos processos estabelecidos indicam que a transformação tecnológica exige também uma mudança cultural e organizacional profunda. A dificuldade em encontrar profissionais qualificados, bem como as preocupações com a privacidade e a segurança dos dados, são desafios técnicos que precisam ser enfrentados para garantir uma

³⁴ JUSTIÇA FEDERAL DE ALAGOAS. *Residência em Desenvolvimento de Sistemas com Inteligência Artificial*. Disponível em: <https://residencia.jfal.jus.br/>. Acesso em: 14 ago. 2024.

³⁵ JUSTIÇA FEDERAL DE ALAGOAS. *Residência em Desenvolvimento de Sistemas com Inteligência Artificial*. Disponível em: <https://residencia.jfal.jus.br/>. Acesso em: 14 ago. 2024.

³⁶ JUSTIÇA FEDERAL DE ALAGOAS. *Residência em Desenvolvimento de Sistemas com Inteligência Artificial*. Disponível em: <https://residencia.jfal.jus.br/>. Acesso em: 14 ago. 2024.

³⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pesquisa uso de inteligência artificial (IA) no Poder Judiciário*: 2023. Brasília: CNJ, 2024. 120 p. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/858>. Acesso em: 14 ago. 2024.

implementação bem-sucedida e sustentável da inteligência artificial no âmbito judicial³⁸.

A obtenção de dados de qualidade e em quantidade suficiente para alimentar os sistemas de inteligência artificial é outro desafio crucial, uma vez que a maturidade de dados pode determinar o sucesso ou o fracasso de projetos mais complexos, como aqueles baseados em aprendizado de máquina. A ausência de dados adequados não só pode impedir o início de iniciativas inovadoras, como também pode resultar em resultados inexpressivos, comprometendo a tomada de decisões.

Nesse contexto, a superação desses desafios requer uma abordagem multifacetada que inclua, além da formação e capacitação de pessoal, a adaptação dos processos internos e a garantia de conformidade com as normativas legais e éticas. É essencial que os tribunais se preparem não apenas tecnicamente, mas também cultural e organizacionalmente, para integrar a inteligência artificial de maneira eficaz em suas operações.

Seguindo por essa linha de raciocínio, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) elaborou a Pesquisa sobre o uso de Inteligência Artificial (IA) no Poder Judiciário em 2023, a qual foi responsável por oferecer uma compreensão atualizada do estado da inteligência artificial no Judiciário brasileiro. O estudo não apenas traça um panorama dos avanços tecnológicos, mas também fornece percepções críticas sobre as implicações éticas, operacionais e estratégicas dessas inovações. Dessa maneira, contribui para os esforços do CNJ em direcionar o desenvolvimento tecnológico no Judiciário de maneira responsável e orientada para o futuro³⁹.

Nessa linha de raciocínio, restou evidente na pesquisa que um dos principais obstáculos é a dificuldade em captar profissionais qualificados na área de Inteligência Artificial, mencionada por 55,7% das respostas, evidenciando a escassez de especialistas. Outro desafio significativo é a obtenção de dados de qualidade, citada em 42,8% das respostas, essencial para o funcionamento eficaz dos algoritmos de inteligência artificial, mas frequentemente limitada pela falta de infraestrutura adequada. A integração com sistemas existentes também se apresenta como um problema técnico relevante, com 34,3% das respostas apontando essa dificuldade, que é particularmente complexa em um ambiente onde diferentes sistemas precisam ser harmonizados para operar em conjunto. Por fim, questões de privacidade e segurança dos dados também emergem como preocupações significativas, particularmente no ramo eleitoral, refletindo a necessidade de garantir que as soluções de inteligência artificial estejam em conformidade com as exigências legais e normativas⁴⁰.

Ademais, é salutar enfatizarmos que a análise dos dados sobre o desenvolvimento de projetos de Inteligência Artificial (IA) no sistema judiciário brasileiro revela a importância crucial das parcerias, especialmente com universidades, para o sucesso e avanço dessas iniciativas. Embora uma parcela significativa dos tribunais opte por desenvolver projetos de forma independente, as colaborações interinstitucionais, particularmente com o meio acadêmico, destacam-se como um fator determinante para a inovação e o desenvolvimento de soluções tecnológicas eficazes. A parceria com universidades, como a Universidade Federal de Pernambuco, Universidade de Brasília, Universidade de São Paulo, Universidade Federal do Rio Grande do Norte e diversas outras instituições acadêmicas, oferecem acesso a pesquisas de ponta, conhecimentos técnicos avançados e especialistas renomados em inteligência artificial, elementos essenciais para a superação dos

³⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pesquisa uso de inteligência artificial (IA) no Poder Judiciário*: 2023. Brasília: CNJ, 2024. 120 p. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/858>. Acesso em: 14 ago. 2024.

³⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pesquisa uso de inteligência artificial (IA) no Poder Judiciário*: 2023. Brasília: CNJ, 2024. 120 p. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/858>. Acesso em: 14 ago. 2024.

⁴⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pesquisa uso de inteligência artificial (IA) no Poder Judiciário*: 2023. Brasília: CNJ, 2024. 120 p. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/858>. Acesso em: 14 ago. 2024.

desafios técnicos e para a adaptação das soluções de inteligência artificial às especificidades do sistema judiciário⁴¹.

Dessa forma, as universidades desempenham um papel fundamental não apenas na condução de pesquisas avançadas, mas também na formação de profissionais qualificados, um dos principais desafios identificados na implementação da inteligência artificial. Além disso, a interação com o meio acadêmico permite que os tribunais estejam na vanguarda das inovações tecnológicas, beneficiando-se de estudos e práticas que podem ser rapidamente adaptados e implementados no contexto jurídico. Essa colaboração é também uma oportunidade de explorar novas abordagens e soluções customizadas, que respondam de forma mais direta às necessidades específicas dos tribunais⁴².

A experiência positiva relatada por tribunais que já estabeleceram parcerias com universidades reforça a necessidade de expandir e fortalecer esses laços. A cooperação entre o judiciário e as instituições acadêmicas não só potencializa a inovação, como também promove uma sinergia que enriquece ambas as partes, permitindo que o conhecimento teórico seja aplicado em situações práticas e que os desafios enfrentados pelos tribunais sejam abordados com maior precisão e eficácia.

Diante disso, é imperativo que os tribunais brasileiros continuem a buscar e estabelecer parcerias com universidades, reconhecendo que essa colaboração é um caminho estratégico para a implementação bem-sucedida de projetos de Inteligência Artificial. As universidades não apenas trazem uma riqueza de conhecimento e inovação, mas também oferecem os recursos humanos e técnicos necessários para superar os obstáculos mais desafiadores, garantindo que o judiciário esteja preparado para enfrentar as demandas de um mundo cada vez mais digital e automatizado.

Seguindo por essa linha de raciocínio, a importância das parcerias entre o judiciário e as universidades é claramente exemplificada pela Residência em Desenvolvimento de Sistemas com Inteligência Artificial da Justiça Federal de Alagoas (JFAL), da Justiça Federal do Rio Grande do Norte (JFRN), do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5). Esses programas são frutos de colaborações bem-sucedidas entre o judiciário e instituições acadêmicas, demonstrando como a união de esforços pode levar ao desenvolvimento de soluções tecnológicas avançadas que atendem às necessidades específicas dos tribunais⁴³⁻⁴⁴.

Nessa perspectiva, tais exemplos ilustram como as parcerias com universidades podem não apenas trazer inovação tecnológica, mas também proporcionar soluções sob medida que atendem às demandas específicas dos tribunais. A colaboração com o meio acadêmico oferece uma plataforma para o desenvolvimento de projetos de inteligência artificial que são tanto tecnicamente robustos quanto estrategicamente alinhados com os objetivos institucionais do judiciário⁴⁵.

⁴¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pesquisa uso de inteligência artificial (IA) no Poder Judiciário*: 2023. Brasília: CNJ, 2024. 120 p. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/858>. Acesso em: 14 ago. 2024.

⁴² JUSTIÇA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. *Residência em Desenvolvimento de Sistemas com Inteligência Artificial*. Disponível em: <https://residencia.jfrn.jus.br/>. Acesso em: 14 ago. 2024.

⁴³ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. *Parceria entre TRF5, UFCG e JFSE desenvolve sistema de inteligência artificial para o Judiciário*. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br/index.php/noticias/leitura-de-noticias?id=324727>. Acesso em: 15 ago. 2024.

⁴⁴ JUSTIÇA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. *Residência em Desenvolvimento de Sistemas com Inteligência Artificial*. Disponível em: <https://residencia.jfrn.jus.br/>. Acesso em: 14 ago. 2024.

⁴⁵ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. *Parceria entre TRF5, UFCG e JFSE desenvolve sistema de inteligência artificial para o Judiciário*. Disponível em:

Portanto, a experiência da JFAL, da JFRN e do TRF5 reforça a necessidade de expandir essas parcerias, reconhecendo que a sinergia entre o judiciário e as universidades é essencial para o avanço contínuo e sustentável da tecnologia no sistema de justiça. Assim, tais colaborações não apenas ajudam a superar desafios técnicos e de capacitação, mas também garantem que as inovações sejam implementadas de forma que promovam a eficiência, a celeridade e a justiça no processamento de ações judiciais.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo verificar o impacto das ações coletivas no Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5) e compreender como a inteligência artificial está sendo utilizada para enfrentar os desafios e ser incorporada ao Judiciário brasileiro, com ênfase no TRF5. A coleta de dados por meio da API do Sistema Júlia e o subsequente processamento desses dados utilizando Python mostraram-se métodos eficazes para capturar o volume e a evolução dessas ações ao longo dos anos, permitindo uma análise detalhada do cenário atual.

Nessa perspectiva, a análise revelou que as ações coletivas têm um impacto significativo no volume de processos em trâmite no Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5). No entanto, a complexidade e a escala dessas ações agravam ainda mais a situação, apresentando desafios substanciais para a gestão processual. Diante disso, se torna imprescindível a adoção de tecnologias avançadas. Nesse contexto, a inteligência artificial (IA) surge como uma ferramenta promissora para otimizar o processamento dessas demandas, reduzindo a sobrecarga do sistema judiciário e assegurando uma proteção mais eficiente dos direitos coletivos.

Dessa forma, a inteligência artificial tem o potencial de contribuir de maneira significativa para a gestão das ações coletivas, abordando desafios como a complexidade dos processos e a sobrecarga do sistema judiciário. Ferramentas como o agrupamento automático de processos, a identificação de padrões em grandes volumes de dados e a aplicação consistente de precedentes são exemplos concretos de como ela pode agilizar e tornar mais eficiente.

Além disso, as iniciativas tecnológicas já implementadas e em desenvolvimento no TRF5, em parceria com universidades e outras instituições, demonstram que a colaboração interinstitucional é fundamental para o sucesso da aplicação da inteligência artificial. Projetos como o Red Alert Instant e o Nísia Chatbot, ilustram como a IA pode ser utilizada para priorizar e gerenciar processos complexos e urgentes de forma eficiente, promovendo uma justiça mais ágil e eficaz.

No entanto, a pesquisa também identificou obstáculos significativos para a plena implementação da inteligência artificial, incluindo a escassez de profissionais qualificados, a necessidade de adaptação dos processos internos e questões relacionadas à segurança e privacidade dos dados. Superar esses desafios requer uma abordagem estratégica e colaborativa, que combine investimentos contínuos em inovação tecnológica com um comprometimento firme com a formação e capacitação dos recursos humanos.

Dessa forma, conclui-se que a inteligência artificial representa uma solução promissora para os desafios enfrentados pelas ações coletivas no TRF5. A aplicação dessas tecnologias tem o potencial de transformar a administração da justiça, promovendo maior eficiência, celeridade e confiança na proteção dos direitos coletivos. No entanto, para que o uso da inteligência artificial no Judiciário seja efetivo e sustentável, é fundamental que se continue a investir em formação especializada, desenvolver parcerias interinstitucionais robustas e adotar políticas de governança que assegurem a ética e a transparência no uso dessas tecnologias.

Nessa linha de raciocínio, verificamos que entender o impacto das ações coletivas no TRF5 é fundamental para enfrentar os desafios que essas demandas

impõem ao sistema judiciário. Diante disso, a inteligência artificial surge como uma solução promissora nesse cenário, alinhando-se ao objetivo de identificar os principais desafios e explorar as perspectivas para a tutela coletiva. A aplicação dessas tecnologias tem o potencial de transformar a administração da justiça, aumentando a eficiência, a celeridade e a confiança na proteção dos direitos coletivos.

Portanto, as perspectivas para o uso da inteligência artificial no futuro da tutela coletiva no Brasil são amplamente positivas, sugerindo um cenário em que a tecnologia não apenas melhora o desempenho do sistema judiciário, mas também fortalece o acesso à justiça e a equidade na resolução de conflitos coletivos. Com a adoção de estratégias tecnológicas inovadoras e parcerias interinstitucionais, o Judiciário pode se tornar mais adaptável e eficiente, promovendo uma justiça mais ágil e eficiente para todos. Este trabalho destaca a importância contínua de investir em inteligência artificial como um meio de modernizar e aprimorar a capacidade do sistema judicial em lidar com o volume e a complexidade crescentes das ações coletivas, garantindo assim uma resposta mais eficiente às demandas da sociedade.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JUNQUILHO, T.; MAIA FILHO, M. S. "Inteligência artificial no poder judiciário: lições do projeto Victor". *Revista Humanidades e Inovação*, Tocantins, v. 8, n. 48, p. 147-160, jun. 2021.
- ASSUMPCÃO NEVES, D. A. *Manual de Processo Coletivo*. Juspodivm, Salvador, 2021. 573 p
- BURTON SIMON, et al. "Mind the Gaps: Assuring the Safety of Autonomous Systems from an Engineering, Ethical, and Legal Perspective", *Artificial Intelligence*, 279, 2020, p. 4.
- CHEN ZHIYUAN.; BING LIU. *Lifelong Machine Learning*. Morgan & Claypool, 2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Justiça em números 2024*. CNJ, Brasília, 2024. 448 p.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Resolução nº 332*, de 21 de agosto de 2020. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pesquisa uso de inteligência artificial (IA) no Poder Judiciário: 2023*. CNJ, Brasília, 2024. 120 p.
- CORMEN H., T. *Introduction to Algorithms*. 4th ed. The MIT Press, Cambridge, 2022.
- EPSTEIN LEE; GARY KING. *Pesquisa empírica em direito [livro eletrônico] : as regras de inferência*. Direito GV, São Paulo, 2013.
- GUEDES JUNIOR, W. D. *Esqueceram do réu: a repetição de ações coletivas no insuficiente microssistema processual coletivo brasileiro*. Thoth, Londrina, PR, 2024. 174 p. ISBN 978-65-5959-731-4.
- JIUKOSKI SILVA, S. J.; FONTÃO PIRES, T. C. "Perspectivas sobre a responsabilidade civil por danos causados pelas aplicações de Inteligência Artificial no delineamento do perfil do consumidor no Brasil", *Cadernos de Direito Actual*, n. 16, p. 369-383, 2021.
- JUSTIÇA FEDERAL DE ALAGOAS. *Residência em Desenvolvimento de Sistemas com Inteligência Artificial*. Disponível em: <https://residencia.jfal.jus.br/>. Acesso em: 14 ago. 2024.
- JUSTIÇA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. *Centro de Inteligência*. Disponível em: <https://residenciaregional.jfrn.jus.br/index.php/centro-de-inteligencia/>. Acesso em: 14 ago. 2024.
- JUSTIÇA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. *Red Alert Instant*. Disponível em: <https://residenciaregional.jfrn.jus.br/index.php/redalert-instant/>. Acesso em: 14 ago. 2024.

- JUSTIÇA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. *Residência em Desenvolvimento de Sistemas com Inteligência Artificial*. Disponível em: <https://residencia.jfrn.jus.br/>. Acesso em: 14 ago. 2024.
- MENEZES-NETO, E. J.; MIRANDA CLEMENTINO, M. B. Using deep learning to predict outcomes of legal appeals better than human experts: A study with data from Brazilian federal courts. *PLoS ONE*, v. 17, n. 7, p. e0272287, 2022.
- REBELLO PRESGRAVE, A. B. F.; ARAÚJO BARROSO, I. A *(i)legitimidade ativa do Ministério Público para promover a execução coletiva de decisão judicial que reconhece violação a direito individual homogêneo*: uma análise do Recurso Especial nº 1801518/RJ. In: VITORELLI, Edilson; OSNA, Gustavo; ZANETI JÚNIOR, Hermes; REICHELT, Luis Alberto; JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (orgs.). *Coletivização e Unidade do Direito*, vol. IV. Thoth, Londrina 2023. p. 81-94.
- SANTOS CHAVES, C. *Ações coletivas & coisa julgada*. Juruá, Curitiba, 2004. 236 p.
- SILVA LIMA, M. G. *Aspectos éticos e regulatórios para a implantação de soluções baseadas em inteligência artificial no poder judiciário brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2023.
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO (s.d.) *Nísia Chatbot*. Disponível em: <https://residencia.jfrn.jus.br/index.php/nisia-chatbot/> (Acesso em: 23 de agosto de 2024).
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. *Ato nº 495/2022*. Institui, no âmbito da Justiça Federal da 5ª Região, o Comitê Permanente de Governança em Inteligência Artificial. Disponível em: https://arquivos.trf5.jus.br/TRF5/Governanca_de_TI_IA_Docs_Gerais/2024/03/03/20240303_44D713_SEITRF52970755AtodaPresidencia.PDF. Acesso em: 14 ago. 2024.
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. *Parceria entre TRF5, UFCG e JFSE desenvolve sistema de inteligência artificial para o Judiciário*. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br/index.php/noticias/leitura-de-noticias?id=324727>. Acesso em: 15 ago. 2024.
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. *Projeto de Inteligência Artificial desenvolvido no TRF5 é finalista em prêmio nacional de inovação*. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br/index.php/noticias/leitura-de-noticias?id=325226>. Acesso em: 14 ago. 2024.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 25. Núm. Extraordinario (2024), pp. 223-237
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Diálogo na caserna: o militar e a liberdade religiosa à luz da teoria da razão comunicativa de Habermas

Dialogue in the Barracks: The Military and religious freedom in light of Habermas Theory of Communicative Reason

Dilane Magalhães da Silva Almeida Pontes¹

Ricardo Tinoco de Goes²

Pedro Paulo Santana Silva³

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Sumário: 1. Introdução. 2. Disciplina e hierarquia. 3. O direito de liberdade religiosa. 4. O militar e a liberdade religiosa. 5. O princípio da harmonização constitucional como tentativa de resolução. 6. A teoria da razão comunicativa de Habermas aplicada a problemática. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas

Resumo: O presente trabalho visa abordar a problemática relacionada ao processo militar em que se invoca o direito à liberdade religiosa como fundamento para recusar o cumprimento de uma ordem hierárquica, comprometendo, assim, a hierarquia e a disciplina militar. Relembra o progresso histórico na conquista dos direitos fundamentais e como as constituições brasileiras garantiram, ao longo dos anos, o direito à liberdade religiosa. Destaca, além disso, a importância da preservação da hierarquia e da disciplina no seio militar, assim como os valores assegurados pela Constituição Federal. Em seguida, analisa a possibilidade de coexistência desses dois preceitos a partir da análise de um caso fictício no qual é empregado a teoria da razão comunicativa de Habermas como referencial teórico.

Palavras-chave: Liberdade religiosa. Hierarquia e disciplina militar. Habermas. Agir comunicativo e agir estratégico.

Abstract: This paper aims to address the problem related to military proceedings in which the rights to religious freedom is invoked as grounds for refusing to comply with a hierarchical order, thus compromising military hierarchy and discipline. It recalls the

¹Advogada, pós-graduada em Direito Constitucional pela Faculdade Legale Educacional. Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Fundadora e presidente da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB/RN.

² Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Adjunto I do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, lecionando as disciplinas Direito Processual Civil e Filosofia do Direito.

³ Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Pós-graduando em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Faculdade Legale Educacional. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Conciliador da Justiça Federal. Advogado licenciado.

historical progress in the conquest of fundamental rights and how Brazilian constitutions have, over the years, guaranteed the right to religious freedom. It highlights the importance of preserving military hierarchy and discipline, values also guaranteed by the Federal Constitution. It then analyzes the possibility of these two precepts coexisting, based on an analysis of a fictitious case in which Habermas theory of communicative action is used as a theoretical reference.

Keywords: Religious freedom. Military hierarchy and discipline. Habermas. Communicative action and strategic action.

1. Introdução

A Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴ prevê em seu artigo 18 que toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião. Esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença, bem como a liberdade de manifestar sua religião ou crença por meio do ensino, prática, culto e observância, seja de forma isolada ou coletiva, em público ou em particular.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, estabelece em seu artigo 5º que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. No inciso VI do referido artigo, garante a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e, nos termos da lei, a proteção aos locais de culto e às suas liturgias. Assim, tal artigo define como direito fundamental a liberdade de consciência, crença e culto.

O direito à liberdade religiosa, quando analisado no âmbito militar, parecer perder a força em razão dos princípios basilares que regem as instituições militares, como a hierarquia e a disciplina. Surge, por muitas vezes, um impasse no qual o militar se encontra dividido entre seguir sua fé ou cumprir uma ordem que contraria suas convicções religiosas, sendo forçado a tomar uma difícil decisão. Assim, torna-se necessário buscar um meio de conciliar as garantias constitucionais asseguradas ao militar com as exigências inerentes às instituições militares.

Quando se fala em militarismo, de pronto é pensado em sua organização estrutural e seus objetivos institucionais, os quais só podem ser alcançados por meio de um sistema funcional baseado na hierarquia e disciplina. Para as instituições militares, é orgânica a existência de um superior responsável pelo comando de seus subalternos, que devem estar prontos para cumprir, em atitude de obediência, as ordens que lhe forem proferidas.

Outro aspecto importante é que todo o preparo do militar visa alcançar uma incontestável disciplina a ponto de, em situações mais extremas, ele estar disposto a colocar a sua própria vida em risco para cumprir uma ordem que traga o melhor resultado para sua nação e sua corporação. O militar deve ser honrado na medida em que se abstém de seus próprios interesses em favor de um bem maior. Se isso não for sua essência, a carreira militar poderá se tornar um fardo para ele.

A partir desses pontos, surge a seguinte problemática: a liberdade religiosa pode ser garantida dentro das instituições militares sem comprometer os princípios da hierarquia e disciplina que norteiam toda a atividade? Mesmo diante das questões apresentadas, mostra-se incontestável a necessidade de resguardo do direito à liberdade religiosa, como também da preservação da instituição militar. Diante disso, o presente trabalho analisa a viabilidade da aplicação da teoria da razão comunicativa de Habermas como estratégia de mediação desse conflito.

Assim, o objetivo geral deste trabalho é explorar tanto a importância da hierarquia e disciplina quanto a importância da liberdade religiosa, conforme previstos na Constituição brasileira de 1988, e examinar sua aplicação a partir da teoria de

⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Assembleia Geral das Nações Unidas. Paris, 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>, Acesso em: 02 dez. 2019.

Habermas. Os objetivos específicos são: a) Discutir a hierarquia, a disciplina e a liberdade religiosa isoladamente; b) Analisar esses preceitos quando se tornam conflitantes; c) Aplicar a teoria da razão comunicativa de Habermas como possibilidade de resolução da problemática apresentada.

A metodologia, nesse estudo, terá um caráter qualitativo, e o método, dedutivo. A análise será baseada em três valências principais: estudos de doutrinadores; jurisprudência; e matérias constitucionais, com ênfase no direito à liberdade religiosa, na hierarquia e disciplina militar e na teoria habermasiana. É importante ressaltar que a análise qualitativa dedutiva é iterativa e flexível, permitindo ajustes e refinamentos ao longo do processo, à medida que novas informações emergem dos dados.

2. Disciplina e hierarquia

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 44 e 142, estabelece que as Forças Armadas⁵, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica⁶, são instituições nacionais permanentes e regulares que se destinam à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. Essas instituições militares estão organizadas com base na hierarquia e disciplina, princípios constitucionais, que compõe a própria essência do militar.

De acordo com o artigo 14 da Constituição Federal⁷, a hierarquia pode ser definida como a ordenação da autoridade em diferentes níveis, estruturando-se em uma série contínua de escalões, onde há subordinação dos inferiores aos superiores. Essa hierarquia viabiliza o funcionamento das forças armadas, pois garante a organização de ações, a distribuição de tarefas, a disciplina e a ordem.

Etimologicamente, a palavra hierarquia vem do grego *hieros* (sagrado) e *arkhia* (comando). No que se remete ao surgimento da hierarquia militar, podemos rastrear sua origem nas primeiras civilizações, quando essas sociedades se organizaram em tropas e exércitos com a finalidade de defender e expandir seus territórios. Essas organizações geralmente se estruturavam em agrupamentos de guerreiros que eram subdivididos em unidades de acordo com o tamanho dos pelotões.

A falange hoplita das cidades-estados da Grécia antiga é a primeira unidade militar organizada de que há notícia no Ocidente nos tempos clássicos. É precisamente com o surgimento da falange hoplita que nasce o conceito de unidade militar, *taxis*, no qual cada componente desempenha uma função específica de acordo com o tipo de soldado que a integra, *eutaxia*.

Já nesse formato inicial, esses agrupamentos contavam com um líder, geralmente um notável guerreiro com mais experiência e bravura, além de ser respeitado pelos demais. Esse líder fazia parte dos primeiros oficiais militares com a responsabilidade de comandar, guiar e motivar seus subordinados. Com o tempo, as estruturas militares tornaram-se mais complexas, demandando uma melhor preparação e, eventualmente, uma diferenciação mais clara entre os oficiais.

Em suma, a hierarquia militar refere-se à ordenação vertical e horizontal da autoridade dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação vertical é estabelecida pelo escalonamento, em níveis diferentes, representados pelos postos e graduações que compõem a escala hierárquica. A ordenação horizontal, por sua vez, ocorre entre militares da ativa que ocupam o mesmo posto ou graduação. Nesse caso, a precedência hierárquica se dará pela antiguidade no posto ou na graduação, ressalvados os casos de precedência funcional estabelecida em lei.

⁵ Na Constituição de 1824, a expressão usada era Força Militar, composta pela Força Armada de Mar e Força Armada de Terra.

⁶ A Constituição de 1946, em seu artigo 176, foi a primeira a prevê em seu texto constitucional a composição tripartite das Forças Armadas, o que foi sendo mantido nas Constituições posteriores.

⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 02 ago. 2024.

Dentro dessa estruturação, é necessário entender que o posto é o grau hierárquico do oficial, conferido por ato do Presidente da República e confirmado em Carta Patente. Ou seja, o posto é inseparável da patente que, por sua vez, representa o título de investidura no oficialato. Para os praças, o grau hierárquico é definido pelas graduações, conferidas na forma da lei pela autoridade militar competente.

A hierarquia também determina as possibilidades e limitações de cada indivíduo conforme sua patente, costumeiramente, com o soldado ocupando o nível mais baixo de obediência e o general assumindo o papel de superior comandante. Considerada como fundamental para o funcionamento das forças armadas, a hierarquia é o meio pelo qual se efetiva a manutenção da disciplina e da ordem, uma vez que implica obediência, respeito e lealdade entre os militares, sendo responsabilidade dos superiores tratar os subordinados com dignidade e justiça.

Implica ainda no dever de cumprir as ordens dos superiores com prontidão, eficiência, cortesia, espírito de corpo e honra à instituição a que pertencem, podendo ser aplicadas penalidades em caso de descumprimento.

Embora na disposição da lei a hierarquia apareça primeiro, é fato que, na prática, a disciplina antecede a hierarquia. Isso porque a disciplina militar consiste na rigorosa observância e acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que regem a vida castrense. Ela se materializa por meio do perfeito cumprimento do dever por todos os membros das Forças Armadas⁸, o que pressupõe que a disciplina é, em sua essência, a rigorosa observância e respeito à hierarquia.

Historicamente, em organizações militares, a disciplina é tida como primordial para o sucesso de um exército. Nesse sentido, não bastava ao militar ser forte e revestido de coragem; A ausência de uma predisposição para acatar as ordens tornaria sua força e coragem improfícuas e, até mesmo, uma ameaça. A falta de obediência por parte daqueles diretamente envolvidos nas batalhas poderia prejudicar inclusive a estratégia de guerra adotada. Portanto, o soldado deve estar inteiramente comprometido com sua organização.

Desde os primórdios da história, a disciplina esteve diretamente ligada à honra e à lealdade do soldado. Nas primeiras organizações militares, descumprir ou questionar a ordem de um superior era considerado um caso de insubordinação, algo incompatível com o militarismo. O *sacramentum*, juramento prestado pelos oficiais da Roma antiga ao general e ao imperador, consistia em um comprometimento desses oficiais para seguir as ordens do seu superior e não infringir a lei. Se o *sacramentum* não fosse cumprido haveria desonra para o oficial que, por esse motivo, seria punido com a morte.

Não é por acaso que a disciplina se revestiu de poder legal, conferindo aos superiores hierárquicos a autoridade para impor comportamentos e determinar ordens aos seus inferiores num vínculo de obediência, acatamento e respeito. Ao receber um comando do seu superior, o militar deve estar pronto para responder-lhe, sob pena de ser considerado insubordinado e, portanto, cometer crime de desobediência conforme o Código Penal Militar.

Essa estrutura que fundamenta o conceito de disciplina leva à compreensão de que a ordem designada pelo superior não deve, ou não pode, ser questionada. Corrobora para esse entendimento o art. 5º, LXI, CRFB/88, que permite que a disciplina militar restrinja a liberdade de locomoção nos casos de transgressão militar, negando, inclusive, a possibilidade de *habeas corpus* em punições disciplinares.

É certo que os princípios da hierarquia e disciplina são primordiais para a manutenção e para a ordem das organizações militares. Indo mais além, esses princípios são os meios pelos quais a instituição dessas organizações militares se torna possível e viável. No entanto, é pertinente lembrar que, ainda que firmada sob a égide da hierarquia e da disciplina, as organizações militares não gozam de absolutismo. A CRFB/88, que instituiu o Estado Democrático de Direito, trouxe diversos direitos e garantias fundamentais que devem ser observados também dentro da área militar.

⁸ NOGUEIRA DE ABREU, J. L. *Direito Administrativo Militar*. 2. ed., Método, São Paulo, 2015, p.311.

Há, por vezes, um ambiente impenetrável na caserna, o que pressupõe um contexto composto por indivíduos que, antes de serem militares, são homens e mulheres com valores, convicções e objeções diversas. Nessa esfera, essas diferenças devem ser consideradas, pois frequentemente esses valores, convicções e objeções são características formadoras do próprio caráter do militar e, portanto, poderão ter o poder de ditar o seu comportamento.

O impasse mais recorrente nesse sentido, dentro das organizações militares, é o conflito entre a hierarquia e disciplina e a liberdade religiosa. O militar pode, em razão da escusa de consciência, recusar-se a cumprir uma ordem do seu superior a fim de resguardar a sua convicção religiosa, sem que isso lhe resulte em um procedimento disciplinar por indisciplina ou insubordinação. O grande desafio é permitir que isso aconteça em um ambiente em que, muitas vezes, o diálogo é limitado ou inexistente.

3. O direito de liberdade religiosa

O utilitarismo e o pragmatismo, que influência fortemente o pensamento moderno, têm levado a uma preocupação a partir do "*como funcionam*" os institutos, em vez de se questionar "*o que são*" as coisas. Notadamente, sem um entendimento sobre os institutos (*esse*), não é possível compreender totalmente como operam (*agere*), pois, conforme a filosofia clássica, o agir decorre do ser das coisas⁹. Nesse sentido, torna-se pertinente abordar, mesmo que de forma sucinta, o tema dos direitos fundamentais antes de explorar a temática da liberdade religiosa.

A Declaração de Direitos de Virgínia, datada de 12 de janeiro de 1779, foi a primeira declaração de direito fundamental. Estabelecida sob forte influência das teorias de Rousseau, Locke e Montesquieu, tinha como base os direitos do homem a partir da preocupação de se estabelecer um governo democrático com a limitação de poderes. Nessa declaração, havia previsão quanto a todos os homens terem igual direito ao livre exercício da religião, conforme os ditames da consciência.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América de 1776 e a Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos de 1789 (*Bill of Rights*) asseguravam, em sua Emenda 1ª, a liberdade de religião e culto como direito fundamental do homem, pensamento reproduzido posteriormente na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do cidadão de 1789.

Contudo, somente após a segunda guerra mundial, os direitos fundamentais passaram para uma nova fase quando, em 1945, com a adesão de cinquenta e um países signatários, é criada a Organização das Nações Unidas (ONU)¹⁰. Três anos após a sua criação, na noite de 10 de dezembro de 1948, na terceira sessão ordinária da Assembleia Geral realizada em Paris, a ONU aprovou a Declaração Universal dos Direitos dos Homens.

A Declaração Universal dos Direitos dos Homens com seus trintas artigos passava a reconhecer os direitos fundamentais, sendo a dignidade da pessoa humana base da liberdade, da justiça e da paz. Esse importante documento passaria então a influenciar o sistema normativo de diversos Estados, inclusive a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Sobre a importância dos direitos fundamentais, Cardoso diz o seguinte¹¹:

É condição para a configuração de um verdadeiro Estado Democrático de Direito que os direitos fundamentais possuam força vinculante, obrigando tanto o Estado quanto os particulares a respeitá-los.

⁹ MARTINS FILHO, I. G. S. *Tratado de Direito Constitucional*. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 253.

¹⁰ AFONSO SILVA, J. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 38. ed., Malheiros, São Paulo, 2015, p. 165.

¹¹ BRITO CARDOSO, D. "Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy", *Revista Constituição e Garantia de Direitos*, nº 1, v. 9, 2016, p. 137-155.

A Constituição Brasileira de 1988 se diferencia de todas as outras constituições adotadas em nosso ordenamento por adotar uma gama de princípios, direitos e garantias fundamentais, tornando-se um importante marco para o constitucionalismo em geral. Em seu artigo 5º, a CRFB/88 estabelece a liberdade de consciência e de crença como um direito fundamental¹²⁻¹³.

Não só pela evolução dos direitos fundamentais, a previsão do direito à liberdade religiosa na CRFB/88 tem grande influência da própria construção histórica do país. Quando chegaram às terras brasileiras, os portugueses se depararam com crenças e tradições ancestrais, conectadas à natureza, que eram praticadas pelos nativos habitavam o território¹⁴. Com a colonização, integrou-se o catolicismo ao ambiente religioso do Brasil.¹⁵ Mais tarde, com o período da escravidão, introduziu-se à diversidade religiosa do Brasil, as religiões africanas. Com a imigração, o protestantismo foi inserido¹⁶.

Essa mistura de identidades culturais, raças e povos estabeleceu no Brasil uma matriz religiosa composta de diferentes credos. Mas como proporcionar um ambiente em que toda essa pluralidade de credos possa conviver harmonicamente entre si? No pensamento de Habermas, "o direito fundamental da liberdade de consciência e de religião constitui a resposta política adequada aos desafios do pluralismo religioso [...]".¹⁷

Após adotar o catolicismo como religião oficial por quase quatro séculos, o Brasil se tornou um país laico. O texto constitucional de 1988¹⁸ estabelece, em seu artigo 19, que não haverá manifestação de preferência religiosa ou concessão de privilégio a um segmento religioso específico.

Entretanto, cabe aqui esclarecer que a Constituição Federal de 1988¹⁹ preocupou-se em assegurar a liberdade de consciência, de crença e de culto, garantindo a inviolabilidade desse direito. Tal garantia, representa um enorme avanço no que diz respeito à liberdade religiosa. Ao longo das sete constituições que teve o Brasil, a liberdade religiosa foi abordada de diferentes formas, refletindo um processo evolutivo.

Na Constituição de 1824²⁰, por exemplo, os indivíduos podiam professar uma religião diferente da religião do Estado, mas não podiam ter templos, o que restringia a sua prática religiosa ao ambiente doméstico. Na Constituição atual, a liberdade religiosa é reconhecida como um direito fundamental, gozando inclusive das

¹² LÂMEGO BULOS, U. *Curso de Direito Constitucional*, 9. ed., Saraiva, São Paulo, 2015, p. 526.

¹³ Uadi Lammêgo Bullos nos mostra uma concepção moderna de direito fundamental: "Direitos fundamentais são um conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.

¹⁴ GILBERTO FREYRE. "Introdução à História da Sociedade Patriarcal no Brasil", In: *Casa Grande & Senzala*, 48. ed., Global Editora, Recife, 2005, p. 64-155.

¹⁵ Gilberto Freyre relata que os portugueses não se preocupavam com a pureza de raça. Embora o número de estrangeiros fosse significativo durante a colônia no século XVI, a preocupação dominante era que as autoridades coloniais professassem a fé católica. Para os portugueses o perigo não estava no estrangeiro nem no indivíduo disgênico ou cacogênico, mas no herege. Soubesse rezar o padre-nosso e a ave-maria, dizer creio-em-Deus-Padre, fazer o pelo-sinal-da-Santa-Cruz - e o estranho era bem-vindo no Brasil colonial.

¹⁶ AFONSO SILVA, J. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 38ª. ed., Malheiros, São Paulo, 2015, p. 165.

¹⁷ JÜRGEN HABERMAS. *Entre naturalismo e religião – estudos filosóficos*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2007, p.136.

¹⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 02 ago. 2024.

¹⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 02 ago. 2024.

²⁰ BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 02 ago. 2024.

características de inviolabilidade, indisponibilidade e inalienabilidade. Assim liberdade religiosa é garantida de forma ampla, com preceito de aplicação e eficácia imediata, sendo obrigação do Estado prestar proteção e garantia ao livre exercício de todas as religiões, protegendo de maneira eficaz o pluralismo religioso e criando as condições necessárias para o exercício dessa liberdade religiosa²¹.

É importante destacar o quanto o constituinte se preocupou em assegurar essa liberdade com a mesma amplitude conferida às demais liberdades trazidas pela CRFB/88. O texto constitucional reconhece, de forma cristalina, o direito à liberdade de consciência e de crença, garantindo que todos têm o direito de professar qualquer fé ou não professar fé alguma. Além disso, é importante ressaltar que o constituinte tornou o direito à liberdade de consciência eo direito de crença distintos entre si, tornando tais direitos inconfundíveis, pois, mesmo aqueles que não possuem crença alguma, gozam de liberdade de consciência e podem recorrer ao Estado para garantir a tutela desse direito.

Dória Sampaio, citado por José Afonso²², defende que a liberdade de pensamento é o direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pensa em ciência, religião, arte, ou o que for. Silva²³ defende que essa liberdade decorre de um conteúdo intelectual e supõe o contato do indivíduo com seus semelhantes, pela qual o homem tenta, por exemplo, compartilhar com outros, suas crenças, seus conhecimentos, sua concepção do mundo, suas opiniões políticas ou religiosas, seus trabalhos científicos, caracterizando, ainda de acordo com o autor, uma exteriorização do pensamento no sentido mais abrangente.

A liberdade de crença é um dos direitos mais importantes para o a garantia da dignidade da pessoa humana. Pode-se dizer que a Constituição de 1988, que institui o Estado Democrático de Direito, preocupou-se em garantir que cada cidadão possa ser livre para formar sua convicção de fé, sem sofrer qualquer discriminação. Esse direito é fundamental para proporcionar a convivência harmoniosa, a tolerância e o respeito entre os que professam diferentes crenças e entre aqueles que não tem crença alguma.

4. O militar e a liberdade religiosa

A religião pode ser entendida como um feito de intensa relevância²⁴ para a vida dos seres humanos e que pode se manifestar através de diferentes formas. Há uma certa complexidade em falar de religião, tendo em vista a diversidade e as peculiaridades que envolvem esse tema²⁵. Por se tratar ainda de um fenômeno intimido de cada indivíduo,

²¹ BARBOSA RAMOS, E. M.; LIMA ROCHA, J. F. "Liberdade Religiosa como Direito Fundamental: uma análise inicial", *Revista do Curso de Direito*, ano III, nº 6, 2013. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rcursodedireito/article/view/5246/3184>, Acesso em: 27 out. 2019.

²² AFONSO SILVA, J. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 38. ed., Malheiros, São Paulo, 2015, p. 165.

²³ AFONSO SILVA, J. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 38. ed., Malheiros, São Paulo, 2015, p. 165.

²⁴ Desde as antigas civilizações, percebe-se o culto ao sobrenatural como algo muito importante, mostrando que o espírito de religiosidade acompanha o homem desde os primórdios. Cada povo tem sua cultura própria, tem o culto ao sobrenatural como motivo de estabilidade social e de obediência às normas sociais. As religiões, as liturgias variam, mas o aspecto religioso é bem evidente. O homem procura algo sobrenatural que lhe transmita paz de espírito e segurança; A religião sempre desempenha função social indispensável. In: SANTOS DE OLIVEIRA, P. *Introdução à Sociologia*. 15º ed. Ática, São Paulo, 1995, p. 117.

²⁵ Nas palavras de Ribeiro, "[...] a liberdade de crença, tem como marca nítida o seu caráter interior. Vai da liberdade primeira do homem de poder orientar a sua fé, sua perspectiva em relação ao mundo e à vida, a sua possibilidade de eleição dos valores que reputa essenciais, sendo, pois, inalienáveis por natureza, mesmo quando proibida legalmente, visto que a repressão ao direito e à tirania não podem chegar ao ponto de cercear a fé que reside no interior do indivíduo, alcançando, no máximo, a sua manifestação exterior". In: MILTON RIBEIRO. *Liberdade Religiosa. Uma proposta para debate*. Mackenzie, São Paulo, 2002, p. 35.

corroborando para diferentes convicções, pode-se dizer que o conceito de religião tem sentido relativo.

No dicionário de língua portuguesa, o significado da palavra crença está relacionado a fé religiosa, estado, processo mental ou *atitude* de quem acredita em pessoa ou coisa, convicção íntima, o ato de crer. Embora a religião esteja diretamente ligada a individualidade do ser humano, não se pode negar o seu reflexo nas relações sociais.

Habermas compartilha a ideia de que a religião guarda uma indispensável importância filosófica e conceitual, sem a qual uma crítica lúcida da realidade e da sociedade se tornaria impossível. Apesar da vida espiritual ocorrer no foro íntimo de cada pessoa, ela não se desenvolve em compartimentos estanques. Não se pode negar que sobre a espiritualidade e o pensamento individual, interferem fatores sociais, econômicos, históricos e culturais²⁶. Isso porque a crenças é algo tão sério que influencia o intelecto e a conduta social do indivíduo que a declara.

Para o indivíduo religioso, sua fé é formada por um conjunto complexo de princípios que norteiam os pensamentos, as ações e a sua própria adoração a Deus. Os valores morais, os dogmas e suas referências de caráter são baseados nessa fé. Constranger esse indivíduo a ponto de ele renunciar a sua fé, além de desrespeitar a diversidade democrática de ideais, filosofias e a própria diversidade espiritual, fere severamente a dignidade da pessoa humana^{27 28}.

Para os indivíduos que são adeptos de uma crença a ponto de tomarem suas decisões em razão dela, a religião significa um complexo de princípios e valores éticos incorporados à própria essência do indivíduo. Para eles, é real a conexão entre a fé que professam e a forma como irão conduzir a sua vida social, não se limitando a fé apenas à crença em um deus ou a seguir uma determinada doutrina, mas também às suas próprias características de personalidade.

A vida do indivíduo está diretamente ligada à sua fé, razão pela qual a liberdade religiosa encontra expressão de marcante relevo no princípio da dignidade da pessoa humana²⁹. Para Habermas a religião assume na vida das pessoas crentes um papel relevante, uma vez que "[...] sua concepção de justiça, fundada na religião, lhes ensina o que é politicamente correto ou incorreto, de tal sorte que eles são incapazes de discernir entre razões seculares e razões 'pull'".³⁰

Mas o que muda quando esse indivíduo que tem suas ações, pensamentos, comportamento, sua ética e moral pautadas na sua convicção religiosa trata-se de um militar? Uma das perguntas mais recorrentes, dentro desse cenário, é se esse militar religioso, diante de uma ameaça iminente, e com risco para toda a sua tropa, poderá descumprir uma ordem do seu superior, invocando a objeção de consciência³¹ em razão de sua fé.

²⁶ RIBEIRO BASTOS, C. *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva, São Paulo, 1989.

²⁷ ALEXANDRE DE MORAES. *Direito Constitucional*. 10. ed., Atlas, São Paulo, 2002.²⁸ Os valores vinculados ao princípio da dignidade humana assumem peculiar relevo. Assim, devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desse princípio (inviolabilidade da pessoa humana, respeito a sua integridade física e moral). In: FERREIRA MENDES, G. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, 4ª ed., Saraiva, 2012, p.101.

²⁸ Os valores vinculados ao princípio da dignidade humana assumem peculiar relevo. Assim, devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desse princípio (inviolabilidade da pessoa humana, respeito a sua integridade física e moral). In: FERREIRA MENDES, G. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, 4ª ed., Saraiva, 2012, p.101.

²⁹ CHAVES DE FARIAS, C.; ROSENVALD NELSON. *Direito Civil: Teoria Geral*. 6. ed., Lumem Juris, Rio de Janeiro, 2007.

³⁰ JÜRGEN HABERMAS. *Entre naturalismo e religião – estudos filosóficos*. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2007, p.144-145.

³¹ José Afonso da Silva define que a escusa de consciência é o direito de recusar de prestar determinadas imposições que contrariem as convicções religiosas ou filosóficas do interessado. Tanto é que a própria constituição diz no Artigo 5º que ninguém será privado de direitos por motivos

Em contrapartida, também é possível indagar se o indivíduo, ainda que detentor de fortes valores, capacidade intelectual e aptidão física, mas que professa determinada crença, deverá tirar do seu rol de possibilidades a carreira militar, mesmo que tenha notada vocação para esse segmento.

Não se pode esquecer que a dignidade da pessoa humana está diretamente relacionada a sua diversidade de comportamentos, aos seus aspectos individuais e a sua liberdade. Cada ser humano deve ser livre para escolher suas próprias convicções e suas crenças e descrenças.

Ademais, todos tem o direito de viver com dignidade e sendo respeitado com suas singularidades. Porém, quando essas singularidades obrigam o indivíduo a viver nos limites da trincheira, nasce um impasse a ser resolvido.

Os militares estão sujeitos à disciplina de sua incorporação, devendo cumprir fielmente a hierarquia da organização militar, respeitando a relação de subordinação entre seus agentes. Havendo desobediência a esses preceitos, a autoridade militar tomando conhecimento da prática da falta funcional, que pode ou não caracterizar um ato ilícito, deverá necessariamente instaurar o processo adequado para a sua apuração, sob pena de incidir em condescendência criminosa e em improbidade administrativa.

Ao se falar do militar de carreira, por exemplo, há entendimentos³² que sustentam que, nessa modalidade, não pode o militar se eximir de cumprir uma determinação de seu superior, ainda que seja em razão de sua fé, pois seria o mesmo que criar um regime de trabalho próprio dentro das Forças Armadas.

Quando se fala em liberdade religiosa no âmbito militar, surgem muitos conflitos a respeito da sua aplicação e da limitação ao poder disciplinar das organizações militares diante desse direito. Isso porque a base das instituições militares, como falado anteriormente, é a hierarquia e a disciplina, o que se pressupõe que um superior, ao dar determinada ordem, deverá o seu subordinado cumpri-la prontamente em ato de obediência e disciplina. Já a base da liberdade religiosa é uma convicção, uma crença.

Esse impasse pode ser projetado da seguinte forma: de um lado podemos visualizar as instituições militares. Como abordado em tópico anterior, essas instituições têm previsão e regulamentação constitucional. Sua base se funda em dois importantes princípios, a hierarquia e a disciplina. Esses princípios são o que confere à instituição militar a ordem, a segurança e legitimidade na sua organização. A inobservância desses princípios poderia resultar em grave prejuízo às organizações militares.

Do outro lado temos um ser, um indivíduo humano detentor de direitos e deveres³³. A esse indivíduo foi conferido o direito de escolher livremente a sua fé. Ao escolher sua crença, esse indivíduo não poderá ser privado de seus direitos em razão dessa escolha, sendo-lhe assegurado o livre exercício da sua religião.

No entanto, esse indivíduo que estamos imaginando, confessa uma fé que tem, como um de suas crenças, a guarda do sábado na base judaica. Assim, durante o período de 24 horas do sábado bíblico, ou seja, do pôr do sol da sexta-feira até o pôr do sol do

de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política. In: AFONSO SILVA, J. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 38ª. ed., Malheiros, São Paulo, 2015, p. 165.

³² A 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, manteve sentença que julgou legal a demissão de um sargento do Exército que servia na cidade de Jaguarão, no Rio Grande do Sul. Adventista do Sétimo Dia, o militar se recusava a trabalhar no sábado, dia “guardado” para descanso. Por isso, além de outras punições disciplinares, o militar ainda foi preso por dois dias diante de sua recusa. O ex-militar, que ainda não havia adquirido estabilidade, não teve o seu contrato de prorrogação de serviço renovado. O Exército argumentou que seria inconveniente para a instituição a renovação do contrato do sargento, em face de sua crença religiosa se mostrar incompatível com as atividades militares.

³³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 ago. 2024.

sábado³⁴ ³⁵, abstém-se de se envolver em atividades seculares comuns, tais como trabalho, estudo, transações comerciais, negócios e similares.

Assim, outras atividades de interesse meramente particular também não devem ser realizadas, ressaltando-se o direito de dedicação exclusiva às atividades de cunho religioso, no pleno e livre exercício de sua liberdade de consciência religiosa.

Nesse cenário, esse militar religioso é convocado para cumprir uma importante missão nas horas que compreende como sagrada, e, portanto, o acatamento da referida ordem afrontaria sua convicção religiosa. Da mesma forma, a sua negativa poderá ser compreendida como desobediência à ordem superior e como indisciplina. Então, o que deve prevalecer nessa situação? Ou melhor, o que deve ser considerado nessa situação?

5. O princípio da harmonização constitucional como tentativa de resolução

O princípio da harmonização constitucional, também conhecido como o princípio da concordância prática, estabelece os limites dos bens tutelados pela Constituição, visando garantir eficácia em igual proporção, sem que um interesse se sobreponha ao outro. Esse princípio assegura que não haja extinção de um bem em detrimento de outro, o que relaciona diretamente esse princípio ao princípio da unidade da Constituição.

A harmonização resulta da análise dos bens, interesses ou valores que conflitam, cabendo ao intérprete definir os limites e a amplitude que cada um deles deve alcançar de maneira razoável e proporcional ao texto constitucional, para evitar o sacrifício de um em benefício do de outro. Segundo Alexy³⁶, os direitos fundamentais possuem caráter de princípios, portanto, podem colidir, exigindo uma solução. Seguindo essa ideia, o autor ressalta que as colisões entre direitos fundamentais devem ser tratadas como um conflito entre princípios, sendo a ponderação o método adequado para encontrar a solução.

Conforme a lei de colisão de Alexy³⁷, a ponderação é uma importante ferramenta na solução de conflitos entre princípios. Quando postos em colisão, os princípios apresentarão diferentes soluções. Aqui, é importante destacar que não se pode invalidar um princípio que aplica um direito fundamental expressamente consagrado por uma constituição. Para solucionar o conflito, é necessário aprofundar-se ao caso concreto, considerando a realidade envolvida e suas particularidades. Vale destacar que, nesse mesmo raciocínio, o autor sugere que seja estabelecido um padrão, para que se alcance assim condições para aplicação dos princípios em conflito.

Embora a teoria de Alexy seja de grande relevância, ela não preenche todas as lacunas necessárias para resolver a situação apresentada anteriormente. A técnica de Alexy pressupõe uma situação judicializada, onde não houve consenso, sendo necessária a intervenção do intérprete judicial. Isso implica que o conflito não pode ser resolvido na esfera extrajudicial.

Nesse contexto, outros fatores surgem, como a morosidade processual, que gera prejuízos para as partes envolvidas e compromete a efetividade da justiça e a proteção dos demais direitos. Isso reduz a expectativa da resolução almejada sob a égide do consenso. Além disso, essa condição, muitas vezes, permite, até mesmo, o surgimento de outros conflitos, que resultam para a descrença no judiciário³⁸.

³⁴ BÍBLIA, *In: Bíblia Online*. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br/ara>. Acesso em: 2 ago. 2024.

³⁵ Alguns textos bíblicos que fundamentam a guarda do sábado estão em: Isaias 58:13; Êxodo 20:11; Ezequiel 20:12 e 20; Lucas 4:16 e Apocalipse 12:17.

³⁶ ROBERT ALEXY. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

³⁷ ROBERT ALEXY. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

³⁸ SILVA BEZERRA, J. M. N.; RIBEIRO ROSÁRIO, J. O. "A aplicabilidade do sistema multiportas de forma inaugural para fins de se alcançar uma melhor prestação jurisdicional e a concretude do acesso à justiça em sua premissa de garantia constitucional". *In: ALENCAR XAVIER, Y. M.; GERMANO ALVES, F.; OLIVEIRA MOREIRA, T. Prestação jurisdicional e diferentes formas de acesso à justiça*. Polimatia, Natal, 2022, p. 97-116.

Na situação apresentada, aguardar uma resolução via judiciário pode gerar possíveis danos para as partes envolvidas. Recentemente o Corpo de Bombeiros Militar do Rio Grande do Norte precisou reintegrar um aluno soldado, sabatista, após decretar sua exoneração do curso de formação em razão da sua recusa em participar das aulas ministradas aos sábados³⁹.

Diversas tentativas para alcançar uma solução na esfera administrativa foram realizadas, no entanto sempre sem sucesso. Caso um consenso tivesse sido alcançado antes da intervenção judicial, o aluno soldado teria terminado sua formação com sua turma de ingresso no tempo determinado para isso, dentre outros benefícios. Da mesma forma, o CBMRN, que precisou reformular o curso de formação no tempo determinado pela decisão judicial, teria minimizados os impactos caso um acordo houvesse sido estabelecido.

A problemática no entorno da liberdade religiosa e do militar objetor de consciência não é teológica, mas sim de ordem legal, em que normas constitucionais estão postas em um "campo de batalha" e, aparentemente, ainda que agrupadas ao mesmo "exército", lutando em lados opostos.

Tendo em vista os desideratos constitucionais contemporâneos, a relação hierárquica deve ser vista à luz da proteção de direitos e do respeito mútuo. Não há que se falar em sobreposição de um regime jurídico sobre as garantias individuais do indivíduo ao arbítrio de um superior hierárquico.

Do mesmo modo, não há que se falar em desrespeito a patentes superiores sob a alegação de que os direitos são superiores aos deveres. É necessário encontrar um lugar-comum, de comutatividade e encontros mútuos, interna e externamente.

É o exercício da afetação, de assimilação e, acima de tudo, de concretização constitucional, concebendo a aplicação do direito como ponte de união entre a norma e o mundo fático, o qual, por sua vez, preconizando que a norma jurídica parte da racionalização demonstrada no mundo dos fatos⁴⁰, ou seja, a norma é a junção do ser e do dever-ser, exercidos democraticamente em ambientes abertos.

É gestado, a partir desse entendimento, que a harmonização constitucional decorre de uma virada hermenêutica em sentido à efetivação da democracia e do exercício concreto de direitos, trazendo a lume a perspectiva de que o direito não é um compartimento estanque de leis e códigos, mas um mecanismo vivo de garantias democráticas. Não é apenas um papel, é uma ferramenta de transformação.⁴¹

6. A teoria da razão comunicativa de Habermas aplicada à problemática

Na busca pela efetiva garantia da liberdade religiosa, foi constituída uma norma que prevê uma condição inicial que parece não ser suficiente quando aplicada ao militar. Partindo disso, as partes envolvidas têm de chegar a um acordo entre a carreira militar

³⁹ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho, *Processo nº. 0806528-51.2022.8.20.5001*.

⁴⁰ FRIEDRICH MÜLLER. *Direito, linguagem, violência: elementos de direito constitucional I*. Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1995. p. 13.

⁴¹ "Tudo isso não significa mais do que uma primeira orientação básica em relação aos problemas anteriormente enunciados. Essa orientação fornece, porém, uma resposta prévia às questões colocadas. A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle. Ela não se afigura".

'impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder', tal como ensinado por Georg Jellinek e como, hodiernamente, divulgado por um naturalismo e sociologismo que se pretende cético. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realisierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. Somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas (*Rechtsfragen*), em questões de poder (*Machtfragen*)". In: KONRAD HESSE. *A Força Normativa da Constituição*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991. p. 25.

e o exercício da religião, que se dará mediante argumentos convincentes e aceitáveis, por todas as partes, em igualdade de posição.

A princípio, essa possibilidade pode parecer ilusória, já que o contexto militar pressupõe uma ordenação por escalonamento em níveis diferentes, por meio dos postos e graduações. Portanto, para alguns, esperar que um Almirante, um Marechal ou Marechal do Ar dialogue, em igualdade de posição, com um aspirante, pode ser considerado uma utopia.

Entretanto, no pensamento habermasiano, essa possibilidade é totalmente viável. Habermas defende que se cada lado tem um interesse, a única forma de organizá-los é através da interação social. William Rehg⁴², em sua obra *Insight and solidarity*, usa a expressão “troca de razões” (*give-and-take of reasons*). para definir claramente a interação pensada por Habermas.

Como bem explicado por Eduardo Emanuel Dall’Agnol de Souza⁴³:

Habermas volta sua atenção a compreender como é possível afirmar que alguém se comporta racionalmente em uma situação dada. Ele toma dois tipos de ação como modelo. A ação comunicativa, em que o agente profere uma opinião com intenção comunicativa, e a ação teleológica, com a qual se realiza uma intervenção no mundo a partir de objetivos predeterminados. Em ambas as formas de ação há uma pretensão vinculada às ações do sujeito. No primeiro caso, há uma pretensão de verdade, já que uma opinião pode ser questionada quando um ouvinte afirma que ela não é verdadeira. No segundo caso, há uma pretensão de êxito, tendo em vista que o sucesso da ação pode ser avaliado em relação à consecução do objetivo pretendido.

Para uma melhor compreensão do pensamento de Habermas, é necessário imaginar essa situação de uma forma concreta. Assim, conforme proposto anteriormente, teremos dois lados: a) De um lado teremos um aspirante a militar, que, em razão da sua crença religiosa, guarda o sábado, dia que compreende como sagrado. b) Do outro lado, um oficial militar, superior hierárquico, que emite uma ordem ao aspirante a militar para cumprir uma missão durante o período que ele considera sagrado.

Diante disso, o aspirante a militar nega-se a cumprir a ordem, invocando o seu direito à liberdade religiosa. Como Habermas resolveria essa situação? Aplicaremos a Teoria da Razão Comunicativa de Jürgen Habermas, pautada em uma dicotomia entre o agir estratégico e o agir comunicativo.

Nesta reconstrução comunicativa, os participantes buscam a validade para normas ou para as suas pretensões. Assim, ambos os lados devem dar razões para suas regras, suscitando com isso a compreensão entre os participantes. A postura adotada deve ser pragmática em dar razões, elucidar a verdade e dar justiça àquilo que se está falando.

Dessa forma, ao identificar a necessidade de resolução de uma determinada lide, busca-se o consenso, onde os partícipes revelam a vontade de estabelecer um discurso sobre a linha dos interesses envolvidos. Essa situação configura como um momento de interação e para o agir comunicativo, impulsionado pelo desejo mútuo das partes de harmonizar seus ideais e planos de ação, com o objetivo de negociar e chegar um eventual acordo⁴⁴.

⁴² WILLIAM REHG. *Insight and solidarity: the discourse ethics of Jürgen Habermas*. University of California press London, England, 1997, p.25.

⁴³ AGNOL DE SOUZA, E. E. D. “Entre pretensões de validade e boas razões: sobre a norma penal na concepção significativa da ação”, *Cadernos de Direito Actual*, n. 23, Espanha, 2024, p. 68-82.

⁴⁴ SILVA BEZERRA, J. M. N.; RIBEIRO ROSÁRIO, J. O. “O caráter jusfilosófico da ideia de consenso na visão de Habermas”. In: TINOCO DE GOES, R. T.; OLIVEIRA FREIRE, L. *Filosofia do Direito: fundamentação do Direito a partir de Kant, Habermas e Rawls*. Motres, Salvador, 2022, p. 154-167.

Na ação comunicativa⁴⁵, os participantes da ação devem interagir cooperativamente e, por meio da linguagem, para alcançar suas intenções. Dentro do agir comunicativo, o objetivo é o entendimento entre falantes e ouvintes, que buscam dar razões às suas falas e alcançar um consenso e reconhecimento intersubjetivo.

Para essa ação, a linguagem será o mecanismo de coordenação da ação que ajustará os planos de ação de cada indivíduo, levando-os à interação e possibilitando o entendimento, pressupondo que, entre aquele que fala e o que escuta, haverá compreensão.

Na ação estratégica, a finalidade é alcançar os fins desejados, avaliando, mediando e conduzindo sua ação ao êxito da intenção do que fala, escolhendo, para isso, regras racionais para a concretização da intenção frente a um oponente racional. O agente deve pensar suas ações com base nos mesmos agentes que estão buscando o melhor meio para atingir seu fim.

Na ação comunicativa⁴⁶, o sujeito almeja ações que podem ser praticadas dentro de uma conduta ética. Na ação estratégica⁴⁷, existe uma intenção individual de ação independentemente de uma prática ética. Estas duas pretensões podem ser fundamentadas e discutidas.

Aqueles que participam da fala argumentativa estão em igualdade de posição e embora não se desvinculem de suas subjetividades, ou seja, o aspirante continua sendo aspirante e o oficial superior hierárquico assim permanece sendo, será a força do melhor argumento que “vencerá” o impasse.

No entanto, a relação previamente estabelecida está livre de coerções e influências externas. Os participantes têm as mesmas chances de argumentos, e é preciso haver a aceitação das partes ao que está sendo exposto, pois ambos procuram a verdade sobre o que está sendo dito.

Na situação fictícia proposta, tanto o oficial militar quando o aspirante a militar devem apresentar as razões que fundamentam os seus respectivos posicionamentos. O oficial não deve usar da sua elevada posição para obter qualquer vantagem sobre o aspirante e o oficial deve detalhar todos os aspectos relacionados à missão, incluindo os possíveis prejuízos resultantes da negativa do aspirante em acatar a ordem por ele proferida. Nesse momento, não cabe processo disciplinar, nem a atitude do aspirante deverá ser compreendida como insubordinação.

Na mesma perspectiva, o aspirante, deve apresentar suas razões e argumentos. Além disso, ele precisa estar disposto a compreender os argumentos e razões apresentados pelo oficial militar, incluindo as implicações decorrentes de sua posição de objetor de consciência.

Com estes conceitos, a teoria habermasiana demonstra que o entendimento ou o consenso é primordial para a existência do sujeito no mundo. Porém, esse entendimento — consenso — só pode ser alcançado a partir do agir comunicativo. Sem o emprego da linguagem, sem o diálogo, a construção social e as suas relações são prejudicadas. Sem a comunicação, o desenvolvimento social é comprometido. Por isso, Habermas propõe construir os alicerces epistemológicos de uma racionalidade comunicativa, interpretando a dinâmica da sociedade a partir do agir estratégico e do agir comunicativo.

⁴⁵ Para Habermas, “na ação comunicativa os agentes não se orientam pelo seu próprio êxito, mas sim pelo entendimento”. In: JÜRGEN HABERMAS. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1989, p. 385.

⁴⁶ Nas palavras de Habermas, a ação comunicativa é “em que todos os participantes harmonizam entre si seus planos individuais de ação e perseguem, portanto, sem reserva alguma, seus fins ilocucionários”. In: JÜRGEN HABERMAS. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. v. I e II. Taurus, Madrid, 1988., p. 376-377.

⁴⁷ “O ator atinge um fim, e faz com que se produza o estado de coisas desejado, escolhendo, numa situação dada, os meios mais convenientes e aplicando-os de forma adequada [...] A ação teleológica se amplia e se converte em ação estratégica quando no cálculo que o agente faz de seu êxito intervém a expectativa das decisões de, pelo menos, um outro agente que também atua visando a realização de seus próprios objetivos.” In: JÜRGEN HABERMAS. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. v. I e II. Taurus, Madrid, 1988., p. 122.

É válido lembrar que o primado da democracia é a possibilidade de espaços abertos ao diálogo e à construção mútua, oportunizando aos atores sociais, no caso em comento os militares, bases para construção de consensos e dissensos. Tudo isso dentro do aspecto comutativo da democracia.

7. Considerações finais

No decorrer do presente artigo, foi abordada a complexidade que envolve a hierarquia, a disciplina e o direito à liberdade religiosa no contexto militar.

A análise histórica mostrou o surgimento dos princípios da hierarquia e a disciplina militar e como esses princípios se tornaram fundamentos basilares das instituições militares e primordiais para a efetividade dessas organizações mantenedores da segurança e da paz, missão das forças militares.

Foi possível ainda observar que os princípios da hierarquia e disciplina, para o militar, são elementos que compõe a sua honra e a sua bravura. Da mesma forma, o estudo histórico evidenciou um progresso significativo na garantia dos direitos fundamentais, dentre eles o direito à liberdade religiosa, que ao longo das diversas constituições brasileiras manteve-se previsto, ainda que de forma mais restrita, até alcançarmos hoje uma melhor plenitude desse direito.

A liberdade religiosa, hoje, é considerada um direito fundamental que está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana, pois rege a liberdade de qualquer indivíduo na escolha de sua religião, a partir da qual muitos passam a estruturar sua vida, seus valores e suas escolhas em razão de sua crença.

No entanto, se o militar possuir crença religiosa que possa impossibilitá-lo de cumprir uma ordem que desrespeite sua convicção de fé, atingindo assim a hierarquia e a disciplina militar, é preciso buscar um meio de consenso. Dessa forma, a teoria da razão comunicativa de Habermas se apresentou como uma solução viável para alcançar esse consenso.

Habermas defende que, sem a linguagem, a efetivação dos acordos entre falante e ouvinte não seria possível, já que a linguagem é o que proporciona uma relação íntima entre o conteúdo proferido e sua validade no mundo social.

A linguagem, na visão de Habermas, faz parte de um processo de socialização humana. Assim, quando propõe a linguagem como o único meio confiável, a fim de que exista certeza da real intenção do proponente, Habermas demonstra que as ações morais são executadas através de proferimentos linguísticos. No pensamento de Habermas, o consenso se torna legítimo quando alcançado a partir dos atos de fala, do diálogo.

Considerando que vivemos numa sociedade democrática e pluralista, não podemos esperar que a carreira militar seja possível apenas para um determinado grupo de pessoas, e que a crença religiosa seja um obstáculo para aqueles que almejam exercer a atividade militar. De igual modo, é necessário considerar que organização militar está firmada sobre princípios que lhe dão efetividade e condições de exercer suas funções da forma apropriada para alcançar a sua missão de prover segurança e paz.

Assim, é preciso que seja clara a interpretação do conflito existente nesse cenário seja, onde figuram a hierarquia e a disciplina militar, acompanhados da liberdade religiosa, e que seja estabelecido um meio de resolução que leve em consideração a importância desses pressupostos jurídicos. Os indivíduos envolvidos nesse conflito devem ser capazes de expor suas razões e argumentos de forma igualitária e buscar o consenso na base do diálogo, até que o melhor argumento conduza à decisão a ser alcançada, sendo a teoria da razão comunicativa de Habermas a forma adequada de se atingir esse objetivo.

Faz-se urgente, a partir dessa análise, compreender que a garantia constitucional da democracia real e factível é nascida nas próprias relações sociais, não apenas de maneira vertical para com o Estado. O direito e a democracia nascem nas pequenas fontes do dia a dia, nas esquinas, nas ruas, nas escolas e, nesse caso, nos quartéis.

A visão de Habermas traz consigo essa perspectiva de que só é possível alcançar os desideratos legais e institucionais ao se concretizar o diálogo em todas as esferas públicas, trazendo justificação e legitimidade ao direito pátrio.

Portanto, ao coadunar a liberdade religiosa em espaços militarizados com os princípios da democracia deliberativa, será possível construir pontes em vez de muros, isto é, condições mútuas de intersubjetividade e respeito, em vez de coação hierárquica e legal.

Referências

- AFONSO SILVA, J. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 38ª. ed., Malheiros, São Paulo, 2015, p. 165.
- AGNOL DE SOUZA, E. E. D. "Entre pretensões de validade e boas razões: sobre a norma penal na concepção significativa da ação", *Cadernos de Direito Actual*, nº 23, Espanha, 2024, p. 68-82.
- ALEXANDRE DE MORAES. *Direito Constitucional*. 10. ed., Atlas, São Paulo, 2002.
- BARBOSA RAMOS, E. M.; LIMA ROCHA, J. F. "Liberdade Religiosa como Direito Fundamental: uma análise inicial", *Revista do Curso de Direito*, ano III, nº 6, 2013. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rcursodedireito/article/view/5246/3184>, Acesso em: 27 out. 2019.
- BÍBLIA, *In: Bíblia Online*. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br/ara>. Acesso em: 2 ago. 2024.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 02 ago. 2024.
- BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 02 ago. 2024.
- BRITO CARDOSO, D. "Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy", *Revista Constituição e Garantia de Direitos*, nº 1, v. 9, 2016, p. 137-155.
- CHAVES DE FARIAS, C.; ROSENVALD NELSON. *Direito Civil: Teoria Geral*. 6. ed., Lumem Juris, Rio de Janeiro, 2007.
- FRIEDRICH MÜLLER. *Direito, linguagem, violência: elementos de direito constitucional I*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1995, p. 13.
- GILBERTO FREYRE. "Introdução à História da Sociedade Patriarcal no Brasil", *In: Casa Grande & Senzala*, 48. ed., Global Editora, Recife, 2005, p. 64-155.
- JÜRGEN HABERMAS. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1989, p. 385.
- JÜRGEN HABERMAS. *Entre naturalismo e religião – estudos filosóficos*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2007, p.136.
- JÜRGEN HABERMAS. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. v. I e II. Taurus, Madrid, 1988, p. 122.
- KONRAD HESSE. *A Força Normativa da Constituição*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991, p. 25.
- LÂMEGO BULOS, U. *Curso de Direito Constitucional*, 9. ed. Saraiva, São Paulo, 2015, p. 526.
- MARTINS FILHO, I. G. S. *Tratado de Direito Constitucional*. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 253.
- MATO GROSSO DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho, *Processo nº. 0806528-51.2022.8.20.5001*.
- MILTON RIBEIRO. *Liberdade Religiosa. Uma proposta para debate*. Mackenzie, São Paulo, 2002, p. 35.
- NOGUEIRA DE ABREU, J. L. *Direito Administrativo Militar*. 2. ed., Método, São Paulo, 2015, p.311.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Assembleia Geral das Nações Unidas. Paris, 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.
- RIBEIRO BASTOS, C. *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva, São Paulo, 1989.
- ROBERT ALEXY. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- SANTOS DE OLIVEIRA, P. *Introdução à Sociologia*. 15. ed., Ática, São Paulo, 1995, p. 117.
- SILVA BEZERRA, J. M. N.; RIBEIRO ROSÁRIO, J. O. "A aplicabilidade do sistema multiportas de forma inaugural para fins de se alcançar uma melhor prestação jurisdicional e a concretude do acesso à justiça em sua premissa de garantia constitucional". *In: ALENCAR XAVIER, Y. M.; GERMANO ALVES, F.; OLIVEIRA MOREIRA, T. Prestação jurisdicional e diferentes formas de acesso à justiça*. Polimatia, Natal, 2022, p. 97-116.
- WILLIAM REHG. *Insight and solidarity: the discourse ethics of Jürgen Habermas*. University of California press London, Enghand, 1997, p. 25.



© **Cadernos de Direito Actual** Nº 25. Núm. Extraordinario (2024), pp. 238-266
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Pressupostos teórico-conceituais da pena e da persecução

Theoretical and conceptual preconditions of punishment and prosecution

Walter Nunes da Silva Júnior¹

Romildson Farias Uchôa²

Leonardo Oliveira Freire³

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Sumário: 1. Introdução. 2. Pressupostos de existência, legitimidade e constitucionalidade da pena. 2.1 Fundamentos, finalidades ou funções da pena: as escolas. 2.2 Pressupostos ontológicos da pena e da persecução; 3. Pressupostos legais e constitucionais da pena e do *jus perseguendi*; 4. As formulações do princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos. 5. Considerações finais. 6. Referências Bibliográficas.

Resumo: O artigo trata dos pressupostos teórico-conceituais da pena e da persecução criminal. Podem ser apontadas três categorias: pressupostos *ontológicos*, que se referem à fundamentação da existência das penas e da maneira de aplicá-las, *constitucionais-legais*, que fornecem fundamentos normativos no ordenamento jurídico e *metodológicos*, que operam como vetores de previsão normativa, interpretação, aplicação e execução de medidas restritivas aos direitos fundamentais, entre os quais se destaca o *princípio da proporcionalidade*. Pouco se estuda a sua face de proteção eficiente, principalmente em relação à persecução criminal, justificando o estudo. Objetiva-se verificar a proporcionalidade e seus desdobramentos, proibição de insuficiência e proibição de excesso, como princípio multifuncional, e condição essencial para a aplicação de restrições e cumprimento do dever de proteção dos direitos fundamentais. Utilizou-se o método hipotético-dedutivo e o procedimento da revisão bibliográfica. Conclui que a proporcionalidade,

¹ Doutor em Direito Constitucional e Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Titular da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Juiz Federal – Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1747-9233>. Email: walterjr@jfrn.jus.br.

² Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Segurança Pública pela Universidade Estadual do Maranhão (UEMA). Agente de Polícia Federal – Brasil — Departamento de Polícia Federal. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0638825753480032>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9489-3580>. E-mail: rf.uchoa@uol.com.br.

³ Mestre (UFRN) e Doutor (UFPE) em Filosofia Prática, na área de Filosofia do Direito. Pós-doutorando em Direito (UFRN). Professor colaborador do Departamento de Direito Processual e Propedêutica da UFRN (DEPRO). Professor colaborador do Programa de Pós-Graduação em Gestão de Processos Institucionais (PPGPI/UFRN). Oficial da Polícia Militar do Estado do RN – Brasil. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3263821619188327>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6688-8538>. E-mail: freiredireitos@gmail.com.

com seus desdobramentos e subprincípios, se converte em pressuposto da persecução criminal eficiente e da aplicação de penalidades ou medidas alternativas à pena.

Palavras-chave: Pressupostos. Proporcionalidade. Pena. *Jus puniendi*. *Jus perseguendi*.

Abstract: This article addresses the theoretical and conceptual preconditions of punishment and criminal prosecution. It identifies three categories: ontological preconditions, which pertain to the justification of the existence of penalties and their application; constitutional-legal preconditions, which provide normative foundations within the legal system; and methodological preconditions, which guide the prediction, interpretation, application, and enforcement of restrictive measures on fundamental rights, notably the principle of proportionality. The study explores the principle of proportionality, including its prohibitions on insufficiency and excess, as a multifunctional principle essential for the application of restrictions and the protection of fundamental rights. The hypothetical-deductive method and a literature review were employed. The conclusion is that proportionality, with its related principles, serves as a key precondition for effective criminal prosecution and the application of penalties or alternative measures.

Keywords: Precondition. Proportionality. Punishment. *Jus puniendi*. *Jus perseguendi*.

1. Introdução

O presente artigo aborda os pressupostos teórico-conceituais que fundamentam a aplicação das penas e a persecução criminal no Estado Constitucional Democrático. O tema central gira em torno da análise das bases filosóficas, legais e metodológicas que sustentam a legitimidade e a eficácia das penas e do *jus perseguendi*, destacando, nesse contexto, o papel fundamental do princípio da proporcionalidade.

A pesquisa foca nos pressupostos ontológicos, constitucionais-legais e metodológicos que estruturam o sistema criminal moderno. Esses pressupostos são divididos em três categorias principais: ontológicos, que justificam a existência das penas e a sua aplicação; constitucionais-legais, que fornecem a base normativa no ordenamento jurídico; e metodológicos, que operam como vetores para a previsão, interpretação, aplicação e execução das penas, com ênfase no princípio da proporcionalidade. Especificamente, o artigo explora como esses pressupostos moldam a função da pena e a condução da persecução criminal, garantindo que ambos estejam conforme os princípios de justiça e equidade.

Na categoria dos pressupostos ontológicos, o estudo analisa a punição como uma necessidade inerente ao contrato social, refletindo a retribuição pelo comportamento antagônico e a restauração da ordem violada pelo crime. Nos pressupostos constitucionais-legais, são examinados os princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a legalidade e a culpabilidade, centrais para a aplicação do direito penal. Por fim, os pressupostos metodológicos destacam o princípio da proporcionalidade, que se desdobra em regras de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, funcionando como um critério essencial para equilibrar os interesses do Estado e os direitos dos cidadãos.

O artigo visa responder como os diferentes pressupostos teóricos e metodológicos da pena e da persecução criminal podem garantir um equilíbrio entre a necessidade de segurança pública e a proteção dos direitos fundamentais. A problemática central investiga se o princípio da proporcionalidade, em suas diferentes dimensões, consegue funcionar como um balizador eficaz na aplicação de sanções penais e na condução de processos criminais, evitando tanto a insuficiência quanto o excesso na proteção dos direitos dos indivíduos.

A relevância deste estudo reside na necessidade de compreender os fundamentos que legitimam o uso do poder punitivo pelo Estado, especialmente em um cenário contemporâneo em que os direitos fundamentais são amplamente valorizados e protegidos no âmbito dogmático. A análise proposta é crucial tanto para o avanço acadêmico no campo do direito penal quanto para a aplicação prática das leis em um Estado que se pretende democrático e justo. A investigação sobre o princípio da proporcionalidade oferece uma perspectiva inovadora e essencial para garantir que o sistema penal funcione de maneira a respeitar a dignidade humana, ao mesmo tempo em que assegura a ordem social.

O objetivo geral do artigo é examinar os pressupostos que justificam a aplicação de penas e a persecução criminal, destacando a proporcionalidade como um princípio central nesse processo. Especificamente, o estudo busca: 1) identificar e discutir os pressupostos ontológicos da pena; 2) explorar os pressupostos legais e constitucionais que moldam o direito penal; 3) analisar o princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos como um critério metodológico para a aplicação de sanções e medidas restritivas.

A pesquisa adota uma abordagem teórica e conceitual, utilizando o método hipotético-dedutivo para explorar as diferentes dimensões do tema. A análise é realizada por meio de uma revisão bibliográfica abrangente, que inclui obras clássicas e contemporâneas sobre filosofia do direito, teoria penal e direito constitucional. Os procedimentos técnicos envolvem a interpretação crítica dos textos jurídicos e a aplicação dos conceitos teóricos à prática do direito penal.

O estudo está estruturado em três tópicos principais. O primeiro aborda os pressupostos ontológicos que justificam a existência da pena e da persecução criminal, examinando as bases filosóficas que sustentam a necessidade dessas práticas no contexto social e jurídico. O segundo tópico foca nos pressupostos legais e constitucionais, destacando os princípios fundamentais que orientam a aplicação das penas no ordenamento jurídico. O terceiro tópico analisa o princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos, considerando-o um pressuposto metodológico crucial para o exercício do dever de proteção, materializado na persecução criminal e na eventual aplicação de penas ou medidas alternativas.

2. Pressupostos de existência, legitimidade e constitucionalidade da pena

Existem pressupostos teórico-conceituais para a atribuição de penalidades e ao exercício do *jus perseguendi*, sobre os quais se discorre a seguir. A condição para a aplicação de reprimendas estatais é o devido processo legal, regado pelo princípio da presunção de inocência. Logo, a persecução criminal, no Estado Constitucional Democrático, é um pressuposto, um dever-poder instrumental para a aplicação de penas.

Considera-se, na presente pesquisa, a formulação que divide os pressupostos teórico conceituais da pena e da persecução criminal em: a) *pressupostos ontológicos*, que fundamentam a própria existência das penas, e logicamente, da persecução; b) *pressupostos constitucionais-legais* (princípios gerais do direito

Penal⁴, princípios informadores da pena⁵ e princípios do processual penal⁶); c) *pressupostos metodológicos*, estabelecido o *princípio da proporcionalidade* (com suas máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e suas extensões ou desdobramentos, proteção eficiente (ou proibição de insuficiência), e proibição de excesso, e o *devido processo legal*.

No momento, é necessário estabelecer alguns contornos e um esboço histórico sobre a pena e o direito penal.

2.1 Um esboço histórico da pena

A pena, admitida como a reprimenda por excelência, tem suas raízes nas eras primitivas, quando sequer existiam normas penais sistematizadas. O castigo, em sua origem, estava mais associado à vingança do que propriamente à justiça.

Durante a era primitiva, o direito de punir estava profundamente ligado ao sentimento ancestral de vingança. Como o Estado ainda não havia consolidado a autoridade e legitimidade para conduzir a persecução criminal, o dever-poder de reagir recaía sobre o ofendido e sua família. Nesse estágio civilizacional, o direito de punir se mesclava ao direito-dever de vingança, sendo esta considerada uma questão de honra para a vítima e seus parentes, em resposta à reprovação moral direcionada ao infrator. A persecução criminal era entendida, nesse contexto, como uma vingança defensiva, emergindo do impulso humano natural de preservação da espécie, indo além do simples instinto de autopreservação. Assim, a reação contra o culpado não era apenas um direito, mas um dever essencial⁷.

Pode-se identificar diferentes fases da vingança penal: a divina, a privada e a pública, que correspondem ao desenvolvimento das formas de Estado, embora tenham ocorrido retrocessos ao longo da história. Inicialmente, o homem, envolto em misticismo, explicava os fenômenos naturais ao seu redor por meio da crença em seres sobrenaturais, “totens”, que evoluíram para divindades.

Assim, o descumprimento das regras pelo grupo social era visto como uma ofensa a essas entidades, sujeitando os infratores a reprimendas que, para satisfazer a vontade divina, eram ilimitadas e predominantemente cruéis e desumanas. Predominava a ideia de repressão para a satisfação da divindade, e a finalidade maior era a intimidação. Bitencourt informa que se destaca como legislação típica da época,

⁴ Tratados no item sobre os pressupostos constitucionais-legais.

⁵ Com a prática de um crime ou sua mera previsão legal, nasce para o Estado o dever-poder de punir, com a atribuição de sanção penal ou outra solução restaurativa, reparatória ou negociada. No mister de aplicação da lei penal, devem ser respeitados os seguintes pressupostos, princípios constitucionais previstos na CF/88: a) *legalidade* (desdobrado em reserva legal e anterioridade); b) *personalidade* ou *intransmissibilidade* das penas (art. 5º, XLV); c) *individualização* da pena (art. 5º, XLVI); d) *princípio da proporcionalidade*, implícito, decorrente do Estado de Direito, também considerado pressuposto metodológico, a ser tratado em tópico próprio adiante; e) inevitabilidade da pena, temperado com o da necessidade concreta da pena (art. 59, CP); f) *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III; art. 5º, XLVII, alíneas ‘a’ a ‘e’, entre outros; art. 5º, §§ 1º e 2º da CADH), fonte moral dos direitos fundamentais, princípio fundamental do Estado democrático-constitucional; g) *vedação do bis in idem* (não previsto expressamente na CF, podendo ser encontrada base normativa no Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, no art. 20, 1 e 2). O presente Rol de princípios é elencado por Rogério Sanches (CUNHA, R. S. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 8. ed. ver., ampl. e atual. JusPodivm, Salvador, 2020, p. 493–497). O dever de punir, deve ser melhor entendido como dever-poder de persecução criminal, ou *jus persecutionis*.

⁶ Podem ser indicados os seguintes princípios: (1) do devido processo legal; (2) da presunção de inocência ou da presunção de não culpabilidade; (3) acusatório; (4) da inviolabilidade da intimidade; (5) da ampla defesa; e (6) da liberdade (SILVA JÚNIOR, W. N. *Curso de direito processual penal: teoria constitucional do processo penal*. 3ª ed. OWL, Natal, 2021, p. 280).

⁷ SILVA JÚNIOR, W. N. *Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no direito processual criminal*. OWL, Natal, 2023, p. 546.

o Código de Manu, os Cinco Livros (Egito), o Livro das Cinco Penas (China), Avesta (Pérsia), o Pentateuco (Israel), e na Babilônia⁸.

Na fase seguinte, com o avanço das civilizações, a reação punitiva aos crimes passou a ser realizada pela própria vítima ou por membros do grupo social (vingança privada), ainda que houvesse uma forte influência religiosa. Persistiam as penas desumanas e cruéis, e a vingança frequentemente resultava em conflitos entre diferentes grupos e tribos. Nesse contexto, o Código babilônico de Hamurábi representou uma evolução ao introduzir a regra de talião, que buscava estabelecer uma proporção entre a infração e o castigo, podendo-se identificar uma primeira tentativa de humanização da sanção criminal⁹. Essa regra também foi aplicada na Lei das XII Tábuas, e no Êxodo (Hebreus)¹⁰. Contudo, a punição ainda transcendia a pessoa do infrator, afetando gerações seguintes, como na Lei do povo Hebreu¹¹.

Na mesma linha, com o fortalecimento do conceito de Estado, surgiu a fase de vingança pública, marcada pelo aparecimento dos soberanos e pela atribuição a funcionários estatais sobre a aplicação das leis e penas. As penas continuaram a ser cruéis e violentas, com a função principal de proteger a ordem estatal em seus estágios inaugurais, afastando-se gradualmente da ideia de vingança. Nesse período, começou a surgir a distinção entre crimes que lesavam indivíduos e aqueles que atingiam o Estado¹².

A vingança privada, que subsistia, podia ser individual ou grupal, e era comum que no segundo caso redundasse em batalhas campais e na eliminação de todo o agrupamento, e foi a lei de talião uma das formas de se pôr freios à vingança e evitar essa dizimação de tribos. A vindita privada, também foi evoluindo para a composição, antecedente da reparação civil e das penas pecuniárias penais¹³.

Na Grécia, é possível observar a evolução do direito penal da vingança privada para a religiosa, coexistentes por longo tempo e, finalmente, para a pública. Os filósofos gregos começaram a questionar aspectos antes ignorados, como o fundamento da punição e a razão de ser da pena. A legislação draconiana, com seu primeiro legislador, atribuía a pena de morte para qualquer delito. Pitágoras, aplicando a lógica matemática, percebia um efeito retributivo na pena, proporcional ao mal causado. Protágoras, por sua vez, defendia que a pena tinha um caráter intimidador, tanto para o autor quanto para a sociedade, visando a correção de ambos. Para Platão, a pena seria um remédio para curar a delinquência, não sendo vista como um castigo, mas sim como um meio de evitar que outros cometam delitos (defesa social). Não se podia falar propriamente de um direito penal em relação a essas formas de vingança¹⁴.

Epicuro também defendia o efeito intimidativo da pena, utilizando o princípio utilitarista (originado em Aristóteles), argumentando que as penas deveriam ser aplicadas apenas quando necessárias. Aristóteles, por sua vez, já introduzia a ideia de que a sensação de impunidade poderia levar à prática de delitos, embora afirmasse que a educação poderia prevenir tais condições.

Assim como os gregos, a civilização romana separou Direito e Religião, passando pelas fases de vingança divina, privada e, finalmente, pública. Durante a República (509 a.C.), as penas capitais eram decididas pelo iudicium populi, em praça pública. Com o fim da República, o Estado assumiu a aplicação das penas, embora

⁸ CUNHA, R. S. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 8. ed. ver., ampl. e atual. JusPodivm, Salvador, 2020, p. 73.

⁹ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte geral; Vol. 1*. 22ª ed. rev., ampl. e atual. Saraiva, São Paulo, 2016, p. 73.

¹⁰ HELENO, C. F. *Lições de Direito Penal*. Forense, Rio de Janeiro, 1975, p. 26.

¹¹ CUNHA, R. S. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 8. ed. ver., ampl. e atual. JusPodivm, Salvador, 2020, p. 49–53.

¹² *Ibid.*

¹³ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte geral; Vol. 1*. 22ª ed. rev., ampl. e atual. Saraiva, São Paulo, 2016, p. 73.

¹⁴ *Ibid.*

no ambiente familiar o pater famílias ainda mantivesse essa função. Cerca de vinte ou trinta anos antes de cristo, a vingança privada desapareceu, e a finalidade da pena era essencialmente retributiva¹⁵. A pena de morte foi quase extinta, e as penas e delitos passaram a ser previamente estabelecidos, dando origem ao princípio da reserva legal. No século III d.C., houve um retorno das penas capitais, agora com uma função pública¹⁶.

No contexto romano, a função da pena era multifacetada, evoluindo conforme as mudanças sociais, políticas e econômicas do Império. Embora a retribuição fosse a principal função, também estavam presentes as ideias de deterrence (dissuadir o criminoso e a sociedade), restauração da ordem, reeducação e reintegração. As penas em Roma variavam amplamente, desde multas e exílios até formas extremas de punição, como a crucificação, escravização ou execução pública, dependendo da gravidade do crime e da posição social do infrator.

No Direito Penal dos povos germânicos, a pena mais grave era a *Frieldlosigkeit*, na qual o infrator perdia o direito à vida, permitindo que qualquer concidadão o matasse se o delito atingisse interesses comunitários. Se a infração afetasse uma pessoa ou família, buscava-se a reparação para restabelecer a paz social ou recorria-se à vingança de sangue (faida). Com o fim das invasões bárbaras no século XI d.C., o poder estatal cresceu, afirmando a autoridade pública e substituindo a vingança privada¹⁷. Também havia a visão de composição, e a vingança prevista podia ser hereditária, solidária e de família¹⁸.

Na Idade Média, após a queda do Império Romano em 476 d.C., houve um retrocesso para a vingança privada, embora a composição ainda fosse possível. Com a crescente intervenção dos reis na fixação de penas, surgiu a ideia de penas públicas, fortalecida pela dinastia carolíngia entre 751 e 911 d.C.

O Direito Canônico influenciou as penas, especialmente no Império Romano a partir de 379 d.C., quando o Cristianismo foi estabelecido como a religião oficial e única do Estado. Nesse contexto, a punição era vista como uma expiação em busca de redenção, e os crimes confundiam-se com o pecado, já que a gravidade do delito era proporcional ao pecado. Com o Direito Canônico, retomou-se a vingança estatal em contraponto à privada, criando-se a internação, precursora da penitenciária, além disso, esse ramo do direito continham princípios que orientam até hoje as penas, quais sejam: fraternidade, redenção, caridade, trasladados ao direito punitivo¹⁹.

A investigação era conduzida por meio de inquéritos realizados pelos Bispos, que visitavam comunidades e inquiriam pessoas para estabelecer a ocorrência de crimes, com a possibilidade de confissão de delitos, abrangendo os domínios administrativos, econômicos, políticos e religiosos. Essa forma de inquérito perdurou dos séculos XI a XII, até ser transferida para a esfera do poder soberano.

O Concílio de Latrão, em 1215, marcou o início do processo inquisitório, com a disseminação da tortura durante a Inquisição. A prisão, nesse estágio, era apenas uma medida preventiva para a aplicação das penas, como morte ou suplícios. Já com o Renascimento, nos séculos XIV e XV, os inquéritos passaram a buscar os fatos efetivamente ocorridos, considerando, conhecimentos como astronomia e geografia, embora a tortura ainda persistisse²⁰.

¹⁵ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte geral*; Vol. 1. 22ª ed. rev., ampl. e atual. Saraiva, São Paulo, 2016, p. 77.

¹⁶ CUNHA, R. S. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 8. ed. ver., ampl. e atual. JusPodivm, Salvador, 2020, p. 49-53.

¹⁷ *Ibid.*, p. 49-53.

¹⁸ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte geral*; Vol. 1. 22ª ed. rev., ampl. e atual. Saraiva, São Paulo, 2016, p. 77.

¹⁹ *Ibid.*, 2016, p. 79.

²⁰ CUNHA, R. S. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 8. ed. ver., ampl. e atual. JusPodivm, Salvador, 2020, p. 49-53.

Posteriormente, com o Iluminismo, o conceito de crime e criminoso passou por grandes transformações. Hugo Grócio, em sua obra de 1625, intitulada *Sobre o direito da paz e da guerra*, impôs à pena um fundamento racional, conceito que foi mais tarde desenvolvido pelos jusnaturalistas, que buscavam na razão a essência do Estado.

Para Locke e Hobbes, as finalidades da pena eram a obediência da população e a segurança comum, destacando o caráter intimidador sobre a sociedade e o delinquente. No entanto, o período de maior influência foi marcado pela obra de Montesquieu (*Cartas Persas*, 1721 e *O Espírito das Leis*, 1748), que criticava o sistema penal vigente e propunha sua reforma, incluindo a separação dos poderes para garantir a independência do Judiciário. Montesquieu defendia penas moderadas (e proporcionais) como característica do Estado moderno, onde o legislador deveria focar na prevenção de delitos, e não na punição como um fim em si. Para ele, a impunidade, e não a moderação das penas, era a causa do descumprimento das leis. Entre suas propostas, estavam os princípios da proporcionalidade da pena e da reserva legal²¹.

No mesmo contexto, o Marquês de Beccaria, em sua obra *Dos delitos e das penas* (1764), propôs reformas radicais no Direito Penal, com foco nas normas processuais. Influenciado por Rousseau, Voltaire, Locke, pelo contratualismo e utilitarismo, Beccaria defendia a proporcionalidade entre a pena e a infração, o fim da tortura, a prisão preventiva quando necessária, e a publicidade das acusações.

Para ele, a finalidade da pena era impedir que o autor continuasse delinquindo e prevenir crimes por outros cidadãos, alinhando-se com a ideia de defesa social e a sobrevivência da sociedade civil. Beccaria considerava a pena de morte incongruente e incompatível com o contrato social. Em sua visão, a pena deveria ser aplicada imediatamente para que sua ligação com a ação criminosa fosse clara, e as penas deveriam ser previamente fixadas, refletindo o princípio da reserva legal²². Marcadamente, o autor menciona o contrato social no início de sua obra, e, dessa forma, assevera que “os homens se reúnem e livremente criam uma sociedade civil, e a *função das penas*, imposta pela lei, é precisamente assegurar a sobrevivência dessa sociedade”²³. Seu pensamento marca o início do Direito Penal da modernidade, influenciando tanto a Escola Clássica da Criminologia quanto a Escola Clássica de Direito Penal²⁴.

No contexto histórico de Beccaria, John Howard²⁵, também na seara político-criminal, teve elevada importância no processo de humanização das penas, insurgindo-se contra as deploráveis condições carcerárias inglesas, inspirando uma corrente penitenciária, propondo princípios de classificação de presos, por sexo, idade, condenação ou processo, defendendo assistências básicas como higiênicas, médicas e alimentares. A pena não deveria ter outra finalidade senão a punitiva e intimidatória. Além disso, compreendia a importância de um controle jurisdicional sobre a execução²⁶.

Seguindo na mesma toada, Bentham fundamentou sua teoria da pena sobre o utilitarismo, defendendo um efeito preventivo geral preponderante, com o valor simbólico da resposta estatal, embora admitindo finalidade correccional. O limite para a retribuição deveria ser o de que a pena era um mal que não deveria exceder o dano

²¹ CUNHA, R. S. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 8. ed. ver., ampl. e atual. JusPodivm, Salvador, 2020, p. 49-53.

²² *Ibid.*, p. 49-53.

²³ BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, 1999, p. 27.

²⁴ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte geral; Vol. 1*. 22ª ed. rev., ampl. e atual. Saraiva, São Paulo, 2016, p. 82-83.

²⁵ SILVA JÚNIOR, W. N. *Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no direito processual criminal*. OWL, Natal, 2023, p. 80.

²⁶ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte geral; Vol. 1*. 22ª ed. rev., ampl. e atual. Saraiva, São Paulo, 2016, p. 82-83, p. 86.

produzido pelo delito (reside aqui uma ideia de proporcionalidade). Também considerava as más condições carcerárias como um problema penitenciário, já que infestariam o corpo e a alma dos encarcerados, pela ociosidade e pelo contato com outros criminosos²⁷.

As ideias iluministas francesas que alteraram o direito penal, decorrentes da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, foram muito influenciadas também pelas ideias de Beccaria e de autores precedentes. Após o período iluminista, surgem o que se denomina Escolas Penais, e que até o presente influenciam as respostas criminais nos ordenamentos jurídicos. As escolas serão tratadas em tópico adiante. Todas elas, em alguma medida, entendem as funções da pena, cujas formulações iniciam desde a antiguidade, quais sejam, retribuição, redenção, defesa social (segurança da ordem soberana, da sociedade civil ou do Estado de Direito), ressarcimento e outras correlatas.

Com o avançar das concepções de Estado, e marcadamente após a II Guerra Mundial, as transformações nas relações entre os poderes e a necessidade de observância dos direitos fundamentais como expressões da dignidade humana, e da consequente expansão constitucional, surgiram formulações a respeito da cláusula do devido processo legal e do princípio da proporcionalidade. Este último se desdobra inicialmente em proibição de excesso, evoluindo para a necessidade de proteção eficiente, e balizará necessariamente toda a estrutura de resposta estatal aos delitos, nas previsões em abstrato, na aplicação de reprimendas aos ilícitos, bem como na execução das penas.

Atualmente, o Código Penal brasileiro não enuncia sobre qual teoria adotou, mas a doutrina entende que a pena possui tripla finalidade, a saber: a) retributiva; b) preventiva; c) reeducativa²⁸.

Cada uma dessas funções pode ser identificada em momento específico, pois o legislador cria o crime e comina a sanção penal, com a pena abstratamente prevista, e assim manifesta o caráter preventivo geral. Ao estabelecer parâmetros mínimos e máximo da pena, expõe a prevenção geral positiva, mirando inibir a prática de delitos (prevenção geral negativa). Já no momento de aplicar a sanção, o órgão jurisdicional observa as finalidades retributiva e preventiva especial. Na etapa da execução penal, desvela-se a retribuição e a prevenção especial, revelando-se a prevenção especial positiva.

Nessa ordem de considerações, a proporcionalidade, como técnica interpretativa, de aplicação da norma e de resolução de conflito entre princípios ou direitos fundamentais, se consubstancia em pressuposto metodológico para a prescrição, aplicação e execução das penas, e da antecedente e necessária persecução criminal. É dessa forma que o tema será tratado adiante.

Estabelecido o escopo do artigo, um esboço histórico da pena e de sua função em diferentes contextos, passa-se aos tópicos nos quais se estrutura este estudo, inicialmente tratando sobre os fundamentos, finalidades ou funções da pena, seguido de um tópico sobre os pressupostos ontológicos da pena e da persecução, em um terceiro tópico há considerações sobre os pressupostos constitucionais-legais, e o quarto item sobre as formulações do princípio da proporcionalidade para, enfim, expor as considerações finais.

2.2. Pressupostos ontológicos da pena e da persecução

Os fundamentos do *ius puniendi* foram tratados na construção filosófica do Direito, mais especificamente no contexto do idealismo alemão, com as teorias absolutas de Kant e Hegel. Os primeiros entendimentos sistemáticos estão alinhados à ideia de retribuição, *ius talionis*, com regate histórico no código de Hamurábi.

²⁷ *Ibid.*, p. 87.

²⁸ CUNHA, R. S. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 8. ed. ver., ampl. e atual. JusPodivm, Salvador, 2020, p. 483.

Para Kant,²⁹ na sua obra *Metafísica dos Costumes*, Doutrina do Direito, no parágrafo 49, Seção E, a ideia de que a punição serve para aplicação da justa medida a retribuir ao criminoso pelo mal praticado, o crime, como condição causal que impõe a resposta pelo exercício da razão, é um imperativo moral, um projeto da liberdade³⁰.

Conforme o autor alemão, o criminoso deve receber a punição na medida do crime praticado, seja na condição causal como resposta à ação, com a reação do Estado. Neste contexto, a teoria kantiana defende que o criminoso deve ser tratado com a finalidade da pena, sendo um imperativo categórico do direito, imperativo por ser um mandamento e categórico por não haver exceção, inclusive com a pena de morte, ou seja, para os criminosos homicidas não haveria outra alternativa penal senão a pena capital, representando a causalidade e a proporcionalidade da pena. Muito embora o autor vislumbre problemas na aplicação dessa penalidade extrema.

Essa linha é redefinida na teoria hegeliana, que considera a racionalidade e a retribuição como máxima, mas apresenta a teoria de uma chance, prescrevendo que, em situações específicas do fato criminológico, para o criminoso não reincidente, não contumaz, o Estado pode aplicar uma pena mais branda, que difere da pena capital.

Nesse contexto, surgem as teorias humanizadas, iniciando pelo Marquês de Beccaria, que inclusive rebate as teses de Kant e de Hegel, apresentando a ideia de que ao agente deve ser dada a reabilitação com a preservação dos direitos mais especiais, promovendo a dignidade humana e restaurando a sociedade civil. Assim, Beccaria traz uma nova dimensão de interpretação para o fato criminoso e às medidas adotadas à criminalidade, bem como o Estado deve tratar os criminosos na busca da preservação da humanidade, com respeito à dignidade humana, considerando a aplicação de uma pena que seja instrumento para os criminosos serem restaurados, a fim de que efetivamente retornarem à convivência social³¹.

Refletindo sobre a rapidez na aplicação da pena, Beccaria fez uma menção à prisão preventiva, argumentando que a privação da liberdade é, de fato, uma pena. Ele concluiu que essa modalidade de prisão "não pode preceder à sentença senão quando a necessidade o requer". Para ele, a prisão preventiva só deve ser aplicada quando "necessária para impedir a fuga ou para não ocultar as provas dos delitos", conferindo-lhe, assim, a função de medida cautelar. Embora esse princípio tenha demorado a ser compreendido e adotado pelos Estados, hoje é um dos fundamentos do processo penal moderno. Segundo a Constituição de 1988, a prisão processual é considerada uma medida cautelar e, para ser decretada, além das provas de materialidade e autoria, é necessário observar se a privação da liberdade é indispensável. A prisão deve ser decretada apenas quando nenhuma medida alternativa for suficiente e adequada³².

Evidentemente, o livro *Dos Delitos e das Penas* apresenta diversos fundamentos de Direito Penal material. Entre eles, destaca-se a proporcionalidade das penas³³ conforme a gravidade do delito, a concepção do crime como fato jurídico

²⁹ KANT, I. *Metafísica dos costumes*, Trad. P. Quintela, Abril Cultural, São Paulo, 1980.

³⁰ Kant afirma que as leis da liberdade se diferenciam das leis da natureza porque não descrevem o que é, mas prescrevem o que deve ser, isto é, o que se deve fazer, um projeto da liberdade (KANT, I. *Crítica da razão prática*. Trad. A. Morão. Edições 70, Lisboa, 1986, p. 57).

³¹ BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, 1999, p. 21-31 e 139.

³² SILVA JÚNIOR, W. N. *Curso de direito processual penal: teoria constitucional do processo penal*. 3ª ed. OWL, Natal, 2021, p. 61.

³³ O histórico do Direito Penal, é revelador que nem sempre a resposta estatal aplicada era adequada à gravidade do fato. Foi no período iluminista que houve um despertar para a proporcionalidade, com marcante influência dos escritos de Beccaria. É célebre um trecho que se pode destacar, em tópico intitulado *Finalidades da Pena*: "É, pois, necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las, de tal modo que, conservadas as proporções, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu" (BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, 1999, p. 52).

e a moderação das penas como forma de humanização. Beccaria defende a certeza da aplicação da pena, em vez de sua crueldade, como um verdadeiro freio à prática dos crimes. Ele trata a pena como um meio de defesa da sociedade, rejeitando a ideia de vingança. O autor também propõe a eliminação de crimes como o adultério e, principalmente, a abolição da pena de morte, defendendo o que hoje se chama de Direito Penal mínimo³⁴.

O exame da obra revela a intenção de Beccaria em promover, com base no utilitarismo, a adoção de um sistema penal fundamentado na legalidade estrita, sem espaço para interpretações subjetivas. Beccaria baseou-se no utilitarismo hobbesiano para explicar o direito de punir, onde a utilidade é o princípio moral dominante. Embora Hobbes tenha sido proeminente, Jeremy Bentham, filósofo e jurista inglês, é reconhecido como o fundador da escola utilitarista. Ele detalhou essa doutrina abrangentemente em sua obra *Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*, publicada em 1789. Para Bentham, conforme a natureza, a humanidade está sujeita a dois soberanos, a dor e o prazer, e a razão e a lei, instrumentos para estabelecer a maior felicidade possível para o maior número de pessoas³⁵.

Beccaria parte do pressuposto de que o indivíduo aceita viver conforme as leis da sociedade, representadas pelo pacto social, e concede ao Estado o dever de puni-lo quando violar essas normas. A punição visa restaurar a ordem jurídica e prevenir transgressões futuras. O direito de liberdade é entregue ao Estado, que o restringe conforme necessário para manter a ordem social. O autor explica que a necessidade de segurança na sociedade levou o homem a renunciar parte de sua liberdade. Na visão de Beccaria, a pena é vista como uma retribuição pelo mal causado à sociedade, conquanto possua seu caráter humanitário³⁶.

Envolvido com o pensamento iluminista, Beccaria teve a antevisão de observar que o campo no qual mais se mostravam ilimitados os poderes do Estado era, exatamente, no exercício do direito de punir³⁷, que atualmente pode ser relido como dever-poder de perseguição criminal do Estado, já que o resultado não necessariamente será uma pena.

O autor milanês, em seu livro, defendeu garantias fundamentais no Direito Penal material, como o princípio da reserva legal, a publicidade da lei, a tipicidade dos crimes e a proporcionalidade das penas. No entanto, sua maior preocupação estava no Direito Processual Penal. Ele identificou na ausência de regras para o julgamento uma das maiores injustiças contra uma pessoa que poderia ser inocente.

A falta de direito de defesa, a produção de provas pelo Estado de qualquer forma, incluindo a tortura, o segredo do ritual como intimidação, a publicidade apenas na execução da pena, a presunção de culpa e a ausência de separação e independência entre o acusador e o julgador, entre outras anomalias, levaram Beccaria a focar no estabelecimento de regras que limitassem o poder de punir do Estado. Em outras palavras, ele desenvolveu a mesma ideia da reserva legal aplicada ao julgamento, defendendo que o processo deve impor regras para controlar a perseguição criminal³⁸.

Esses pressupostos, iniciados no contexto da modernidade, formataram no sistema de justiça penal uma linha de humanização instrumental para o *ius persecutionis*, na busca de encontrar uma medida mais adequada para o tratamento da criminalidade, desde o processo de investigação.

³⁴ *Ibid.*, p. 61.

³⁵ SILVA JÚNIOR, W. N. *Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no direito processual criminal*. OWL, Natal, 2023, p. 81–83.

³⁶ BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, 1999, p. 38–39.

³⁷ SILVA JÚNIOR, W. N. *Curso de direito processual penal: teoria constitucional do processo penal*. 3ª ed. OWL, Natal, 2021, p. 279.

³⁸ SILVA JÚNIOR, W. N. *Curso de direito processual penal: teoria constitucional do processo penal*. 3ª ed. OWL, Natal, 2021, p. 280.

A teoria de sistematização racional da persecução penal tem relação direta com o processo de humanização da pena, considerando as garantias do acusado, a presença da presunção de inocência³⁹ e mesmo a dignidade humana da pessoa acusada em matéria penal. Esse contexto está firmado na máxima do Estado de Direito, no qual o poder absoluto nobiliárquico é superado.

O paradigma absolutista estava alinhado aos ditames do castigo, como retaliação e da vingança. Alguns pressupostos teóricos podem ser retirados das teorias que sustentam a ideia de humanização da pena como elementos de uma persecução penal humanizada, algo que está inserido no nosso Sistema de Justiça Criminal.

Se por um lado as teorias absolutas da pena apresentam uma evolução da sistematização do *ius puniendi* com base em critérios racionais, por outro lado, o Sistema de Justiça estava focado na proteção do Estado absolutista. Na mudança de paradigma do Estado Absoluto para o Estado de Direito e com a redefinição para o modelo de humanização proposto o Beccaria ocorre uma estruturação do processo criminal e de toda instrumentalidade de justiça criminal, que envolve as ciências policiais e a segurança pública, inaugurando uma ciência criminal que caminha focada na proteção dos direitos fundamentais, colocando o ser humano (inclusive o criminoso) como sujeitos de direitos no processo.

A sociedade civil é a signatária principal dessa missão do Estado de trazer à realidade uma harmonia, colocando as liberdades humanas em um patamar de congruência. Inclusive, o princípio da liberdade, e o da presunção de inocência, informam que os termos mais adequados a serem utilizado são justiça criminal, persecução criminal ou processo criminal, em sobreposição a justiça penal, persecução penal ou processo penal, dado que o foco não é a pena, mas sim um processo justo para o exercício do *jus perseguendi* e, eventualmente, a atribuição de punições, que inclusive não são obrigatórias, pois existem muitos institutos despenalizadores e descriminalizadores, bem como a inocência pode restar comprovada ao final do processo.

Na persecução criminal, tem-se a dignidade humana como elemento fundamental para a promoção da justiça. Por esse aspecto, os procedimentos de controle da violência e de enfrentamento da criminalidade devem sempre proteger, em última instância, a humanidade. Neste contexto, é possível fortalecer o argumento da atuação pública, enquanto sua instrumentalidade não pode superar o valor humano, apregoando a máxima kantiana, a qual afirma que o homem não pode ser considerado um instrumento, um mero meio.

Ademais, um processo criminal democrático é resultado também do que a sociedade espera em termos de expectativas normativas, de maneira que uma sociedade que não internaliza de maneira satisfatória o princípio da presunção de inocência, contribui para um processo penal distanciado dos valores da dignidade humana⁴⁰.

Ainda nessa linha de intelecção, o respeito ao imperativo categórico de Kant pode ser um norte ao sistema de justiça criminal, às penas, ao processo e à execução

³⁹ Segundo tese defendida pelo Prof. Walter Nunes da Silva Júnior, o princípio da presunção de inocência deve ser considerado o gênero, cujas espécies são os subprincípios da presunção de inocência estrito senso e o da presunção de não culpabilidade (SILVA JÚNIOR, W. N. *Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no direito processual criminal*. OWL, Natal, 2023, p. 401).

⁴⁰ Dignidade humana: "Trata-se de princípio com um visível fundamento ético que é anterior ao direito e à sua positivação na ordem jurídica, representando no valor do homem em si e na sua existência, esta afirmada como autonomia e respeito à natureza humana, mas sobretudo, plantada na consciência do reconhecimento de que todos são iguais. É nesse sentido que o homem está acima de todas as coisas e se constitui um fim em si, no estilo do imperativo categórico kantiano. É com esse perfil que a dignidade da pessoa humana é mais que um compromisso normativo, é uma fonte moral onde a democracia vai ganhar substância" (BONIFÁCIO, A. C. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. Método, São Paulo, 2008, p. 175).

das penas, conforme Doutrina do Direito, Parágrafo 49. Seção E, em que Kant estabelece as bases de sua teoria da aplicação da pena.

A regra de ouro de praticamente todas as filosofias existentes é não fazer aos outros o que não gostaria que fizessem a si. Tais palavras já eram emanadas por Confúcio, mais de dois mil e quinhentos anos atrás. Reaparecem com o historiador da Grécia, Heródoto, e na filosofia platônica, e, séculos mais tarde, codificada nas escrituras judaicas, cristãs e islâmicas⁴¹.

Em Kant, ela se consubstancia no imperativo categórico, que aparece ao longo de suas obras formulado de três maneiras diferentes: 1. Lei universal: age como se a máxima de tua ação devesse ser erigida por tua vontade em lei universal da Natureza; 2. Fim em si: age de tal maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outrem, sempre como um fim e nunca como um meio; 3. Legislador Universal (ou da Autonomia): "Age como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais"⁴².

Segundo o autor alemão, o Imperativo Categórico é um princípio que requer a capacidade de universalizar tanto as ações quanto as máximas ou interesses que elas envolvem (e, portanto, se manifestam nas normas da ação). Kant busca, assim, invalidar todas as normas que contradigam essa exigência do Imperativo Categórico⁴³.

Os pressupostos elementares de uma justiça criminal, por esta compreensão, podem ser considerados a partir do valor mais amplo que se institui, o Estado da proteção da dignidade humana e a promoção dos direitos fundamentais.

Em uma sociedade cada vez mais tecnológica, com o distanciamento do humano, com uma instrumentalização das pessoas e das coisas, sempre consideradas diante do valor econômico, as ciências penais, em especial o processo penal, deve fortalecer os seus pilares sob pena de que o direito ande na contramão da Justiça e se consolide como uma utopia social.

Diante disso, obviamente com esse pequeno recorte teórico, é preciso reconhecer o protagonismo de um processo penal que tem como base teleológica os seus pressupostos fundantes, essenciais para o reconhecimento público do direito de punir como algo legítimo.

Nesta medida, é possível reconhecer que o pensamento neokantiano a partir de Habermas, em sua teoria da razão comunicativa, que pode servir de norte, com base em sua racionalidade, que retira da objetividade instrumental como *standard*, e coloca a subjetividade e os valores da interação, do espírito democrático como preponderantes, somados ao elemento moral que alicerçam os fenômenos do mundo da vida, rompendo o mero formalismo dos procedimentos no contexto do enfrentamento à criminalidade⁴⁴.

O processo criminal não pode ser considerado um instrumento distante da existência humana e do fenômeno da interação social e linguística, que condiz com a esfera pública. Diante disso, é preciso reconhecer que a mera racionalização dos processos, formalmente, é insuficiente, devendo-se concatenar uma justiça válida diante das necessidades humanas, materialmente consideradas.

Por isso, o processo penal precisa ser sintético com técnica, mas a mera técnica não é suficiente para conduzir à justiça. Diante disso, a teoria Habermasiana, legatária das raízes kantianas, apresenta um espelho para o esclarecimento de um fator importante, que está inserido nesta obra, a saber, a importância da proteção dos direitos fundamentais colacionados pelo projeto da razão que se legitima na

⁴¹ BREGMAN, R. *Humanidade: uma história otimista do homem*. Editora Planeta, São Paulo, 2021, p. 363.

⁴² KANT, I. *Crítica da razão prática*. Trad. A. Morão. Edições 70, Lisboa, 1986. p. 57. p. 103.

⁴³ HABERMAS, J. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1989, p. 84.

⁴⁴ HABERMAS, J. *Teoria de Ia acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Catedra, Madrid, 1997.

comunidade linguística, na sociedade civil, pelo espírito democrático. Nessa medida, não basta ser eficiente, é preciso que os instrumentos processuais que enfrentam a criminalidade sejam enraizados no espírito democrático e promovam o conteúdo aceito legitimamente na sociedade civil.

Impõe-se, em arremate, arrolar *alguns dos principais pressupostos ontológicos* em relação à pena, conforme os autores tratados: a) *retribuição*: a pena é vista como retribuição pelo crime cometido. Baseia-se na ideia de justiça retributiva, onde o infrator deve receber uma punição proporcional ao mal causado. O conceito é fundamentado, entre outros, nas teorias de filósofos como Kant e Hegel, que defendem que a pena é um imperativo moral e uma resposta justa ao delito; b) *prevenção*: a pena possui caráter preventivo, tanto geral quanto específico. A prevenção geral visa dissuadir a sociedade em geral de cometer crimes, ao estabelecer consequências negativas para comportamentos ilícitos, a específica tem por objetivo evitar que o infrator volte a cometer crimes no futuro, seja por meio da reabilitação ou pela incapacitação temporária (como a prisão); c) *reabilitação*: a pena pode ter um propósito reabilitador, visando a reintegração do infrator na sociedade. Destaca a importância de proporcionar ao condenado oportunidades de educação, trabalho e tratamento psicológico ou psiquiátrico, para poder corrigir seu comportamento e viver segundo as normas sociais; d) *defesa social*: a pena é necessária para proteger a sociedade contra indivíduos que ameaçam a ordem pública e a segurança. Esse pressuposto justifica a aplicação de penas como um meio de afastar temporária ou permanentemente aqueles que cometem crimes, garantindo a segurança dos cidadãos; e) *justiça restaurativa*: a pena visa restaurar o dano causado à vítima e à comunidade. Enfatiza a reparação do dano e a reconciliação entre o infrator e a vítima, promovendo um sentido de justiça que vai além da simples punição.

3. Pressupostos legais e constitucionais da pena e do *jus perseguendi*

Entre os *pressupostos legais e constitucionais*, consideram-se os *direitos e garantias fundamentais*, os *princípios gerais do direito penal* e, especificamente, os *princípios informadores da pena*, bem como os *princípios constitucionais e legais do processo penal*⁴⁵.

Entre os *princípios gerais do direito penal*, podem ser relacionados pela doutrina, com alguma divergência, mas relativamente uniformes, os seguintes: 1. Os relacionados com a missão fundamental do direito penal: 1. Intervenção mínima (1.1.1 insignificância ou bagatela própria, 1.1.2 bagatela imprópria, 1.1.3 adequação social); 2. relacionados com o fato do agente: 2.1 exteriorização ou materialização do fato, 2.2 legalidade, 2.3 ofensividade ou lesividade; 3. relacionados com o fato do agente: 3.1 responsabilidade pessoal, 3.2 responsabilidade subjetiva, 3.3 culpabilidade, 3.4 igualdade, 3.5 presunção de inocência ou da não culpa; 4. *relacionados com a pena*: 4.1 *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, CF/88), 4.2 *individualização da pena* (art. 5º, XLVI, CF/88), 4.3 *proporcionalidade*, 4.4 *personalidade* (art. 5º, XLV, CF/88), desdobramento dos princípios dos itens 3.1, 3.2 e 3.3, 4.5 vedação do *bis in idem*⁴⁶.

⁴⁵ Deve-se relembrar a importante distinção entre princípios e regras, adotadas por Alexy e Dworkin. Nesse aspecto: “Os *princípios* são *mandamentos de otimização* [...] podendo ser cumpridos em graus diferentes conforme as possibilidades reais e também as jurídicas dadas pelas regras e princípios opostos”. “[...] enquanto as *regras obedecem a uma lógica de tudo ou nada, sendo aplicadas ou não aplicadas*, os princípios são considerados mandamentos de otimização, podendo ser realizados em certo grau, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas” (BALTAZAR JÚNIOR, J. P. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 27, p. 75).

⁴⁶ CUNHA, R. S. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 8. ed. ver., ampl. e atual. JusPodivm, Salvador, 2020, p. 78–127.

Bittencourt⁴⁷, por sua vez, classifica os princípios fundamentais de direito penal de um estado Social e Democrático de Direito, os seguintes: 1. Princípio da legalidade; 2. princípio da reserva legal; 3. Princípio da intervenção mínima, 3.1 princípio da fragmentariedade; 4. Princípio da irretroatividade da lei penal; 5. Princípio da adequação social; 6. Princípio da insignificância; 7. Princípio da ofensividade; 8. Princípio da culpabilidade; 9. Princípio da proporcionalidade; 10. Princípio da humanidade.

Dado o restrito objeto do presente estudo, eles não serão tratados com maiores detalhamentos, sendo listados apenas para a consideração de que se consubstanciam como pressupostos legais ou constitucionais.

É possível observar que muitos deles se confundem com os princípios do processo penal, atuando em ambientes distintos, mas que se entrecruzam, e protegem os mesmos bens jurídicos em intensidades e formas diferentes. Além disso, alguns deles, embora sendo especificamente princípios relacionados ao direito material, são aplicações específicas de cláusulas gerais de maior abrangência, como a dignidade humana e o princípio da proporcionalidade, e ainda exteriorizações do devido processo legal.

César Bittencourt denomina-os como princípios limitadores do poder punitivo estatal, princípios reguladores do controle penal, princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão ou ainda, *princípios fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito*. Cuida-se de garantias do cidadão contra o poder punitivo do Estado e se encontram ancorados na CF/88, já enunciados no preâmbulo da Carta constitucional, embora se encontrem os princípios específicos de matéria penal no art. 5º da CF/88⁴⁸.

Os direitos fundamentais, normas constitucionais, são abordados atualmente sob uma dimensão objetiva, além da perspectiva subjetiva⁴⁹. Embora, no ambiente criminal, esses direitos tenham surgido para limitar o dever-poder de punir do Estado, a persecução criminal moderna também se baseia neles. Os bens jurídicos tutelados pela norma penal garantem a inviolabilidade de direitos como vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade (art. 5º, caput, da Constituição), além de proteger direitos reflexos como integridade física, honra, intimidade e privacidade.

Portanto, o Estado deve respeitar esses direitos e, simultaneamente, tem o dever de responsabilizar quem os viole, promovendo a segurança pública. Trata-se do dever de proteção, decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais⁵⁰. Esse dever de proteção deve ser eficiente, logo, identifica-se com a vedação de proteção insuficiente, bem como com a proibição do excesso, desdobramentos da proporcionalidade. Dessa forma, "A colisão entre direitos de defesa e direitos de proteção poderá ocorrer no momento da aplicação a casos concretos, exigindo ponderação na busca da concordância prática"⁵¹.

No mesmo sentido, Gilmar Mendes, em voto na ADI 3112/DF, consignou que os direitos fundamentais, na dimensão objetiva, podem ser desse modo classificados:

⁴⁷ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte geral*; Vol. 1. 22ª ed. rev., ampl. e atual. Saraiva, São Paulo, 2016, p. 50-69.

⁴⁸ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte geral*; Vol. 1. 22ª ed. rev., ampl. e atual. Saraiva, São Paulo, 2016, p. 49.

⁴⁹ "A ótica subjetiva é a exegese dos direitos fundamentais na qualidade de normas que limitam o exercício do dever de punir. Na outra dimensão, os direitos fundamentais se traduzem no dever de proteção, ou seja, na obrigação legada ao Estado de promover ações eficientes no sentido de proteger, com medidas preventivas e repressivas, os cidadãos contra a violação dos seus direitos, em cumprimento ao que prescrevem o arts. 5º, caput, e 144, caput, primeira parte, ambos da Constituição de 1988" (SILVA JÚNIOR, W. N. *Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no direito processual criminal*. OWL, Natal, 2023, p. 373).

⁵⁰ SILVA JÚNIOR, W. N. *Curso de direito processual penal: teoria constitucional do processo penal*. 3ª ed. OWL, Natal, 2021, p. 280.

⁵¹ BALTAZAR JÚNIOR, J. P. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 61.

(a) dever de proibição (*verbotspflicht*), que consiste no dever de proibir certas condutas; (b) dever de segurança (*sicherheitspflicht*), impondo ao Estado o dever de proteger o cidadão de ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas; e (c) dever de evitar riscos (*risikopflicht*), que permite o Estado a agir com o fito de evitar riscos ao cidadão em geral através da adoção de medidas de proteção ou de prevenção especial⁵².

Nessa linha, “os direitos fundamentais passaram a operar como princípios objetivos fundamentais da comunidade [...] orientam o funcionamento de todo o ordenamento jurídico (público e privado), reclamando prestações positivas (legais e judiciais) do Estado destinadas à sua proteção frente a ataques de terceiros”⁵³.

Para fins de classificação e estabelecimento dos *princípios fundamentais do processo penal*, no nível constitucional, considera-se a *função e a natureza jurídica dos bens jurídicos* tutelados pelos direitos fundamentais. Nessa ordem, são apresentados princípios que protegem os respectivos direitos: (1) do *devido processo legal*; (2) da *presunção de inocência ou da presunção de não culpabilidade*; (3) *acusatório*; (4) da *inviolabilidade da intimidade*; (5) da *ampla defesa*; e (6) da *liberdade*⁵⁴. Nem todos incidem concomitantemente nos casos concretos de violação das normas e necessidade do exercício da persecução criminal, mas, abstratamente, são garantias de um devido processo legal para a aplicação de penalidades, e, geralmente, dos atos conducentes à apuração da responsabilidade, desde a investigação criminal.

Neste estudo, será tratado o recorte, apenas, do *devido processo legal*, informado pelo princípio da presunção de inocência, que além de princípio constitucional do processo (e do direito penal), é uma cláusula geral, um pressuposto para a aplicação da pena, e dos poderes instrutórios do processo, das intervenções no uso da força, e dos atos investigatórios. Ele também se manifesta no momento da edição das normas constitucionais e das leis. O desrespeito a esse devido processo legislativo, em tese, gera irregularidades no processo legislativo, mas com muitas dificuldades em seu controle, dada a complexidade do processo, da autonomia do Poder Legislativo, e bem como pela presunção de validade das leis, demandando o escrutínio judicial dos Tribunais para a aferição de ilegalidades ou inconstitucionalidades.

O malferimento, ainda, de qualquer dos princípios e normas sobre pena e processo, podem redundar em desrespeito ao devido processo legal, e por isso, a consideração de que, além de ser considerada uma cláusula legal, um princípio, uma norma de elevada importância no sistema jurídico, é também um pressuposto metodológico, ao lado do princípio da proporcionalidade. Este baliza frequentemente a aplicação e o conflito de normas (regras e princípios), para que se respeite o devido processo

No processo criminal, o *due process of law* é um princípio condutor ligado a todos os outros, já que o desrespeito a outros princípios pode conduzir ao seu malferimento. Dessa forma, o desrespeito a princípios e às normas constitucionais e legais levam ao descumprimento do devido processo penal, e sob esse aspecto, pode ser também considerado um pressuposto metodológico, ao lado da proporcionalidade, que será tratada no tópico seguinte.

Importa, neste ponto, tratá-lo como princípio. O conceito de *devido processo legal* (*due process of law*) é um princípio fundamental do direito que tem suas raízes no sistema jurídico anglo-saxão. Estabelece que qualquer ato praticado por uma autoridade pública, para ser considerado válido, eficaz e completo, deve seguir todas as etapas e formalidades estabelecidas pela lei.

⁵² SILVA JÚNIOR, W. N. *Curso de direito processual penal: teoria constitucional do processo penal*. 3ª ed. OWL, Natal, 2021, p. 224.

⁵³ FELDENS, L. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2. ed. ver. e ampl. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2012, p. 47.

⁵⁴ SILVA JÚNIOR, W. N. *Curso de direito processual penal: teoria constitucional do processo penal*. 3ª ed. OWL, Natal, 2021, p. 280.

O devido processo legal é o instrumento para a efetividade do princípio da presunção de inocência e garante que as partes envolvidas em um processo sejam tratadas de maneira justa, com oportunidade de defesa e com a observância dos direitos fundamentais. Esse princípio impede que o Estado tome medidas arbitrárias contra os indivíduos, assegurando que as decisões sejam tomadas de acordo com procedimentos legais previamente definidos.

A origem histórica desse princípio remonta à *Magna Carta* Inglesa de 1215, considerada a primeira constituição ocidental, e nela já se encontrava o embrião do devido processo legal, ao prescrever que nenhuma pessoa seria punida ou privada de seus bens sem um julgamento justo e conforme a lei.

O princípio foi desenvolvido e expandido ao longo dos séculos, tornando-se um dos pilares do Estado de Direito e sendo incorporado em diversas constituições modernas, incluindo a Constituição da República Federal do Brasil. Ele abrange tanto o aspecto processual, que se refere aos procedimentos que devem ser seguidos, quanto o substantivo, que assegura que as leis em si sejam justas e razoáveis.

Nesse contexto, pelo foco do presente trabalho, discorre-se sobre a proporcionalidade, enquanto pressuposto metodológico.

4. As formulações do princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos

Tomado, *a priori*, como uma ideia de justa medida ou de justa retribuição a uma quebra do pacto social pelo cometimento de delitos, o que buscará reminiscências históricas nos filósofos da antiguidade clássica. Os termos, justa medida, justo meio e mediana estão relacionados à ética de Aristóteles. Por outro lado, o conceito de caminho do meio sintetiza os sistemas filosóficos orientais, incluindo o taoísmo e confucionismo chineses, além do hinduísmo e budismo indianos. Também, nas escrituras, essas ideias podem ser encontradas⁵⁵.

Com essa ideia, a proporcionalidade pode ser considerada fundamento, bem como contenção do poder estatal, de prever punições, de exercer a persecução, de punir, e de executar tais punições. Nessa linha de pensamento, o princípio ou postulado pode ser considerado *pressuposto metodológico* do *jus persequendi*.

É, dessa forma, da essência do estado de direito, e assim, dado que estabelecidas as balizas do Estado moderno por meio de cartas constitucionais, a proporcionalidade se apresenta como fundamento, tanto do poder de punir (ou da pena), quanto da necessária persecução. É possível afirmar ser impossível, no atual estágio constitucional (neoconstitucionalismo), para qualquer punição, mesmo medida descriminalizante, ou desconsideração de ilícitos (pela sua irrelevância), o recurso à proporcionalidade.

No cenário do neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, conforme Bulos⁵⁶, “nada mais é do que um rótulo criado para designar a evolução da

⁵⁵ *Justiça e Equidade*: Provérbios 11:1: “Balança enganosa é abominação para o Senhor, mas o peso justo é o seu prazer.” Esta passagem enfatiza a importância da justiça e da medida correta. *Moderação e Equilíbrio*: Filipenses 4:5: “Seja a vossa moderação conhecida de todos os homens. *Caminho do Meio*: Mateus 7:13-14: “Entrai pela porta estreita; porque larga é a porta, e espaçoso o caminho que conduz à perdição, e muitos são os que entram por ela; e porque estreita é a porta, e apertado o caminho que leva à vida, e poucos há que a encontrem.” Esses exemplos mostram que a Bíblia contém prescrições sobre a justiça, a moderação e o equilíbrio, conceitos paralelos aos de justa medida, justo meio, encontrados em outras tradições filosóficas e religiosas. Já em Êxodo 21:23-25: “Mas se houver dano grave, então darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe.” Há, aqui o princípio de *lex talionis*, que estabelece uma forma de proporcionalidade na punição.

⁵⁶ LAMMEGO BULOS, U. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 6. ed. Saraiva, São Paulo, 2015.

cultura jurídica contemporânea”. Notabiliza-se a preferência de Lênio Streck⁵⁷ pela terminologia Constitucionalismo Contemporâneo, indicando o movimento que deu origem às Constituições e que ainda se coloca no cenário atual. Cuida-se, além disso, de um processo de continuidade das novas conquistas advindas do período após a Segunda Guerra, que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional⁵⁸.

O pensamento pós-positivista também influenciou uma mudança de paradigma no Direito Constitucional, rompendo com o conhecimento tradicional. Nesse contexto, Barroso⁵⁹ destaca três aspectos essenciais que contribuíram para a redefinição do Direito Constitucional contemporâneo: a) *o reconhecimento da força normativa* da Constituição, atribuindo à norma constitucional o status de norma jurídica (na Europa, até a metade do século XX, a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos, e no Brasil, coube à Constituição de 1988 romper esse paradigma); b) *o fortalecimento e a expansão da jurisdição constitucional*, lembrando que, antes de 1945, na maior parte da Europa, prevalecia um modelo de supremacia do Poder Legislativo, mas, no final dos anos 40, a onda constitucional trouxe, além de novas constituições, um modelo inspirado na prática americana, o da supremacia da Constituição (no Brasil, foi também a Constituição de 1988 que abriu portas para essa nova visão); e c) *o surgimento de novos parâmetros⁶⁰ dogmáticos para a interpretação constitucional⁶¹*.

Uadi Lammêgo Bulos⁶² aponta ainda que o neoconstitucionalismo, além de se fortalecer com as ideias do pós-positivismo, é caracterizado pela jurisprudencialização do conhecimento constitucional e por um conjunto de direitos fundamentais. Estes direitos refletem os consensos, as preocupações e as aspirações de uma sociedade mais justa e igualitária, incluindo mecanismos de proteção das liberdades públicas, juntamente com instrumentos de defesa da própria Constituição⁶³.

Tais características do neoconstitucionalismo, tornam imprescindível a utilização da proporcionalidade. Importa, no momento, estabelecê-lo como um pressuposto essencial na aplicação do ordenamento jurídico, e na concreção dos direitos fundamentais.

4.1 Princípio da proporcionalidade, pressuposto metodológico

Em linhas gerais, o princípio da proporcionalidade é conceito fundamental na maioria dos sistemas jurídicos, e com certas diferenças, pode-se dizer que, em todos, particularmente na avaliação da adequação, necessidade e proporcionalidade em

⁵⁷ STRECK, L. L. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. rev., mod. e ampl. Saraiva, São Paulo, 2014.

⁵⁸ COSTA, P. S. P. “Interpretação dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional brasileira: caminhos para uma atuação fundada nos preceitos do estado democrático de direito”. *Cadernos de Direito Actual*, n.º 6, 2017, pp. 231–242, p. 233.

⁵⁹ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. Saraiva, São Paulo, 2013.

⁶⁰ Esses novos paradigmas hermenêuticos superaram os conceitos tradicionais do pensamento jurídico clássico do início até meados do século XX, para uma interpretação constitucional mais lógica. No Brasil, essa abertura se deu de fato com a Constituição de 1988. Luís Roberto Barroso aponta que emergem três novos paradigmas hermenêuticos: 1. *Superação do formalismo jurídico*; 2. *Nova cultura jurídica pós-positivista*; 3. *Ascensão do direito público e a centralidade da constituição* (BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. Saraiva, São Paulo, 2013).

⁶¹ COSTA, P. S. P. “Interpretação dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional brasileira: caminhos para uma atuação fundada nos preceitos do estado democrático de direito”. *Cadernos de Direito Actual*, n.º 6, 2017, pp. 231–242, p. 233.

⁶² LAMMEGO BULOS, U. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 6. ed. Saraiva, São Paulo, 2015.

⁶³ *Ibid.*

sentido estrito de ações ou leis, buscando garantir que as medidas adotadas não sejam excessivas em relação aos objetivos pretendidos.

Foi o reconhecimento da dupla dimensão dos direitos fundamentais que sustentou uma nova vertente do princípio da proporcionalidade. Desse modo, se na perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais o princípio da proporcionalidade resulta na proibição de excesso (*übertmassverbot*) por parte do Estado, na ótica objetiva desses direitos, o preceito da proporcionalidade, como corolário lógico do dever de proteção, impõe ao Estado a proibição de omissão ou de proteção insuficiente (*Untermassverbot*)⁶⁴.

Como pressuposto metodológico, o princípio da proporcionalidade orienta a análise e a aplicação de leis, políticas e decisões administrativas, oferecendo uma estrutura para a avaliação crítica das ações do Estado e de outros agentes. Ele baseia-se em teorias de justiça, equidade e racionalidade, assumindo que todas as ações ou medidas legais devem ser justificadas e limitadas ao necessário para alcançar um objetivo legítimo.

Ao ser considerado vetor interpretativo e *ferramenta metodológica*, o princípio da proporcionalidade é utilizado para avaliar a legitimidade e a constitucionalidade das leis e políticas, guiando a análise de casos específicos para determinar se as medidas são apropriadas e proporcionais. A seleção de métodos para essa análise inclui a aplicação de testes de proporcionalidade, que abrangem os subprincípios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, além do uso de análises comparativas e estudo de precedentes judiciais para avaliar a aplicação do princípio.

O princípio da proporcionalidade, além de servir como um dos pilares do ordenamento, cumpre essencial *função interpretativa*, enquanto colabora para a orientação do exegeta em busca da solução mais razoável para os casos concretos que se apresentam. O postulado é de comprovada utilidade no equacionamento das mais diversas questões práticas, tanto do Direito em seus muitos ramos, como também de outras disciplinas, sempre que se tratar da busca do meio mais adequado para atingir determinado objetivo⁶⁵.

Há outros princípios que são convergentes, aparentados com o da proporcionalidade, quais sejam, o princípio da *concordância prática*, desenvolvido teoricamente por Konrad Hesse (*das Prinzip der praktischen Konkordanz*) e o princípio da *boa-fé* (*der Grundsatz von Treu und Glauben*); tanto o primeiro, quanto o da proporcionalidade, no qual se acha de certo modo implícito, tem sido valiosa ferramenta para a interpretação dos direitos fundamentais⁶⁶.

Quanto às limitações e alcances, reconhece-se que a aplicação do princípio da proporcionalidade pode variar conforme o contexto e a jurisdição. Embora seja uma ferramenta valiosa, pode haver interpretações divergentes sobre a constituição uma medida proporcional, necessitando de uma análise cuidadosa e contextual.

No campo do direito constitucional, o princípio da proporcionalidade é aplicado na avaliação de leis que restringem direitos fundamentais, verificando se são proporcionais ao objetivo pretendido, e no exame de medidas de segurança pública que limitam liberdades individuais, garantindo que não excedam o necessário. Em políticas públicas, este princípio orienta a análise de políticas de saúde, como a vacinação obrigatória, assegurando que as medidas sejam adequadas e proporcionais ao risco à saúde pública, além da avaliação de políticas ambientais para garantir que as restrições impostas às atividades econômicas sejam proporcionais aos benefícios ambientais esperados.

⁶⁴ SILVA JÚNIOR, W. N. *Curso de direito processual penal: teoria constitucional do processo penal*. 3ª ed. OWL, Natal, 2021, p. 224.

⁶⁵ GUERRA FILHO, W. S. *Ensaio de teoria constitucional*. Imprensa Universitária (UFC), Fortaleza, 1989, p. 238.

⁶⁶ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. Malheiros, São Paulo, 2011, p. 39, p. 404.

Na administração pública, o princípio da proporcionalidade é utilizado na aplicação e revisão de sanções administrativas para assegurar que sejam proporcionais à infração cometida e na elaboração de regulamentos para garantir que não imponham encargos desnecessários aos cidadãos ou empresas. Dessa forma, ao ser considerado um pressuposto metodológico, o princípio da proporcionalidade fornece uma estrutura normativa que orienta a investigação e aplicação das leis e políticas públicas, assegurando que as medidas adotadas sejam justificadas e limitadas ao necessário para alcançar objetivos legítimos.

O princípio da proporcionalidade, segundo Olavo Hamilton⁶⁷, surgiu no direito administrativo, no florescimento do jusnaturalismo, para a limitação do poder de polícia, logo, destinava-se à limitação do Poder Executivo. Já no século XVIII a teoria do Estado já o considerava norma suprapositiva, e na mesma linha, XIX na seara do direito administrativo, como princípio geral do direito de polícia.

Posteriormente, foi alçado à categoria de princípio constitucional, e é possível identificá-lo na Oitava Emenda à Constituição Norte-americana e na jurisprudência da Suprema Corte que lhe seguiu, a exemplo do caso *Weems v. United States*, quando houve confrontação entre norma penal incriminadora e a Oitava Emenda, sendo decidido que a discricionariedade legislativa se submete à noção de proporcionalidade. A decisão mencionada aborda a proporcionalidade, limitando-se a um de seus três aspectos tradicionais, o da proporcionalidade em sentido estrito. Ainda assim, essa noção se alinha à ideia de razoabilidade presente na cultura constitucional dos Estados Unidos. Talvez por isso, a doutrina e a jurisprudência brasileiras, acertadamente, não fazem distinção entre a proporcionalidade do direito alemão e o juízo de razoabilidade do pensamento jurídico norte-americano.

Não obstante a presença da ideia de proporcionalidade nos EUA e sua identidade na tradição brasileira, a sistematização e dimensão por meio das quais se apresenta atualmente, o princípio da proporcionalidade foi idealizado pela escola constitucional alemã⁶⁸. Walter Nunes da Silva Júnior⁶⁹ detalha que o princípio da proporcionalidade foi erigido na doutrina e jurisprudência alemãs, possuindo grande aceitação no Direito europeu continental.

A ampla adoção do princípio da proporcionalidade na Alemanha, e sua difusão em outros países, resultou das discussões jus-filosóficas ocorridas após a Segunda Guerra Mundial. O princípio, consolidado pela Corte Constitucional e doutrina alemã, influenciou sua adoção nos países da Península Ibérica, que por sua vez influenciaram o Brasil. No país, o princípio apareceu pela primeira vez em julgados do Supremo Tribunal Federal na década de 1960, conforme Gilmar Mendes. Caso paradigma ocorreu em 1968, quando o STF declarou inconstitucional uma norma da Lei de Segurança Nacional por considerá-la desproporcional. Desde então, o princípio da proporcionalidade tem sido amplamente aplicado na jurisprudência do STF, assegurando que as normas não sejam arbitrárias ou razoáveis⁷⁰.

Dimoulis e Martins⁷¹, apontam dois possíveis dispositivos para a fundamentação constitucional do princípio da proporcionalidade no Brasil, Primeiramente, devido à ligação direta do legislador com os direitos fundamentais, conforme estabelecido no art. 5º, §1º, da Constituição Federal. Essa ligação implica que o legislador deve respeitar simultaneamente todos os direitos fundamentais. E o segundo possível fundamento normativo, está no art. 5º, §2º, que permite

⁶⁷ HAMILTON, O. *Princípio da proporcionalidade e guerra contra as drogas*. OWL, Natal, 2019, p. 36-37.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 39.

⁶⁹ SILVA JÚNIOR, W. N. *Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no direito processual criminal*. OWL, Natal, 2023, p. 373.

⁷⁰ HAMILTON, O. *Princípio da proporcionalidade e guerra contra as drogas*. OWL, Natal, 2019, p. 43.

⁷¹ DIMOULIS, D.; MARTINS, L. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 181.

reconhecer garantias de direitos fundamentais não expressamente previstas na Constituição, mas que decorrem dos princípios por ela adotados.

A seguir, serão tratados como desdobramentos do princípio da proporcionalidade, tanto a vedação do excesso, quanto a proibição de proteção insuficiente.

4.2 A proibição de excesso e a proteção de insuficiência

Em sua moderna acepção, no pós-Segunda Guerra, de modo bastante marcante nos campos do direito administrativo, constitucional, penal e processual, a proporcionalidade possui uma multifuncionalidade, pois fundamenta e justifica normas constitucionais e legais, medidas administrativas e jurisdicionais, de modo a prover o dever de proteção eficiente (ou proteção de insuficiência), e bem como evitar o excesso, na outra face.

A ideia de proibição de proteção deficiente ou *proibição de insuficiência*, tem origem em julgado do Tribunal Constitucional Federal alemão (TCF), em 1993, no caso Aborto II (*BVerfGE* 88, 203). Esse conceito é uma extensão do princípio da proporcionalidade e tem por objetivo garantir que o Estado não apenas se abstenha de excessos (proibição de excesso), mas também atue de maneira eficaz na proteção dos direitos fundamentais, evitando a proteção insuficiente. O cerne do julgado foi que o Estado deve adotar normas suficientes ao cumprimento do seu dever de tutela, para que se tenha uma eficaz e adequada e eficaz aos direitos fundamentais, marcadamente, o direito à vida⁷².

A decisão destacou que a proteção eficaz dos direitos fundamentais não pode ser negligente ou insuficiente. Isso implica que o Estado deve adotar todas as medidas necessárias para assegurar a proteção de um direito fundamental, sob pena de violar sua obrigação constitucional. A *proibição de proteção deficiente* exige, que o Estado seja proativo na defesa e garantia dos direitos fundamentais, adotando políticas e ações concretas que assegurem essa proteção de forma adequada e eficaz.

Na mesma linha, Baltazar Júnior, pontua que os direitos fundamentais passaram a ostentar função complementar de assegurar a proteção dos bens jurídicos fundamentais contra agressões de terceiros, atores não estatais, através da tomada de medidas legislativas e operacionais, em casos nos quais a omissão legislativa possui praticamente a mesma qualidade de intervenção indevida⁷³.

O conceito de *proibição de proteção deficiente* é especialmente relevante em contextos em que há um conflito entre diferentes direitos fundamentais, exigindo uma ponderação cuidadosa e equilibrada para assegurar que nenhum direito seja negligenciado. A ideia de proibição de proteção deficiente complementa a proibição de excesso, formando um quadro completo do princípio da proporcionalidade, que busca assegurar tanto a limitação adequada das ações estatais quanto a sua eficácia na proteção dos direitos fundamentais.

Claus-Wilhelm Canaris foi o criador da expressão, posteriormente utilizada pelo TCF, ao afirmar que a *proibição de insuficiência* é um *aspecto da proporcionalidade*, diverso da proibição de excesso, formada pela função de imperativo de tutela, conjugada com a proibição de insuficiência⁷⁴. Pode-se afirmar que, é aplicável indistintamente a todas as classes de direitos fundamentais, a exemplo da segurança que é um direito fundamental, que decorre do dever de proteção, na perspectiva objetiva desses direitos fundamentais, que é o dever de tutela, de cuidado, inclusive, a segurança é um direito multifuncional e condição para o exercício de outros direitos. A outra face, o dever de abstenção estatal, de condutas

⁷² DIMOULIS, D.; MARTINS, L. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 280.

⁷³ BALTAZAR JÚNIOR, J. P. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 53-54.

⁷⁴ CANARIS, C.-W. *Direitos Fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Sarlet e Paulo Pinto, Almeida, Coimbra, 2003, p. 60; p. 67.

violadoras, configura a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Impõe-se ao Estado, simultaneamente, uma mínima intervenção nos direitos fundamentais e uma proteção máxima a esses valores essenciais.

O exercício da pretensão punitiva, deriva do dever de proteção do Estado, de modo que, em consonância com a cláusula da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente, é preciso serem adotadas medidas adequadas e com certo grau de eficiência para que, nessa perspectiva, sejam concretizados os direitos fundamentais. O processo penal, por conseguinte, como instrumento para o exercício do dever-poder de punir (dever-pode de persecução) do Estado, que atua em nome da sociedade, quando arquitetado em consonância com os direitos fundamentais, ademais de ser pautado por regras que respeitem os direitos dos acusados, há de conter outras tantas pertinentes para estabelecer um *standard*⁷⁵ de eficácia na tutela do dever de proteção⁷⁶.

Esse dever de proteção pressupõe a existência de instrumentos de legislativos, executivos e jurisdicionais necessários para a concretização dos direitos fundamentais, ao passo que a proibição de proteção insuficiente, originada do princípio da proporcionalidade, exige que tais instrumentos sejam eficazes e aptos no apoio ao desempenho dessa função estatal⁷⁷.

Observe-se que, além do reconhecimento do Supremo Tribunal Federal quanto à existência do dever de proteção do Estado, decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no contexto internacional, têm condenado Estados, sob a figura da *positive obligation*, pela falta de efetividade no cumprimento desse dever⁷⁸.

Na esteira desse raciocínio, Carvalho Ramos enfatiza que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ao prever que é responsabilidade do Estado o zelo pelo respeito aos direitos humanos, faz emergir uma obrigação de não fazer e, por outro lado, uma obrigação de fazer⁷⁹, "... que consiste na organização pelo Estado, de estruturas capazes de prevenir, investigar e mesmo punir toda violação, pública ou privada, dos direitos fundamentais da pessoa humana", de modo que, "Toda vez que o Estado falha com este comando, emerge sua responsabilidade internacional"⁸⁰.

Quando a persecução criminal colide com um direito fundamental do cidadão, aquela deve ceder a este, devido à sua magnitude e relevância política. No entanto, dada a gravidade do delito, o órgão encarregado da persecução pode solicitar ao Estado autorização para usar instrumentos mais contundentes na elucidação do fato e na aplicação da resposta penal adequada⁸¹. Para crimes de maior gravidade, a polícia ou o Ministério Público, na ausência de outros meios de prova, podem pedir ao Poder Judiciário a quebra de garantias constitucionais.

Nesses casos, é necessária uma ponderação entre dois direitos fundamentais: um ligado à esfera do cidadão investigado e outro ao interesse da sociedade em

⁷⁵ *Standard* pode ser traduzido como *padrão de eficácia* ou *norma de eficácia*, significando que o processo penal deve atingir um nível específico de eficiência na proteção dos direitos fundamentais. O termo é uma palavra em inglês que, em português, significa *padrão* ou *norma*. No contexto jurídico, refere-se a um critério ou nível de exigência que deve ser atingido ou mantido. É utilizado para estabelecer uma referência ou um modelo a ser seguido em determinado contexto.

⁷⁶ SILVA JÚNIOR, W. N. *Curso de direito processual penal: teoria constitucional do processo penal*. 3ª ed. OWL, Natal, 2021, p. 224–225.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 225.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 225.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 225.

⁸⁰ RAMOS, A. C. *Direitos humanos em juízo: comentários em casos contenciosos e consultivos da corte interamericana de direitos humanos*. Max Limonad, São Paulo, 2001, p. 72.

⁸¹ SILVA JÚNIOR, W. N. *Curso de direito processual penal: teoria constitucional do processo penal*. 3ª ed. OWL, Natal, 2021, p. 206.

buscar a responsabilidade penal para manter a segurança social⁸². Para Baltazar Júnior, "A proibição de insuficiência determina a adoção de certas medidas, enquanto a proibição de excesso serve como critério para a verificação da correção de medidas que já foram adotadas"⁸³.

A proporcionalidade deve atuar como medida de controle contra excessos estatais (aspecto negativo) e, na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ser compatível com o dever de proteção eficiente (aspecto positivo)⁸⁴. Isso implica a adoção de medidas suficientes para cumprir o dever de tutela, incluindo o exercício do dever-poder de persecução criminal para responsabilizar criminosos, garantir segurança pública e permitir o exercício de outros direitos fundamentais. Ambos os aspectos da proporcionalidade, tanto a proibição de excesso quanto a proibição de insuficiência, se manifestam quando o Estado, ao cumprir seu dever de proteção, precisa restringir um direito constitucional, especialmente um direito fundamental. A medida estatal deve conseguir contribuir para alcançar o objetivo de proteção⁸⁵.

Baltazar Júnior pontua que o legislador é o principal destinatário do dever de proteção, sendo sua responsabilidade trilhar o caminho da legalidade, conferindo legitimidade para o agir do Executivo e do Judiciário no sentido de responsabilizar a ofensa aos direitos fundamentais⁸⁶, "reduzindo e concretizando o alto grau de abstração de proteção por meio da lei, de modo que a administração e o judiciário saibam a que ponto estão concretamente jungidos ao dever de proteção"⁸⁷.

Conforme o autor, o Estado, em suas diversas ações, funções e poderes, é o destinatário do dever de proteção, com o legislador ocupando o papel principal. Cabe a ele a responsabilidade de fornecer ao Poder Executivo e ao Judiciário os instrumentos legislativos necessários para atuar contra atentados ou situações de risco aos direitos fundamentais. Dessa forma, o legislador reduz e concretiza o elevado grau de abstração da proteção por meio da lei, permitindo que a administração pública e o Judiciário compreendam até que ponto estão concretamente vinculados ao dever de proteção⁸⁸.

A falta de realização plena do direito constitucional à proteção só é tolerável enquanto seja necessária para efetivar o direito constitucional restringido. Igualmente, a restrição ao direito constitucional só é justificável se essencial para garantir o direito à proteção. Busca-se um equilíbrio harmonioso entre ação excessiva e omissão eficaz⁸⁹.

Daniel Sarmento defende que a unidade da ordem jurídica, refletida na Constituição, exige a busca pela harmonia entre preceitos constitucionais. Em sociedades pluralistas, a diversidade de valores e ideias reflete-se no texto constitucional, incorporando normas potencialmente conflitantes.⁹⁰

Com maior detalhamento, Robert Alexy afirma que direitos fundamentais, sujeitos a restrições, requerem a teoria da ponderação para a restrição de princípios, considerando-os mandados de otimização que devem ser realizados conforme as

⁸² *Ibid.*, p. 206.

⁸³ BALTAZAR JÚNIOR, J. P. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 57.

⁸⁴ SOUZA, R. T. *A investigação criminal e a vedação ao anonimato no sistema jurídico brasileiro*. Juruá Editora, Curitiba, 2013, p. 335.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 231.

⁸⁶ SILVA JÚNIOR, W. N. *Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no direito processual criminal*. OWL, Natal, 2023, p. 336.

⁸⁷ BALTAZAR JÚNIOR, J. P. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 63.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 63.

⁸⁹ SOUZA, R. T. *A investigação criminal e a vedação ao anonimato no sistema jurídico brasileiro*. Juruá Editora, Curitiba, 2013, p. 336.

⁹⁰ SARMENTO, D. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, p. 28.

possibilidades jurídicas e fáticas, usando a técnica da ponderação de bens, interesses, direitos e valores em jogo⁹¹. A proporcionalidade, por meio da qual se realiza a ponderação, é uma das categorias conceituais mais desenvolvidas pela teoria dos direitos fundamentais de Alexy, sobretudo no que se refere à *ponderação* como *método orientado à resolução de antinomias* consistentes na colisão entre princípios-mandamentos de otimização.

4.3 A multifuncionalidade do princípio da proporcionalidade

Uma das categorias conceituais mais amplamente difundidas na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy é a máxima da proporcionalidade. Essa máxima, especialmente no que diz respeito à ponderação, funciona como um método para resolver antinomias resultantes do conflito entre princípios-mandamentos de otimização que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, segundo as limitações fáticas e jurídicas⁹².

Na doutrina de Daniel Sarmento, a ponderação (proporcionalidade) ora é tratada como princípio, ora como mecanismo de formulação de raciocínios jurídicos. De outro modo, mas com a mesma ideia, Alexy a estabelece como uma máxima a ser utilizada como etapa de um método para solucionar colisões entre princípios, reforçando a natureza de um pressuposto metodológico. Cuida-se de esclarecer que, para o autor alemão, a máxima da proporcionalidade possui natureza de regra, e não de princípio, e, aliás, as três máximas parciais da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) como regras. Nessa medida, proporcionalidade e suas três submáximas são uma tentativa metodológica de racionalizar⁹³ a jurisprudência dos valores⁹⁴.

Em sua formulação original, no direito alemão, a proporcionalidade era um critério trifásico e hierarquizado. Ao chegar ao Brasil, a técnica, foi chamada princípio. Por vezes, se confunde com suas importações interpretativas e incorpora o *american balancing* (ponderação), na fase final da proporcionalidade alemã e passa a misturar sistemas de *civil* e *common law* para tentar fundamentar decisões. Antes de iniciar a explicação do funcionamento desse processo, é fundamental lembrar a natureza dos direitos fundamentais.

As normas se dividem em duas subespécies: regras e princípios. Desde a conceituação de Dworkin, entende-se que regras são comandos absolutos, enquanto princípios são comandos relativos. Alexy reforça essa distinção, afirmando que regras são mandamentos de realização e princípios são mandamentos de otimização. Nesse

⁹¹ SARMENTO, D. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, p. 28.

⁹² PAZ, E. F. A. "Crítica da razão ponderativa: as aporias do sopesamento em tempos de constitucionalismo contemporâneo". *Cadernos de Direito Actual*, nº 17, pp. 38-52, Núm. Extraordinário, 2022, p. 38.

⁹³ *Ibid.*, p. 39-40.

⁹⁴ As raízes do instituto da *ponderação* indicam que foi concebida a ponderação de valores na Alemanha do segundo pós-guerra, durante a vigência da lei fundamental de Bonn, de 1949. A criação dessa máxima remonta ao que se convencionou denominar de *jurisprudência dos valores*, com eco no Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) face à outorga da Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*). A jurisprudência dos valores buscou, de maneira pouco racional e irrefletida, encontrar, para além do direito positivo, uma ordem transitiva de valores compartilhada pela comunidade política. No Brasil e em muitos outros países, a jurisprudência dos valores foi importada de forma acrítica com a popularização da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, principalmente sob a forma de um termo *ponderação de valores* (PAZ, E. F. A. "Crítica da razão ponderativa: as aporias do sopesamento em tempos de constitucionalismo contemporâneo". *Cadernos de Direito Actual*, nº 17, pp. 38-52, Núm. Extraordinário, 2022, p. 44). A proporcionalidade é um *caminho metodológico*, um dos meios, talvez o principal, pelo qual a ponderação se realiza.

contexto, os direitos fundamentais são princípios que devem ser aplicados no ordenamento jurídico da melhor maneira possível⁹⁵.

A proporcionalidade visa resolver conflitos entre dois princípios fundamentais. Princípios são valores, e, como já atestava Carl Schmitt, “valorar é desvalorar”. Assim, ao aplicar esse modelo, um direito será limitado para que outro, igualmente fundamental, possa prevalecer⁹⁶.

A ponderação, é geralmente equiparada à proporcionalidade. No entanto, a proporcionalidade seria o procedimento pelo qual a ponderação se realiza. Pode existir, contudo, a ponderação autônoma ou isolada, independente da proporcionalidade. A proporcionalidade é um critério de concretização de normas constitucionais que tem entre seus elementos integrantes, a ponderação. As figuras não devem ser confundidas⁹⁷. A proporcionalidade trata-se de um critério de concretização de normas constitucionais, sendo a ponderação um dos seus elementos integrantes. Dito de outro modo, a proporcionalidade é o procedimento pelo qual, em uma de suas etapas (na proporcionalidade em sentido estrito), é feita a ponderação, com vistas a permitir a resolução de um problema ocasionado pela tensão entre direitos fundamentais, em um certo caso concreto⁹⁸.

Noutra vertente, embora protegidas constitucionalmente, a liberdade, a igualdade, a segurança, a propriedade (art. 5º, caput) e a intimidade, nos termos do art. 5º, inc. XI, da Constituição, entre outros direitos e garantias, essas restrições à ação estatal podem sofrer intervenção em certos casos, em vista dos valores constitucionais fundadores da atividade investigatória, persecutória ou punitiva. O cabimento das medidas de restrição, então, deve ser concretizado pela utilização da proporcionalidade⁹⁹, formada por adequação ou idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, segundo afirmado em diversos julgados pelo STF¹⁰⁰.

Nessa linha de raciocínio, há dispositivos na CF/88 que direcionam ações estatais para responsabilizar as pessoas certas pelos crimes cometidos, fundamentando ações de proteção eficiente, o que se pode extrair, entre outros: a) do art. 5º, caput (direito fundamental à segurança); b) do art. 5º, XLI, sobre a obrigação estatal de tutela dos direitos fundamentais, ao prever que lei punirá discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais; c) do art. 6º, ao fixar a segurança como direito fundamental social (como outra base para o dever de proteção eficiente), de onde se pode extrair conjuntamente fundamento constitucional substancial ou finalístico, decorrente da dimensão objetiva dos direitos

⁹⁵ GODOY, I. A. “Importação seletiva de modelos e técnicas constitucionais: o caso da técnica da proporcionalidade no direito brasileiro e alemão”, *Cadernos de Direito Actual*, n.º 16, pp. 296–309, Núm. Ordinário, p. 299, p. 305.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 299.

⁹⁷ SOUZA, R. T. *A investigação criminal e a vedação ao anonimato no sistema jurídico brasileiro*. Juruá Editora, Curitiba, 2013, p. 213.

⁹⁸ SILVA JÚNIOR, W. N. *Curso de direito processual penal: teoria constitucional do processo penal*. 3ª ed. OWL, Natal, 2021, p. 229.

⁹⁹ A tradição doutrinária e jurisprudencial brasileira, conforme Luís Roberto Barroso, evita diferenciar a noção de *proporcionalidade*, característica do direito alemão, do conceito de *razoabilidade*, típico do pensamento jurídico norte-americano. Isso ocorre porque, apesar das diferenças de origem e desenvolvimento, *ambos compartilham os mesmos valores fundamentais: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum e rejeição a atos arbitrários* ou caprichosos. Assim, são conceitos suficientemente próximos para serem considerados intercambiáveis, não sendo necessário distingui-los, mas sim tratá-los como *manifestações de um mesmo fenômeno* (HAMILTON, O. *Princípio da proporcionalidade e guerra contra as drogas*. OWL, Natal, 2019, p. 39).

¹⁰⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 349.703/RS. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 03 de dezembro de 2008. DJE, de 04 de junho de 2008; Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.969/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 28 de junho de 2007. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 204, p. 1212.

fundamentais¹⁰¹; d) do art. 37, caput, que trata dos princípios administrativos (legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, que dão fundamento constitucional formal ou instrumental para a atividade persecutória, mediante uma investigação célere e efetiva, indispensável para a prevenção e repressão de lesões a direitos fundamentais¹⁰²; e) do art. 144, em relação à investigação criminal, já que o dever estatal de tutela interliga-se com a segurança pública¹⁰³.

O dever de atuação estatal, constitucionalmente, se manifesta ainda nos mandados expressos e implícitos de atuação e criminalização, ao estabelecer, à guisa de exemplo, no art. 5º, XLIII que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos [...]” ou ainda, no inciso XLIV que “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

A consideração (em vista dos valores e bens jurídicos da mais alta relevância) de que certos crimes são inafiançáveis, ou não lhes serão aplicados os benefícios como a anistia ou graça, é uma expressão da proporcionalidade pelo constituinte, por expressar uma ideia de maior sacrifício de bens jurídicos dos perpetradores desse tipo de delito, em vista de outros valores, e principalmente para o fim de cumprir de modo mais eficiente o dever de proteção. Igualmente, ao prescrever a imprescritibilidade, como exceção na ordem jurídica, para tais situações.

Esse desdobramento da proporcionalidade, em dever de proteção eficiente, vai se refletir na legislação ordinária, já que, vinculada às previsões constitucionais, irá estabelecer penas mais graves para tais ilícitos, além de progressão diferenciada em sua execução. Em termos práticos, a Lei de Execução Penal¹⁰⁴, sofreu algumas reformas, prevendo formas de execução (regimes fechado, integralmente fechado) e progressão diferenciadas, o que restou de modo mais recente principalmente consignado na Lei Anticrime¹⁰⁵, que alterou o art. 112, da LEP, para estabelecer critérios diferenciados para a progressão de regime e com proporcionalidade numérica, segundo a primariedade ou reincidência, violência no cometimento do crime, morte da vítima, hediondez, comando de organização criminosa, entre outros.

A consideração da proporcionalidade como um *pressuposto metodológico* permite extrair a seguinte constatação: *não basta que uma lei seja válida e eficaz para ser aplicada no ambiente criminal. Ela deve passar pelo teste metodológico da proporcionalidade*. Desse modo o STF¹⁰⁶ se pronunciou, ao julgar pela desproporcionalidade evidente da pena do crime de falsificação, corrupção,

¹⁰¹ SOUZA, R. T. *A investigação criminal e a vedação ao anonimato no sistema jurídico brasileiro*. Juruá Editora, Curitiba, 2013, p. 146–155.

¹⁰² *Ibid.*, p. 156–162.

¹⁰³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 jun. 2024.

¹⁰⁴ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984. *Institui a Lei de Execução Penal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 30 jul. 2023.

¹⁰⁵ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. *Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 30 jul. 2024. .

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104410. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 10 maio 2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4078633>. Acesso em: 15 ago. 2024.

adulteração ou alteração de medicamentos (art. 273¹⁰⁷, do Código Penal¹⁰⁸, com pena de 10 a 15 anos de reclusão), pois a pena mínima era abstratamente prevista em patamar mais elevado que a pena do crime de tráfico de drogas (art. 33, da Lei de drogas¹⁰⁹, com reclusão de 5 a 15 anos). O tribunal determinou que a pena para o crime contra a saúde pública, abstratamente prevista, passasse a ser a do tráfico, e sua aplicação deveria observar o princípio da proporcionalidade, considerando a gravidade dos crimes em questão.

Com efeito, deve-se ponderar que há uma dificuldade de controle da aplicação da proporcionalidade em abstrato, dado que o Poder Constituinte Original é ilimitado (em termos), e o constituinte reformador, bem como o legislador ordinário, por meio das leis terão uma presunção de validade dessas normas, o que somente será rechaçado por pronunciamento dos tribunais, a começar pelo guardião da Constituição (STF).

Robert Alexy afirma que os direitos fundamentais se sujeitam a restrições, ressaltando que o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em situações de colisão de direitos, adota a teoria da ponderação, possibilitando a restrição de princípios¹¹⁰. O autor compreende que os direitos fundamentais são princípios que se compreendem como mandados de otimização, devendo ser realizados segundo as possibilidades jurídicas e fácticas. Se presentes conflitos entre princípios, deve haver o recurso à técnica da ponderação dos bens, interesses, direitos e valores em jogo, com base na aplicação do princípio da proporcionalidade, que o autor alemão denomina de máxima da proporcionalidade¹¹¹. Dito de outro modo, as estruturas de ponderação (estruturas de argumentação racional) referidas pela sua teoria dos princípios de, são procedimentalizadas através do princípio da proporcionalidade, e seus três postulados parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade no sentido estrito).

Deve-se considerar que há um núcleo essencial dos direitos fundamentais, que não pode ser vulnerado, e sua preservação é uma tentativa de limitar as restrições, superando o argumento de que tudo é ponderável. Por isso, há textos constitucionais que, expressamente, explicitam a proteção ao núcleo essencial dos DF, tais como Alemanha, Espanha, Portugal¹¹². Trata-se da teoria dos limites aos limites (restrições). No Brasil, embora não haja tal previsão expressa, são amplamente aceitos esses limites, entre outros, pelo que se extrai das cláusulas pétreas da CRFB.

Segundo Alexy, discute-se ainda o caráter relativo ou absoluto da cláusula de preservação do núcleo essencial. Para a primeira corrente, o núcleo essencial é o que permanece do direito fundamental após a ponderação. Para a segunda, existe um núcleo de cada direito fundamental (DF) que não pode ser comprometido¹¹³. Nessa medida, é imprescindível o recurso à proporcionalidade.

¹⁰⁷ Com redação da Lei nº 9.677, de 1998 (BRASIL. Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998. *Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940-Código Penal, relativos aos crimes contra a saúde pública*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9677.htm. Acesso em: 15 ago. 2024).

¹⁰⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

¹⁰⁹ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. *Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas-Sisnad [...]*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

¹¹⁰ ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Malheiros, São Paulo, 2008, p. 276-284.

¹¹¹ ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Malheiros, São Paulo, 2008, p. 576, p. 588.

¹¹² BALTAZAR JÚNIOR, J. P. Crime organizado e proibição de insuficiência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 46-47.

¹¹³ *Ibid.*, p. 46-47.

Por fim, é possível visualizar que o princípio da proporcionalidade, e seus desdobramentos, proteção eficiente e proibição de excesso, se manifestam nos planos constitucional, legislativo, administrativo e jurisdicional, e ao qual ficam adstritos todos os atores estatais, no exercício de suas atividades, ao prever, aplicar e executar sanções aos administrados. Essas prescrições se materializam no controle de constitucionalidade, na defesa dos direitos e das garantias fundamentais e na solução de conflitos entre princípios. Tudo isso para que se protejam e apliquem os direitos fundamentais, se harmonizem bens e interesses e como instrumento de efetivação e aplicação da própria Constituição.

5. Considerações Finais

Os pressupostos teórico-conceituais da pena e da persecução criminal são fundamentais para a compreensão da função do direito penal no Estado Constitucional Democrático. Esses pressupostos, que englobam elementos ontológicos, constitucionais-legais e metodológicos, formam a base para a aplicação justa e equilibrada do poder punitivo do Estado, sempre em respeito aos direitos fundamentais.

Além disso, a compreensão dos pressupostos ao *jus persecuendi* frequentemente se confunde com a ideia de um direito estatal de punir, sendo, na verdade, uma condição essencial para a aplicação da pena, além de outras medidas alternativas. Tanto o *jus persecuendi* quanto o *jus puniendi* são fundamentais para a realização do projeto estatal de segurança, cuja fundamentação histórica evoluiu das explicações divinas e contratualistas para o moderno Estado Constitucional Democrático, que exige o respeito aos direitos fundamentais.

As penas, que surgiram como formas primitivas de vingança, evoluíram para instrumentos de intimidação, restabelecimento da ordem e reforma do delinquente. No contexto atual, essas penas são aplicadas em um marco de direitos fundamentais, que servem como balizas para o exercício do poder estatal de punir.

Nesse contexto, os direitos fundamentais desempenham uma função multifacetada, incluindo as dimensões subjetiva e objetiva. A partir da dimensão objetiva, emerge o dever estatal de proteger eficazmente os direitos fundamentais, o que também implica a proibição de excesso e de insuficiência no exercício do poder punitivo. Esses conceitos, derivados do princípio da proporcionalidade, orientam a atuação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, assegurando que as medidas estatais sejam justificadas e limitadas ao necessário para alcançar objetivos legítimos.

Com efeito, a proporcionalidade, enquanto pressuposto metodológico, oferece uma estrutura normativa para a análise e tomada de decisões, especialmente na segurança pública e na persecução criminal. Esse princípio assegura que a intervenção estatal seja equilibrada, prevenindo tanto excessos quanto omissões na proteção dos direitos fundamentais. No exercício do *jus puniendi* e *jus persecuendi*, é crucial que as ações do Estado respeitem os direitos fundamentais, garantindo que as intervenções sejam pautadas pela legalidade, adequação e necessidade.

Portanto, o devido processo legal, como garantia constitucional, instrumento necessário para a materialização do princípio da presunção de inocência, é fundamental para limitar o poder punitivo do Estado, assegurando que todas as etapas do processo penal sejam conduzidas consoante os direitos fundamentais do acusado. Este instituto, além de ser um direito fundamental explícito na Constituição, funciona como um pressuposto metodológico para o exercício do *jus puniendi*, reforçando a necessidade de o Estado atuar com equilíbrio e rigor.

Assim, é essencial que o Estado, ao aplicar o direito penal, mantenha um compromisso com a justiça, respeitando os limites constitucionais e os direitos fundamentais. Estas ideias são cruciais para uma compreensão aprofundada dos limites e deveres do Estado na aplicação do direito penal e enriquecem a discussão teórica sobre o tema.

6. Referências Bibliográficas

- ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Malheiros, São Paulo, 2008.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. Saraiva, São Paulo, 2013.
- BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, 1999.
- BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal: parte geral; Vol. 1*. 22ª ed. rev., ampl. e atual. Saraiva, São Paulo, 2016.
- BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. Malheiros, São Paulo, 2011.
- BONIFÁCIO, A. C. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. Método, São Paulo, 2008.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 jun. 2024.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.
- BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984. *Institui a Lei de Execução Penal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 30 jul. 2023.
- BRASIL. Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998. *Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940-Código Penal, relativos aos crimes contra a saúde pública*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9677.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.
- BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. *Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas-Sisnad [...]*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.
- BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. *Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 30 jul. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104410. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 10 maio 2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4078633>. Acesso em: 15 ago. 2024.
- BREGMAN, R. *Humanidade: uma história otimista do homem*. Editora Planeta, São Paulo, 2021.
- CANARIS, C.-W. *Direitos Fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Sarlet e Paulo Pinto, Almeida, Coimbra, 2003.
- COSTA, P. S. P. "Interpretação dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional brasileira: caminhos para uma atuação fundada nos preceitos do estado democrático de direito". *Cadernos de Direito Actual*, n.º 6, 2017, pp. 231–242.
- CUNHA, R. S. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 8. ed. ver., ampl. e atual. JusPodivm, Salvador, 2020.
- DIMOULIS, D.; MARTINS, L. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- FELDENS, L. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2. ed. ver. e ampl. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2012.
- FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M.; GOMES, L. F.; GRINOVER, A. P. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

- GODOY, I. A. "Importação seletiva de modelos e técnicas constitucionais: o caso da técnica da proporcionalidade no direito brasileiro e alemão", *Cadernos de Direito Actual*, n.º 16, Núm. Ordinário, 2021.
- GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.-P. *Direito Penal-Parte Geral*. 2. ed. RT, São Paulo, 2007.
- GUERRA FILHO, W. S. *Ensaio de teoria constitucional*. Imprensa Universitária (UFC), Fortaleza, 1989.
- HABERMAS, J. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1989.
- HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Catedra, Madrid, 1997.
- HELENO, C. F. *Lições de Direito Penal*. Forense, Rio de Janeiro, 1975.
- HAMILTON, O. *Princípio da proporcionalidade e guerra contra as drogas*. OWL, Natal, 2019.
- KANT, I. *Crítica da razão prática*. Trad. A. Morão. Edições 70, Lisboa, 1986.
- KANT, I. *Metafísica dos costumes*, Trad. P. Quintela, Abril Cultural, São Paulo, 1980.
- LAMMEGO BULOS, U. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 6. ed. Saraiva, São Paulo, 2015.
- MARTINS, L. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Konrad-Adenauer, Montevideo, 2005.
- MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. Saraiva, São Paulo, 2015.
- PAZ, E. F. A. "Crítica da razão ponderativa: as aporias do sopesamento em tempos de constitucionalismo contemporâneo". *Cadernos de Direito Actual*, nº 17, Núm. Extraordinário, 2022.
- RAMOS, A. C. *Direitos humanos em juízo: comentários em casos contenciosos e consultivos da corte interamericana de direitos humanos*. Max Limonad, São Paulo, 2001.
- SARMENTO, D. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.
- SILVA JÚNIOR, W. N. *Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no direito processual criminal*. OWL, Natal, 2023.
- SILVA, V. A. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. Malheiros, São Paulo, 2010.
- SOUZA, R. T. *A investigação criminal e a vedação ao anonimato no sistema jurídico brasileiro*. Juruá Editora, Curitiba, 2013.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 349.703/RS. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 03 de dezembro de 2008. DJE, de 04 de junho de 2008; Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.969/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 28 de junho de 2007. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 204.
- STRECK, L. L. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. rev., mod. e ampl. Saraiva, São Paulo, 2014.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 25. Núm. Extraordinario (2024), pp. 267-291
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Orgulho e preconceito, guerra e estupro: um estudo sobre a violência sexual contra mulheres em contextos de conflitos armados

Pride and prejudice, war and rape: a study on sexual violence against women in the context of armed conflicts

Yara Maria Pereira Gurgel¹

Ingrid Altino de Oliveira²

Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

Sumário: 1. Introdução. 2. Estratos dos abusos sexuais de mulheres em contextos de conflitos militares. 3. A violência sexual pela perspectiva do princípio da autonomia da vontade. 4. Sexo livre e consentido: a proteção à autonomia sexual das mulheres no sistema onusiano e interamericano. 4.1 Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - CEDAW. 4.2 Convenção de Belém do Pará. 5. Considerações finais.

Resumo: Trata-se de estudo sobre o estupro de mulheres em contextos de guerra. Partindo da premissa de que a autonomia da vontade feminina está sob o escopo de proteção do Sistema Internacional de Direitos Humanos, objetiva-se comprovar que a responsabilidade dos Estados no enfrentamento ao estupro de mulheres em meio às guerras independe de mecanismos específicos, pois já repousa em instrumentos adjacentes. Para isso, foram estratificados casos de violência sexual em conflitos armados, identificando o perfil das vítimas, as circunstâncias impulsionadoras e a relação entre estupro e autonomia da vontade. E, após analisar a proteção sexual das mulheres nos sistemas onusiano e interamericano, comprovou-se que, com fundamento em uma análise sistemática do Sistema Internacional de Direitos Humanos, os Estados possuem responsabilidade cogente no enfrentamento de todas as violências sexuais contra mulheres. Desse modo, valendo-se com primazia do método hipotético-dedutivo, este estudo se apresenta como uma investigação exploratória, amparada majoritariamente na pesquisa bibliográfica. Essa pesquisa, coadunando diretamente com o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5, que preconiza o alcance da igualdade de gênero e empoderamento de todas as mulheres e meninas, se justifica

¹ Pós-doutora em Direitos Fundamentais pela FDUL/Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professora Associada IV do curso de Direito (graduação e pós graduação) da UFRN. Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4012-9995>.

² Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN (PPGD/UFRN) Coordenadora na Controladoria-Geral do Estado do Rio Grande do Norte (CONTROL/RN). Advogada. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7748-0378>.

Recibido: 19/09/2024

Aceptado: 14/10/2024

DOI: 10.5281/zenodo.13925522

pela relevância social e jurídica de se analisar as questões de gênero em situação de graves crises humanitárias.

Palavras-chave: Direito de gênero. Mulheres. Guerra. Estupro. Igualdade.

Abstract: This is a study on the rape of women in war contexts. Starting from the premise that female autonomy of will falls under the scope of protection of the International Human Rights System, the aim is to prove that the responsibility of states in dealing with the rape of women in the midst of war is independent of specific mechanisms, as it already rests on adjacent instruments. To this end, cases of sexual violence in armed conflicts were stratified, identifying the profile of the victims, the driving circumstances and the relationship between rape and autonomy of will. And, after analyzing the sexual protection of women in the UN and Inter-American systems, it was proven that, based on a systematic analysis of the International Human Rights System, states have a cogent responsibility to confront all sexual violence against women. Thus, using primarily the hypothetical-deductive method, this study is presented as an exploratory investigation, based mainly on bibliographical research. This research, which is directly in line with Sustainable Development Goal 5, which advocates achieving gender equality and empowering all women and girls, is justified by the social and legal relevance of analyzing gender issues in situations of serious humanitarian crises.

Keywords: Gender law. Women. War. Rape. Equality.

1. Introdução

“A violência contra as mulheres é endêmica em todos os países e culturas, causando danos a milhões de mulheres e suas famílias”, declarou Tedros Adhanom Ghebreyesus, diretor-geral da Organização Mundial da Saúde (OMS)³. Após analisar 80 países, a OMS diagnosticou que quase um terço (30%) das mulheres em relacionamentos sofreram violência física e/ou sexual por parte de seus parceiros. Já, no que tange às mortes de mulheres no mundo, quase 40% são de autoria do parceiro⁴.

Quando feito o recorte econômico, notou-se que a diferença da prevalência da violência supera os 10%, variando de 23,2% em países de alta renda a 37% na região do Mediterrâneo Oriental e 37,7% no Sudeste Asiático. Dessa forma, a desigualdade econômica constitui um fator de risco para a violência de gênero, afetando desproporcionalmente as mulheres residentes em países de baixa e média-baixa renda. Nesse contexto, mulheres das nações mais pobres estão mais propícias a serem vítimas de violência de gênero, sendo que, segundo estudos das Nações Unidas, há nações em que a fragilidade é tão tamanha que uma em cada duas mulheres já foram violentadas por seus parceiros⁵.

Segundo esses demonstrativos, é forçoso refletir que há uma tendência de agressão às mulheres ao redor do mundo. Outrossim, deve-se ponderar que a violência contra a mulher não se resume à física, devendo contemplar qualquer ofensa de gênero que tenha como consequência, ou potencial de consequência, danos ou sofrimentos de natureza física, sexual ou psicológica para as mulheres, abrangendo também ameaças,

³ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Organização das Nações Unidas. *OMS: uma em cada 3 mulheres em todo o mundo sofre violência*. 2021. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/115652-oms-uma-em-cada-3-mulheres-em-todo-o-mundo-sofre-viol%C3%A2ncia>. Acesso em: 20 jul. 2024

⁴ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *Violência contra as mulheres*. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/topics/violence-against-women>. Acesso em: 26 jul. 2024.

⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Global, regional and national estimates for intimate partner violence against women and global and regional estimates for non-partner sexual violence against women*. Disponível em: <https://who.canto.global/s/KDE1H?viewIndex=0>. Acesso em: 10 jul. 2024.

coerção ou privação arbitrária de liberdade, quer se trate de contexto público ou privado⁶.

Ocorre que, na nova conjuntura internacional, em particular, o princípio da dignidade humana passou a ser exaltado como prioridade jurídica suprema, alcançando um patamar de preeminência nas discussões internacionais e sendo, por conseguinte, consagrado como alicerce fundamental da nova ordem jurídica internacional⁷. Diante disso, é importante refletir sobre a necessidade dos Estados empreenderem esforços para prevenção e repressão contínua dos abusos contra as mulheres.

Muito embora a pretensão das Nações Unidas de levar igualdade a homens e mulheres, conforme preconizado no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5, da Agenda 2030⁸, a violência contra as mulheres ainda é latente e está se disseminando lamentavelmente de forma precoce. Quanto a isso, a OMS já diagnosticou que ao longo da vida, uma em cada três mulheres enfrenta violência física ou sexual por parte de seu parceiro íntimo, ou violência sexual perpetrada por um não parceiro. A Organização alerta ainda que os dados praticamente não mostraram mudanças significativas na última década, indicando que as medidas para combater a violência contra a mulher têm sido insuficientes. Além disso, em relação à faixa etária das vítimas, a pesquisa revela que uma em cada quatro mulheres entre os quinze e os vinte e quatro anos sofreu violência por parte de seus parceiros por volta dos vinte anos de idade⁹.

A violência de gênero representa a manifestação misógina dirigida contra as mulheres, as quais são alvos de ameaças, agressões, maus-tratos, lesões e danos. Precisamente, as mulheres são posicionadas em contextos de desigualdade, que se caracterizam por opressão, exclusão, subordinação, discriminação, exploração e marginalização. As agressões são multifacetadas e contemplam ameaças, agressões, maus-tratos, lesões e danos de natureza misógina, que abrangem os âmbitos familiar, comunitário, institucional e feminicida¹⁰.

No que tange especificamente à violência sexual, Susan Brownmiller postula que o estupro é um mecanismo de controle historicamente disseminado, mas amplamente negligenciado, sustentado por instituições patriarcais e por relações sociais que favorecem a dominação masculina e a subjugação feminina. Desse modo, é necessário compreender que a agressão sexual é impulsionada, sobretudo, pelo desejo de poder, e não apenas pela libido, o que a caracteriza, antes de tudo, como um crime de violência, transcendendo sua natureza sexual¹¹.

Em contextos de conflitos armados, em especial, considerando a calamidade pública instaurada, há uma tendência a tangenciar a discussão de gênero. Segundo relatório da ONU, durante a Guerra da Ucrânia, a violência doméstica aumentou, mas as mulheres não conseguem obter a proteção necessária devido às mudanças de prioridades. As atividades militares forçam os sobreviventes a conviver com os agressores em situações estressantes. Em muitas regiões, a polícia não está mais registrando casos de violência doméstica e, às vezes, não responde às chamadas. Na

⁶ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *Violência contra as mulheres*. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/topics/violence-against-women>. Acesso em: 26 jul. 2024.

⁷ PEREIRA GURGEL, Y. M. *Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho*. 2007. 311 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

⁸ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 5: Igualdade de Gênero*. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ods/ods5.html>. Acesso em: 11 ago. 2024.

⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Global, regional and national estimates for intimate partner violence against women and global and regional estimates for non-partner sexual violence against women*. Disponível em: <https://who.canto.global/s/KDE1H?viewIndex=0>. Acesso em: 10 jul. 2024.

¹⁰ LOS RIOS, M L. "Por los derechos humanos de las mujeres: la Ley General de Acceso de las Mujeres a una vida libre de violencia". *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, v. XLIX, n. 200, p. 143-165, maio-ago, 2007.

¹¹ SUSAN BROWNMILLER. *Against our will: Men, Women and Rape*. Penguin, Londres, 1975

região de Donetsk, por exemplo, não há central de atendimento da polícia porque a principal delegacia está em Mariupol, que foi severamente afetada pela guerra¹².

Em vista dessa conjuntura de desordem social e institucional decorrente da Guerra, é importante refletir quanto à situação das mulheres, que acabam tendo sua vulnerabilidade potencializada e a sua liberdade sexual ameaçada. De acordo com Liudmyla Denysova, Comissária do Parlamento para Direitos Humanos, durante a Guerra da Ucrânia, vinte e cinco mulheres e meninas, a mais jovem delas com 14 anos de idade, foram estupradas em um porão na cidade de Bucha. Desse modo, é importante refletir que até em cenários de guerra o impacto é particularmente desproporcional para grupos minoritários como mulheres¹³.

No conflito Israel e Palestina, equipe da ONU investigou incidentes de suposta violência sexual contra reféns em Gaza e, segundo relatos de reféns libertados, há informações claras e convincentes de que algumas mulheres e crianças foram vítimas de estupro, tortura sexualizada e tratamento cruel, desumano e degradante durante o cativeiro¹⁴.

Embora a pretensão de paz mundial pregada pelas Nações Unidas, no ano de 2024 ainda há expressivos conflitos armados ao redor do mundo, os quais são responsáveis por instaurar graves crises humanitárias: Israel x Palestina; Rússia x Ucrânia; guerra civil em Darfur, no Sudão; a Perseguição aos Rohingya; a situação da República Centro-Africana (RCA); guerra civil na Síria e guerra civil do Iêmen¹⁵.

Em vista desse cenário, é importante ponderar que a paz mundial pode ser uma realidade ainda distante, motivo pelo qual é necessário investigar a prevalência dos Direitos Humanos em contextos de conflitos armados. E, admitindo-se que as mulheres estão em condição de vulnerabilidade específica, em razão de condições de gênero, é fundamental estudar, em especial, o dever dos Estados de conferirem proteção às mulheres durante esses cenários de guerras.

Assim, partindo da premissa de que a autonomia da vontade feminina está sob o escopo de proteção do Sistema Internacional de Direitos Humanos, este trabalho tem como objetivo principal comprovar que a responsabilidade dos Estados com o enfrentamento ao estupro em meio à guerra prescinde da instituição de mecanismos internacionais de proteção específica, pois já repousa em instrumentos adjacentes. E, para isso, será investigada a proteção às mulheres no Sistema onusiano, que possui a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, instrumento de proteção às mulheres de alcance universal; bem como, em matéria de direitos em guerra, possui as Convenções concluídas em Genebra, em agosto de 1949, destinadas a proteger as vítimas da guerra. Outrossim, será analisada a Convenção de Belém do Pará, cujo objeto é o enfrentamento a todas as formas de violência contra a Mulher no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, de alcance regional.

Para tanto, percorrer-se-á às seguintes etapas: estratificação de casos de violência sexual em conflitos armados, averiguando dados quanto à ocorrência de abusos, e números de denúncias; assim como, investigação do padrão de atuação dos abusadores e identificação das circunstâncias que propiciam os casos de estupros em meio à guerra. Na sequência, analisar-se-á o estupro pela perspectiva principiológica da autonomia da vontade e apurar-se-á a proteção à integridade sexual das mulheres nos

¹² UNITED NATIONS; CARE INTERNATIONAL. *Rapid Gender Analysis of Ukraine*. 2022, p. 39. Disponível em: <https://eca.unwomen.org/en/digital-library/publications/2022/05/rapid-gender-analysis-of-ukraine-0>. Acesso em: 11 ago. 2024.

¹³ UNITED NATIONS; CARE INTERNATIONAL. *Rapid Gender Analysis of Ukraine*. 2022, p. 38. Disponível em: <https://eca.unwomen.org/en/digital-library/publications/2022/05/rapid-gender-analysis-of-ukraine-0>. Acesso em: 11 ago. 2024.

¹⁴ UNITED NATIONS. Mission report: official visit of the Office of the SRSG-SVC to Israel and the occupied West Bank, 29 January - 14 February 2024. 2024. Disponível em: <https://www.un.org/sexualviolenceinconflict/wp-content/uploads/2024/03/report/mission-report-official-visit-of-the-office-of-the-srsg-svc-to-israel-and-the-occupied-west-bank-29-january-14-february-2024/20240304-Israel-oWB-CRSV-report.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

¹⁵ NAÇÕES UNIDAS. *Conflitos da atualidade*. 2024. Disponível em: <https://unric.org/pt/conflitos-da-atualidade>. Acesso em: 27 jul. 2024.

sistemas onusiano e interamericano; e, por fim, buscar-se-á comprovar que, com fundamento em uma análise sistemática do Sistema Internacional de Direitos Humanos, os Estados possuem responsabilidade cogente no enfrentamento de todas as violências sexuais contra mulheres.

Desse modo, valendo-se com primazia do método hipotético-dedutivo, este estudo se apresenta como uma investigação exploratória, amparada majoritariamente na pesquisa bibliográfica. Adotar-se-á, portanto, uma abordagem qualitativa com o objetivo de perscrutar conceitos, a natureza e a importância da proteção especial às mulheres em tempos de guerra. O método adotado é o dedutivo e a técnica procedimental predominante reside na pesquisa bibliográfica e documental, abrangendo a análise de instrumentos internacionais que versam sobre direitos das mulheres, assim como, se recorrerá a materiais didáticos elaborados por autoridades eminentes no campo do estudo de gênero. Destarte, será feita uma revisão da literatura especializada nas áreas do Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito de Gênero, com ênfase no contexto de conflitos armados.

Essa pesquisa se apresenta pertinente por se comunicar diretamente com o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5, que preconiza o alcance da igualdade de gênero e empoderamento de todas as mulheres e meninas; em especial, a meta 5.2 das Nações Unidas, em que os Estados se comprometem a eliminar todas as formas de violência contra todas as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, incluindo o tráfico e exploração sexual e de outros tipos. Desse modo, esse artigo se justifica pela relevância social e jurídica de se analisar as questões de gênero em situação de graves crises humanitárias, objetivando provar que a agenda internacional já possui instrumentos aptos a vincularem os Estado à obrigação de proteção integral das mulheres em contextos de Guerra.

2. Estratos dos abusos sexuais de mulheres em contextos de conflitos militares

Na pretensão de verificar informações sobre violência sexual no contexto do conflito Israel x Palestina, no ano de 2024 a ONU realizou missão em Israel, com o objetivo de verificar informações sobre violência sexual no contexto dos ataques de 7 de outubro de 2023 e suas consequências, para fins de possível inclusão em relatórios do Conselho de Segurança. A visita in loco se mostrou necessária em razão da ausência de dados confiáveis sobre casos de estupros no conflito em Gaza, já que não há entidades relevantes das Nações Unidas operando em Israel. Assim, a equipe da missão visitou quatro locais afetados pelos ataques na periferia de Gaza: a base militar de Nahal Oz, o kibutz Be'eri, o local do festival de música Nova e a estrada 232, onde surgiram relatos de violência sexual¹⁶.

Contudo, a equipe enfrentou significativos desafios na coleta e verificação de informações sobre a ocorrência de violência sexual relacionada ao conflito armado, tais como o número limitado de sobreviventes/vítimas de violência sexual e de testemunhas dos ataques de 7 de outubro, bem como o acesso a eles. Embora os esforços empreendidos, a equipe da missão não conseguiu se reunir com nenhum sobrevivente/vítima de violência sexual do ataque sob investigação¹⁷.

¹⁶ UNITED NATIONS. *Mission report: official visit of the Office of the SRSG-SVC to Israel and the occupied West Bank, 29 January - 14 February 2024*. 2024. Disponível em: <https://www.un.org/sexualviolenceinconflict/wp-content/uploads/2024/03/report/mission-report-official-visit-of-the-office-of-the-srsg-svc-to-israel-and-the-occupied-west-bank-29-january-14-february-2024/20240304-Israel-oWB-CRSV-report.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024

¹⁷ UNITED NATIONS. *Mission report: official visit of the Office of the SRSG-SVC to Israel and the occupied West Bank, 29 January - 14 February 2024*. 2024. Disponível em: <https://www.un.org/sexualviolenceinconflict/wp-content/uploads/2024/03/report/mission-report-official-visit-of-the-office-of-the-srsg-svc-to-israel-and-the-occupied-west-bank-29-january-14-february-2024/20240304-Israel-oWB-CRSV-report.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

Essa dificuldade encarada na apuração dos crimes sexuais coaduna com a tendência mundial de subnotificação de estupros, em que, segundo estudo latino-americano, estima-se que apenas cerca de 5% das vítimas adultas de violência sexual denunciaram o crime. A ausência de denúncias está atrelada a múltiplos fatores psicoemocionais, culturais e sociais. No que tange às questões psíquicas, é importante reconhecer a fragilidade emocional da vítima de estupro, que após o abuso pode desenvolver doenças psicológicas como depressão, transtorno por estresse pós-traumático, ansiedade, transtorno de pânico e até comportamentos suicidas¹⁸.

Em relação aos aspectos culturais e sociais deve-se destacar o tabu envolto dos crimes sexuais que gera vergonha e constrangimento para a vítima, além da tendência estrutural de culpabilização das mulheres. Nesse sentido, a ONU adverte que a violência sexual é o “único crime para o qual a sociedade está mais propensa a culpar as vítimas do que os próprios autores”¹⁹.

Nessa perspectiva, em junho de 2024 a Secretária-Geral da ONU, Pramila Patten, declarou que a violência sexual em conflitos é um crime cronicamente subnotificado, sendo estimado que para cada caso relatado, de 10 a 20 casos não são reportados, principalmente devido ao estigma, que afeta duplamente os sobreviventes, pela tragédia do estupro e pela rejeição²⁰.

Ademais, também foram identificados desafios específicos na coleta e tratamento das informações relacionados à falta de confiança dos sobreviventes do ataque e das famílias dos reféns nas instituições nacionais e organizações internacionais, como as Nações Unidas. Outrossim, a equipe da missão também denunciou o escrutínio com que a mídia tem tratado os relatos públicos, o que tem intimidado a manifestação das vítimas²¹.

Em que pese as dificuldades, a equipe das Nações Unidas concluiu que há motivos razoáveis para acreditar que houve violência sexual no ataque de 7 de outubro em vários locais da periferia de Gaza, incluindo estupro e estupro coletivo, em pelo menos três locais. Para essa conclusão, a equipe argumentou que encontrou vários corpos totalmente ou parcialmente nus, em sua maioria mulheres, com as mãos amarradas e baleados. Embora circunstancial, o padrão de despir e imobilizar as vítimas é forte indício de abusos sexuais²².

Na Guerra entre Rússia e Ucrânia, segundo apuração das Nações Unidas, até o final de julho de 2023, haviam sido iniciadas investigações sobre 215 casos de violência sexual relacionada a conflitos cometidos por membros das forças armadas russas, incluindo violência contra 12 meninas e 1 menino. Também foi registrada violência sexual contra quatro mulheres civis e uma menina em áreas residenciais dominadas por forças militares russas. Em julho de 2022, soldados russos sequestraram uma mulher e

¹⁸ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Organização Mundial da Saúde. *OMS aborda consequências da violência sexual para saúde das mulheres*. 2018. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/80616-oms-aborda-consequ%C3%A2ncias-da-viol%C3%A2ncia-sexual-para-sa%C3%BAdas-mulheres>. Acesso em: 28 jul. 2024.

¹⁹ NAÇÕES UNIDAS. *ONU destaca subnotificação e estigma da violência sexual em conflitos*. 2024. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2023/08/1822342>. Acesso em: 11 jul. 2024.

²⁰ NAÇÕES UNIDAS. *ONU destaca subnotificação e estigma da violência sexual em conflitos*. 2024. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2023/08/1822342>. Acesso em: 11 jul. 2024.

²¹ UNITED NATIONS. *Mission report: official visit of the Office of the SRSG-SVC to Israel and the occupied West Bank, 29 January - 14 February 2024*. 2024, p. 04. Disponível em: <https://www.un.org/sexualviolenceinconflict/wp-content/uploads/2024/03/report/mission-report-official-visit-of-the-office-of-the-srsg-svc-to-israel-and-the-occupied-west-bank-29-january-14-february-2024/20240304-Israel-oWB-CRSV-report.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

²² UNITED NATIONS. *Mission report: official visit of the Office of the SRSG-SVC to Israel and the occupied West Bank, 29 January - 14 February 2024*. 2024, p. 04. Disponível em: <https://www.un.org/sexualviolenceinconflict/wp-content/uploads/2024/03/report/mission-report-official-visit-of-the-office-of-the-srsg-svc-to-israel-and-the-occupied-west-bank-29-january-14-february-2024/20240304-Israel-oWB-CRSV-report.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

a estupraram sob a mira de uma arma e um dos abusadores declarou que a sequestraria para que se tornasse sua "terceira esposa"²³.

Em outro caso, dois homens armados insistiram repetidamente para que uma mulher, prisioneira de guerra capturada pelas forças armadas russas em maio de 2022, "servisse" sexualmente os soldados na instalação onde estava detida em Lyman, na região de Donetsk. Posteriormente, outro membro das forças armadas russas interveio para protegê-la de ser espancada por seu colega, mas então exigiu atos sexuais em troca. Em ambas as situações, ela conseguiu dissuadi-los afirmando que tinha tuberculose e estava menstruada. Após uma semana, foi transferida à força para a colônia penal nº 9 de Valuyki, na Federação Russa, onde foi submetida a outros maus-tratos. Lá, os funcionários a obrigaram a fazer abdominais nua, na presença de homens, e só permitiam que usasse o banheiro sob a vigilância de um guarda masculino²⁴.

Observados esses relatos é possível inferir que em meio à guerra as mulheres têm seus corpos instrumentalizados para servir às vontades sexuais dos homens. O que se constata é que o abusador sexual não possui um perfil único: terroristas, civis e oficiais de forças armadas se aproveitam do corpo feminino. Do lado das vítimas, por sua vez, é observado que as mulheres abusadas pertencem, em grande maioria, ao território invadido; ou seja, são vítimas do conflito e de soldados inimigos. Assim, é possível refletir que em meio às guerras os corpos femininos são instrumentalizados e abusados como uma conquista do oponente.

Outra face da problemática dos abusos sexuais em contextos de conflitos armados reside justamente na ONU, pois nos últimos anos têm acendido numerosas denúncias de abusos sexuais cometidos por soldados de missão internacional. No ano de 2016, foi publicado um relatório do ilustre secretário-geral das Nações Unidas acerca dos abusos perpetrados pelas forças de paz da organização ao longo de 2015. Conforme as informações oficiais fornecidas pela ONU, no referido ano, foram registradas 69 alegações de abusos. Destas, 22 supostamente envolvem membros da Missão das Nações Unidas na República Centro-Africana, conhecida como MINUSCA. Em seguida, com 16 alegações, encontra-se a Missão das Nações Unidas na República Democrática do Congo, MONUSCO, enquanto nove casos foram associados à Missão das Nações Unidas para a Estabilização no Haiti, MINUSTAH. Entre as 69 alegações, seis foram confirmadas, 16 foram consideradas infundadas e 47 permanecem sob investigação²⁵.

Diante desse contexto, ainda em 2016, o secretário-geral da ONU, Ban Ki-moon, anunciou a implementação de um audacioso plano de remediação e prevenção aos casos de estupro cometidos por soldados da ONU. Este plano concentra-se no apoio às vítimas, assegurando que recebam cuidados médicos e psicológicos adequados. Para garantir a eficácia deste apoio, está sendo estabelecido um fundo específico, e a organização espera contar com contribuições financeiras dos Estados-membros²⁶.

Já, no ano de 2018, dados oficiais da ONU demonstraram que em 2018, foram registradas 148 alegações em todo o sistema das Nações Unidas e 111 em entidades parceiras, totalizando 259 queixas. A maioria das queixas, 63%, envolvia exploração sexual de adultos, enquanto 37% referiam-se a abuso sexual. Conforme o relatório, 83% das vítimas são adultos e 17% são crianças²⁷.

²³ UNITED NATIONS. *Report on the human rights situation in Ukraine: 1 February - 31 July 2023*. 2023, p. 11-13. Disponível em: <https://ukraine.un.org/en/248372-report-human-rights-situation-ukraine-1-february-31-july-2023>. Acesso em: 29 ago. 2024.

²⁴ UNITED NATIONS. *Report on the human rights situation in Ukraine: 1 February - 31 July 2023*. 2023, p. 11-13. Disponível em: <https://ukraine.un.org/en/248372-report-human-rights-situation-ukraine-1-february-31-july-2023>. Acesso em: 29 ago. 2024.

²⁵ NAÇÕES UNIDAS. *ONU cria equipe de resposta a abusos sexuais cometidos por tropas de paz*. 2016. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2016/03/1543341>. Acesso em: 29 ago. 2024.

²⁶ NAÇÕES UNIDAS. *ONU cria equipe de resposta a abusos sexuais cometidos por tropas de paz*. 2016. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2016/03/1543341>. Acesso em: 29 ago. 2024.

²⁷. NAÇÕES UNIDAS. *Exploração e abuso sexual: ONU diz que abordagem centrada na vítima produz resultados positivos*. 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/03/1664711>. Acesso em: 15 jul. 2024.

Esse número superou as 138 denúncias de 2017 e as 165 alegações de 2016, mas partindo de uma análise qualitativa, para a ONU, esses números refletem a maior conscientização e divulgação sobre as melhores formas de denúncia disponíveis no sistema da organização. Os dados também indicam que a abordagem centrada nas vítimas da ONU está mostrando resultados positivos, pois as vítimas estão denunciadas por se sentirem seguras. No entanto, no mesmo período ocorreu aumento significativo do número de alegações relacionadas a entidades parceiras, que quadruplicaram entre 2017 e 2018, o que preocupou a ONU²⁸.

Para a Organização das Nações, o apoio às vítimas é a prioridade, buscando garantir que recebam assistência adequada e de qualidade. Em 2017, o secretário-geral nomeou a primeira defensora dos Direitos das Vítimas de Abuso e Exploração Sexual, a australiana Jane Connors, com o mandato de desenvolver formas de colocar os direitos das vítimas em primeiro lugar na resposta da ONU a essa prática. Essa defensora trabalha em todo o sistema da ONU para assegurar que as vítimas tenham acesso a assistência urgente e possam fazer denúncias de forma segura e confiável²⁹.

Por conseguinte, no ano de 2022, o relatório anual sobre o avanço das medidas de proteção contra a exploração e abuso sexual envolvendo a equipe das Nações Unidas e de organizações relacionadas mostrou um aumento no número de denúncias em 2021, comparado com os anos anteriores. Em 2021, foram recebidas 445 denúncias, o maior número registrado desde 2016, quando foram feitas 165 denúncias. Do total de 2021, 194 estavam relacionadas à equipe do sistema ONU em geral, sendo 75 denúncias oriundas das operações de manutenção da paz. Em 2020, as missões de paz foram alvo de 66 denúncias semelhantes. Além disso, 115 denúncias estavam relacionadas a agências da ONU e 251 envolviam entidades não relacionadas às Nações Unidas, como ONGs. Nesta última categoria, foram registradas 244 denúncias em 2020 e 174 em 2019³⁰.

Contudo, sem embargo dos abusos remanescentes, importa registrar que a ONU tem empreendido esforços para seguir prevenindo e combatendo estupros em cenários de guerras. Nessa perspectiva, convém destacar que no plano de prevenção da ONU estão inseridas medidas em relação ao reconhecimento de paternidade e ao fornecimento de pensão a crianças que são fruto dos abusos sexuais; são criados espaços para que as vítimas denunciem os soldados abusadores; há um conjunto de recomendações de transparência, voltadas à ampla divulgação de detalhes dos casos em uma base de dados online, incluindo nacionalidade do agressor e quais ações disciplinares e judiciais foram tomadas³¹.

Além disso, a ONU fez uso do instituto da repatriação de agentes de paz acusados de abusos na missão da ONU na República Centro-Africana e a criação, pela Organização Mundial da Saúde (OMS), bem como, constituiu uma comissão independente para investigar acusações envolvendo a equipe selecionada para responder a epidemia do vírus Ebola na República Democrática do Congo³².

Nestes termos, é possível refletir que o modelo de prevenção e repressão aos estupros em contextos de guerra, que foi desenvolvido pela ONU está mostrando resultados, seja pelo aumento de denúncias, o que evidencia uma vitória perante à

²⁸ NAÇÕES UNIDAS. *Exploração e abuso sexual: ONU diz que abordagem centrada na vítima produz resultados positivos*. 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/03/1664711>. Acesso em: 15 jul. 2024.

²⁹ NAÇÕES UNIDAS. *Exploração e abuso sexual: ONU diz que abordagem centrada na vítima produz resultados positivos*. 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/03/1664711>. Acesso em: 15 jul. 2024.

³⁰ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Guterres promete reduzir envolvimento da ONU em casos de abuso sexual*. 2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/175239-guterres-promete-reduzir-envolvimento-da-onu-em-casos-de-abuso-sexual>. Acesso em: 15 jul. 2024.

³¹ NAÇÕES UNIDAS. *ONU cria equipe de resposta a abusos sexuais cometidos por tropas de paz*. 2016. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2016/03/1543341>. Acesso em: 29 ago. 2024.

³² NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Guterres promete reduzir envolvimento da ONU em casos de abuso sexual*. 2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/175239-guterres-promete-reduzir-envolvimento-da-onu-em-casos-de-abuso-sexual>. Acesso em: 15 jul. 2024.

subnotificação desse problema; seja pelo aumento da transparência dos casos de abusos, o que favorece à responsabilização. Contudo, essas medidas possuem eficácia contida já que acabam alcançando apenas os soldados da própria ONU, que estão submetidos à disciplina da Organização.

Como demonstrado até aqui, a violência sexual em conflitos armados existe. no que tange às motivações dessa agressão, Elisabeth Wood elucida que há três causas potenciais para esse fenômeno: a violência sexual como estratégia, como prática e como oportunidade. A primeira, frequentemente denominada "violência sexual como arma de guerra", ocorre quando um combatente emprega a violência sexual para alcançar um objetivo sob a ordem de seu comandante. A segunda, a prática, refere-se à violência que, embora não seja ordenada por um comandante, é tolerada no contexto do conflito. Finalmente, a violência sexual por oportunidade manifesta-se quando indivíduos se aproveitam da fragilidade do Estado para perpetrar tais agressões³³.

3. A violência sexual pela perspectiva do princípio da autonomia da vontade

A autonomia individual é o fundamento do livre arbítrio da pessoa humana, é o elemento ética da dignidade humana que permite ao indivíduo escolher e buscar a forma de viver que lhe faz bem. O exercício da autonomia exige algumas condições, como a plena capacidade mental para tomar decisões informadas, a escolha independente de coerção ou manipulação e a existência real de alternativas. A autonomia, por conseguinte, configura-se como a habilidade intrínseca de um indivíduo em formular decisões e efetuar escolhas pessoais ao longo de sua existência, fundamentadas em sua própria concepção de bem-estar, isentas de influências externas indevidas³⁴.

Muito embora comumente associadas, autonomia e dignidade não se confundem, na medida em que a primeira é a capacidade de autodeterminação, isto é, a habilidade em abstrato de realizar escolhas e gerir a própria vida, utilizando como instrumento os direitos fundamentais. Desse modo, considerando que a capacidade se traduz em um dos principais desdobramentos da dignidade da pessoa humana, a dignidade, por conseguinte, está incorporada no conteúdo desta³⁵.

Para que cada indivíduo seja integralmente reconhecido como autor e sujeito de sua própria vida – autodeterminante e agente capaz de tomar decisões livres, em conformidade com sua lei moral e racionalização, sem desconsiderar as normas impostas pelo complexo heterônimo –, mesmo na ordem contramajoritária da sociedade (com suas interferências e pressões sociais), e em virtude da liberdade de escolhas individuais (tais como orientação sexual, direitos reprodutivos e opções políticas), é imperativo possuir autonomia individual. Esta autonomia deriva do pleno exercício dos direitos fundamentais, os quais conferem ao indivíduo a capacidade de fazer escolhas de maneira livre e consciente³⁶.

Assim, é possível conceber que a autonomia individual orbita em torno de direitos fundamentais de menor densidade, pois o indivíduo só poderá exercer sua plena autonomia individual se os direitos fundamentais essenciais estiverem prioritariamente concretizados. Nesses termos, a efetividade da autonomia individual pressupõe que os

³³ JEAN WOOD, E. "Conflict-related sexual violence and the policy implications of recent research". *International Review Of The Red Cross*, v. 96, n. 894, p. 472 - 474, jun. 2014.

³⁴ ROBERTO BARROSO, L. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo* – a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução de Humberto Laport de Mello. Fórum, Belo Horizonte, 2016.

³⁵ PEREIRA GURGEL, Y. M. *Conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana e suas implicações jurídicas na realização dos direitos fundamentais*. 2018. 218 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Direitos e Ciências Jurídicas, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, p.118.

³⁶ PEREIRA GURGEL, Y. M. *Conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana e suas implicações jurídicas na realização dos direitos fundamentais*. 2018. 218 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Direitos e Ciências Jurídicas, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, p.116.

bens inseridos no núcleo rígido da dignidade da pessoa humana sejam previamente promovidos³⁷.

Contudo, é fundamental reconhecer que a realidade social contemporânea é repleta de desigualdades que recorrentemente impossibilitam o exercício pleno da autonomia. Se a pessoa gostaria de escolher azul, mas só lhe é ofertado branco e preto, a sua escolha ao final não exprime realmente sua vontade e por isso, na ausência de oportunidades a escolha não é plena³⁸.

É patente na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 que o direito ao desenvolvimento se configura como um dever inalienável do Estado de assegurar a igualdade de oportunidades para todos os cidadãos no acesso aos recursos básicos, à educação, aos serviços de saúde, à alimentação, à habitação, ao emprego e à distribuição equitativa da renda. Este dever estatal implica a obrigação de planejar e implementar reformas econômicas e sociais adequadas, com o objetivo de erradicar todas as formas de injustiça social, promovendo a participação ativa da população em todas as esferas, reconhecida como elemento essencial para o desenvolvimento e para a plena concretização de todos os direitos humanos (artigo 8º, §§ 1º e 2º, Resolução nº 41/128 de 1986 da Assembleia Geral das Nações Unidas)³⁹.

Nesse sentido, é crucial compreender que para grupos minoritários, como mulheres, a autonomia é constantemente cerceada, já que as oportunidades são escassas. Segundo relatório da ONU, muitas mulheres continuam excluídas do trabalho e da inclusão financeira no auge de seus anos produtivos e reprodutivos, devido às normas de gênero, leis discriminatórias e à carga desproporcional de cuidados não remunerados e trabalho doméstico que suportam. No Egito, apenas 22,5% das mulheres em idade ativa (25 a 54 anos), que residem em lares compostos por um casal e pelo menos uma criança com menos de 6 anos, participam da força de trabalho; e apenas 24,2% das mulheres com 15 anos ou mais possuem uma conta em uma instituição financeira. Esse cenário contrasta fortemente com países como Austrália, Alemanha e Suécia, onde o acesso a contas em instituições financeiras é universal para as mulheres⁴⁰.

Além disso, no que tange à participação nos processos de tomada de decisão, que é fundamental para o empoderamento e o desenvolvimento transformador das mulheres, é nessa área que elas enfrentam os maiores obstáculos. A pontuação média global para essa dimensão no WEI é de 0,413 em uma escala de 1.000, o que reflete a baixa participação das mulheres na tomada de decisões em nível nacional — por exemplo, no Iêmen, onde as mulheres quase não possuem assentos no parlamento — e em nível local, onde em 12 países as mulheres ocupam menos de 10% dos assentos no governo local (incluindo países de desenvolvimento humano muito elevado, como Omã, Panamá e Arábia Saudita). A pontuação média também reflete a baixa participação das mulheres na tomada de decisões no local de trabalho, com as mulheres ocupando 50% ou mais dos cargos de gerência em apenas nove países. No entanto, alguns países estão contrariando essa tendência, como Cabo Verde, Costa Rica e Suécia, onde a representação feminina é igual ou superior a 40% em todos os três indicadores de tomada de decisão⁴¹.

³⁷ PEREIRA GURGEL, Y. M. *Conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana e suas implicações jurídicas na realização dos direitos fundamentais*. 2018. 218 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Direitos e Ciências Jurídicas, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, p.119.

³⁸ FLÁVIA BIROLI. "Agentes imperfeitas: contribuições do feminismo para a análise da relação entre autonomia, preferências e democracia". *Revista Brasileira de Ciência Política* n. 9. Brasília, setembro-dezembro de 2012, p.09.

³⁹ ARAÚJO MENDES, G. M.; GERMANO ALVES, F. "Desenvolvimento como um direito humano e sua relação com a democracia". *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, v. 14, n. 3, p. 70-93, 2021.

⁴⁰ UNITED NATIONS. *The Paths to Equal: Twin Indices on Women's Empowerment and Gender Equality*. 2023, p. 12. Disponível em: <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2023/07/the-paths-to-equal-twin-indices-on-womens-empowerment-and-gender-equality>. Acesso em: 11 ago. 2024

⁴¹ UNITED NATIONS. *The Paths to Equal: Twin Indices on Women's Empowerment and Gender Equality*. 2023, p. 12. Disponível em: <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2023/07/the-paths-to-equal-twin-indices-on-womens-empowerment-and-gender-equality>

Assim, as agências da ONU revelaram que menos de 1% da população feminina reside em países com elevado índice de empoderamento feminino e alta performance em paridade de gênero. Com base no Índice de Empoderamento Feminino (WEI), o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e a ONU Mulheres concluíram que, em média, as mulheres estão empoderadas para atingir apenas 60% do seu potencial. Ademais, segundo o Índice de Paridade de Gênero Global (GGPI), conclui-se que as mulheres alcançam, em média, 28% menos que os homens em todas as dimensões do desenvolvimento humano analisadas⁴².

O empoderamento das mulheres varia de 43,2% nos países de baixo desenvolvimento humano a 73,4% nos países de muito alto desenvolvimento humano. No norte da África e na Ásia Ocidental, a região dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável com o menor empoderamento feminino, as mulheres alcançam apenas 45,8% de seu potencial pleno⁴³.

A Ásia Central e o Sul da Ásia (com uma pontuação de 0,678) e a África Subsaariana (com uma pontuação de 0,740) destacam-se como as regiões com as pontuações mais baixas e as maiores lacunas de gênero. No Mali, apenas 3,2% das mulheres com 25 anos ou mais concluíram o ensino médio ou superior, em comparação com 7,8% dos homens. Ademais, 43,3% das mulheres jovens, de 15 a 24 anos, não frequentam escola, emprego ou treinamento, em contraste com 15,2% dos homens jovens⁴⁴.

Atualmente, a população global de mulheres e meninas deslocadas à força atingiu um recorde histórico. Em 14 de junho de 2023, 35 milhões de pessoas em todo o mundo viviam como refugiadas, sendo mais de 50% provenientes do Afeganistão, da República Árabe da Síria e da Ucrânia. Até o final de 2023, cerca de 10% das mulheres e meninas do mundo — aproximadamente 396 milhões — viverão com menos de US\$ 2,15 por dia. As mulheres, desproporcionalmente representadas em empregos vulneráveis, enfrentaram demissões em massa, redução de renda e perda de meios de subsistência durante o auge da pandemia da COVID-19. Estima-se que 64 milhões de mulheres em todo o mundo perderam seus empregos em 2020⁴⁵.

Em frente a esses dados resta indubitável que o mundo não oferece oportunidades iguais para homens e mulheres. Para a ONU, circunstâncias socioeconômicas, onde um maior poder de decisão está associado a níveis mais elevados de educação e poder econômico, são fatores decisivos para a autonomia corporal⁴⁶. Assim, é imperioso refletir que o exercício da autonomia feminina é constantemente cerceado pela ausência de opções, não sendo possível considerar como plena a escolha dessas milhões de mulheres que não possuem outra alternativa. Se a autonomia humana se consubstancia na escolha do melhor para si, como reconhecer

library/publications/2023/07/the-paths-to-equal-twin-indices-on-womens-empowerment-and-gender-equality. Acesso em: 11 ago. 2024.

⁴² NAÇÕES UNIDAS. *Equidade de gênero permanece distante para 99% das mulheres e meninas*. ONU News, 18 jul. 2023. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2023/07/1817692>. Acesso em: 11 jul. 2024.

⁴³ UNITED NATIONS. *The Paths to Equal: Twin Indices on Women's Empowerment and Gender Equality*. 2023, p. 11. Disponível em: <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2023/07/the-paths-to-equal-twin-indices-on-womens-empowerment-and-gender-equality>. Acesso em: 11 ago. 2024.

⁴⁴ UNITED NATIONS. *The Paths to Equal: Twin Indices on Women's Empowerment and Gender Equality*. 2023, p. 13. Disponível em: <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2023/07/the-paths-to-equal-twin-indices-on-womens-empowerment-and-gender-equality>. Acesso em: 11 ago. 2024.

⁴⁵ UNITED NATIONS. *The Paths to Equal: Twin Indices on Women's Empowerment and Gender Equality*. 2023, p. 3. Disponível em: <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2023/07/the-paths-to-equal-twin-indices-on-womens-empowerment-and-gender-equality>. Acesso em: 11 ago. 2024.

⁴⁶ NAÇÕES UNIDAS. *ONU: Cerca de metade das mulheres em 57 países não têm autonomia em relação ao seu corpo*. Disponível em: <https://unric.org/pt/onu-cerca-de-metade-das-mulheres-em-57-paises-nao-tem-autonomia-sob-o-seu-corpo/>. Acesso em: 30 jul. 2024

como autônoma a vontade daquelas que estão em tamanha vulnerabilidade que suas escolhas são tomadas em estado de extrema necessidade?

Diante disso, uma das críticas centrais do movimento feminista à ideia de autonomia é que a posição das mulheres na sociedade atual ainda é marcada pela internalização de estereótipos (inclusive relacionados à sexualidade), que se manifestam por meio de constrangimentos sistemáticos, sutis e cotidianos, capazes de limitar a autonomia do indivíduo em suas escolhas⁴⁷.

O exercício da autonomia depende, inexoravelmente, da eliminação da coerção e subjugação, tornando-se viável tão somente quanto essa eliminação se concretiza. Por isso, uma das principais preocupações políticas, ao tratar da autonomia como ideal político e social, reside nos ajustes entre liberdade individual e controle social, evitando que a ação de um ou de alguns indivíduos prejudique a capacidade de outros definirem e viverem conforme suas próprias concepções de vida. Ao impedir que os interesses e vantagens de alguns rompam as fronteiras que garantem a integridade de outros, torna-se possível que o usufruto dessa liberdade inclua o pleno exercício da autodeterminação⁴⁸.

Em relação à autonomia sexual, Stephen Schulhofer apresentou uma definição de autonomia sexual que reúne componentes físicos e mentais: a capacidade interna de fazer escolhas razoavelmente maduras e racionais; a liberdade externa de pressões e restrições não permitidas e a integridade corporal do indivíduo⁴⁹. Por sua vez, a autonomia sexual é violada sempre que a pessoa submetida ao ato não consentiu livremente⁵⁰.

A análise da autonomia sexual está intimamente associada à autonomia corporal, na medida em que se consubstancia no direito de a pessoa humana dispor do próprio corpo sem quaisquer ingerências externas. O ato sexual é, em essência, um ato corporal. No âmbito sexual, a autonomia traduz-se no poder de decidir livremente se, quando ou com quem manter relações sexuais, bem como se, quando ou com que frequência engravidar. Sem essa prerrogativa, jamais se poderá alcançar a verdadeira autonomia⁵¹.

Na década de 1970, a noção de autonomia no contexto do empoderamento das mulheres emergiu, sendo posteriormente revitalizada pelo movimento de saúde e direitos sexuais e reprodutivos. Em 1994, durante a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD), o termo foi destacado no inovador Programa de Ação, que reconheceu a meta de empoderamento e autonomia das mulheres como essencial para o desenvolvimento sustentável, que sendo um fim em si mesmo é de extrema importância nas esferas política, social, econômica e de saúde⁵².

Contudo, estudos das Nações Unidas revelam que a autonomia corporal não é uma para todas, tendo sido identificado que apenas 55% das mulheres detêm o poder de tomar decisões autônomas sobre seus próprios corpos. Nos países como Mali, Níger

⁴⁷ FLÁVIA BIROLI. "Agentes imperfeitas: contribuições do feminismo para a análise da relação entre autonomia, preferências e democracia". *Revista Brasileira de Ciência Política* n. 9. Brasília, setembro-dezembro de 2012, p.12.

⁴⁸ FLÁVIA BIROLI. "Agentes imperfeitas: contribuições do feminismo para a análise da relação entre autonomia, preferências e democracia". *Revista Brasileira de Ciência Política* n. 9. Brasília, setembro-dezembro de 2012, p.11.

⁴⁹ JOSEPH SCHULHOFER, S. *Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and the Failure of Law*. Harvard University Press, Londres, 1998, p.111.

⁵⁰ ALICE MACKINNON, C. "Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu". *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 44, 2006, p. 950.

⁵¹ UNITED NATIONS POPULATION FUND (UNFPA). *Research on Factors That Determine Women's Ability to Make Decisions about Sexual and Reproductive Health and Rights*. Volume I. UNFPA, New York, USA, 2019, p. 33.

⁵² UNITED NATIONS POPULATION FUND (UNFPA). *Research on Factors That Determine Women's Ability to Make Decisions about Sexual and Reproductive Health and Rights*. Volume I. UNFPA, New York, USA, 2019, p. 17.

e Senegal, alarmantemente, mais de 90% das mulheres encontram-se privadas de sua autonomia corporal⁵³.

Análises do Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) revelam que muitas meninas e mulheres não sabem que têm o direito de dizer não. Um estudo na Índia revelou que mulheres recém-casadas raramente descreviam o primeiro ato sexual como forçado ou "contra a sua vontade", devido à expectativa de relações sexuais dentro do casamento. A noção de consentimento mostrava-se irrelevante, pois o ato, ainda que imposto, era visto como um dever marital e não uma questão de escolha⁵⁴.

No que tange especificamente à violência sexual, as Nações Unidas a define como qualquer ato ou tentativa dirigida contra a sexualidade de uma pessoa por meio de coerção física ou de outra índole, independentemente da relação com a vítima e em qualquer âmbito⁵⁵. A coerção pode manifestar-se de diversas maneiras, utilizando variados graus de força, intimidação psicológica, extorsão e ameaças. A violência sexual também pode ocorrer quando a vítima não se encontra em condições de fornecer seu consentimento, seja por estar sob efeito de álcool ou outras substâncias, dormindo, ou mentalmente incapacitada, dentre outras circunstâncias⁵⁶.

Já o Tribunal Penal Internacional (TPI) define o estupro, especificamente, como qualquer ato que o autor tenha invadido o corpo de uma pessoa mediante conduta que resulte na penetração, ainda que mínima, de qualquer parte do corpo da vítima ou do autor com um órgão sexual, ou do orifício anal ou vaginal da vítima com um objeto ou outra parte do corpo. Que tal invasão ocorra por meio de força, ameaça de força, coação — como aquela causada pelo temor à violência, intimidação, detenção, opressão psicológica ou abuso de poder — contra essa ou outra pessoa, aproveitando-se de um ambiente de coerção, ou contra alguém incapaz de dar consentimento livre e esclarecido⁵⁷.

Assim, na concepção do TPI, destacam-se duas características fundamentais nesta definição: a penetração, que diferencia o estupro da violência sexual, e o consentimento. A coação mencionada nem sempre é facilmente identificável em meio a um conflito armado. Embora a força seja o método de coação mais comum, pode manifestar-se de maneira mais sutil, como através de ameaças. Em conflitos armados, a vítima pode consentir por medo de represálias caso resista, especialmente quando o agressor é uma autoridade ou está armado⁵⁸.

Por conseguinte, considerando que a autonomia pressupõe manifestação da vontade livre de qualquer coerção, é fato que os crimes sexuais atentam contra a autonomia, notadamente contra a autonomia sexual. Para o TPI, o ambiente de coação presente em conflitos armados impede o livre consentimento. Em suma, não é necessário o uso explícito de força, ameaças ou intimidação para que o DIH conclua que não houve consentimento livre e, assim, considere um ato de penetração como estupro.

⁵³ UNITED NATIONS POPULATION FUND (UNFPA). *Research on Factors That Determine Women's Ability to Make Decisions about Sexual and Reproductive Health and Rights*. Volume I. UNFPA, New York, USA, 2019, p. 31.

⁵⁴ UNITED NATIONS POPULATION FUND (UNFPA). *Research on Factors That Determine Women's Ability to Make Decisions about Sexual and Reproductive Health and Rights*. Volume I. UNFPA, New York, USA, 2019.

⁵⁵ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *Violência contra as mulheres*. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/topics/violence-against-women>. Acesso em: 26 jul. 2024.

⁵⁶ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Organização Mundial da Saúde. *OMS aborda consequências da violência sexual para saúde das mulheres*. 2018. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/80616-oms-aborda-consequ%C3%AAncias-da-viol%C3%AAncia-sexual-para-sa%C3%BAde-das-mulheres>. Acesso em: 28 jul. 2024.

⁵⁷ KAY AMBOS. "Violência Sexual Nos Conflitos Armados e o Direito Penal Internacional". *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 8, p.407 - 408, jul - dez 2012.

⁵⁸ SÁ ROLLEMBERG, L. Violência sexual no direito internacional humanitário. *O Cosmopolítico*, Niterói/RJ, v. 5, n. 1, p. 04, jun. 2018.

Assim, o estupro de mulheres deve ser compreendido como um mecanismo de controle em que o homem subjuga o corpo, a liberdade de escolha e autonomia feminina. Por essa perspectiva, é possível refletir que o estupro não é motivado apenas por desejo sexual, como normalmente é caracterizado, mas é na verdade manifestação do desejo de poder⁵⁹. A violação do corpo da mulher é para o homem um ato de dominação a partir do qual ele “espera da posse da mulher algo além da mera gratificação de um instinto; ela é o objeto privilegiado através do qual ele submete a Natureza”⁶⁰. O estupro é uma das principais formas pelas quais o homem expressa sua tradicional masculinidade hegemônica, que ao configurar a identidade do indivíduo dominador é contribuiu para a perpetuação da desigualdade entre os gêneros⁶¹. Portanto, na medida em que o abusador impõe sua vontade sexual à vítima, desconsiderando sua vontade, resta configurada grave violação à autonomia sexual da mulher.

4. Sexo livre e consentido: a proteção à autonomia sexual das mulheres no sistema onusiano e interamericano

No que tange especificamente ao Sistema Internacional dos Direitos Humanos, a primeira ocasião em que a violência sexual foi expressamente proibida no Direito Internacional Humanitário (DIH) contemporâneo ocorreu em 1949, com a promulgação da Quarta Convenção de Genebra⁶².

O art. 27 da Convenção de Genebra preconiza que “as mulheres serão especialmente protegidas contra qualquer ataque à sua honra, e particularmente contra violação, prostituição forçadas ou qualquer forma de atentado ao seu pudor”⁶³. Por um lado, o reconhecimento da vulnerabilidade das mulheres em tempos de guerra é visto como um avanço significativo⁶⁴, contudo, é importante ressaltar que a Convenção não foi instruída um protocolo específico para assegurar a proteção das mulheres na situação de guerra, havendo tão somente uma disposição genérica quanto à proteção da honra feminina.

Outrossim, também são tecidas severas críticas à Convenção quanto à terminologia empregada, pois o texto não faz qualquer menção expressa à violência sexual, sendo que a noção de honra é considerada obsoleta e insuficiente para revelar as consequências físicas e psicológicas da violência sexual. Assim, a Convenção é acusada de não compreender plenamente a gravidade da violência sexual em conflitos armados e seu impacto na saúde das mulheres⁶⁵.

Além disso, crimes contra honra não são tipificados como uma infração grave pelo art. 147 da IV Convenção de Genebra, que só considera graves os seguintes atos: homicídio doloso, tortura ou tratamentos desumanos, incluindo experimentos biológicos, infligir intencionalmente grandes sofrimentos ou ofender gravemente a integridade física ou a saúde, deportação ou transferência ilegais, detenção ilegal, coação de pessoa protegida a servir nas forças armadas da potência inimiga ou privação de seu direito a julgamento justo e imparcial conforme a presente Convenção, tomada

⁵⁹ SUSAN BROWNMILLER. *Against our will: Men, Women and Rape*. Penguin, Londres, 1975.

⁶⁰ SIMONE DE BEAUVOIR. *Le deuxième sexe: les faits et les mythes*. France Loisirs, Paris 1990.

⁶¹ RAEWYN CONNELL. *Masculinities*. University of California Press, Berkeley e Los Angeles, 2005.

⁶² COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *As Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949*. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/publication/convencoes-de-genebra-de-12-de-agosto-de-1949>. Acesso em: 29 ago. 2024.

⁶³ COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *As Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949*. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/publication/convencoes-de-genebra-de-12-de-agosto-de-1949>. Acesso em: 29 ago. 2024.

⁶⁴ SÁ ROLLEMBERG, L. Violência sexual no direito internacional humanitário. *O Cosmopolítico*, Niterói/RJ, v. 5, n. 1, p. 04, jun. 2018.

⁶⁵ SÁ ROLLEMBERG, L. Violência sexual no direito internacional humanitário. *O Cosmopolítico*, Niterói/RJ, v. 5, n. 1, p. 04, jun. 2018.

de reféns, destruição e apropriação de bens não justificados por necessidade militar e realizados em larga escala, de modo ilícito e arbitrário.

A importância da classificação grave reside no fato de que a Convenção estipula que as Altas Partes Contratantes devem diligenciar na busca dos responsáveis, sejam diretos ou indiretos, por infrações graves, submetendo-os a julgamento independentemente de sua nacionalidade. Em relação às infrações previstas pela Convenção que não se enquadram como graves, o artigo 146 dispõe que as Altas Partes Contratantes devem adotar as medidas necessárias para suprimir tais infrações⁶⁶.

Em 1977, ao editar os Protocolos Adicionais, foi concedida às Nações Unidas a oportunidade de debruçar e especificar a proteção à mulher que foi pregada na Convenção, os novos dispositivos que fazem menção à integridade física e sexual das mulheres seguiram abstratos e esvaziados de um plano para a efetiva proteção das vítimas. Trata-se do art. 76 do I Protocolo Adicional, que prevê "as mulheres serão objeto de um respeito especial e protegidas em particular contra a violação, a prostituição forçada ou qualquer outra forma de atentado ao pudor [...]"⁶⁷. E o art. 4º, 2, e do II Protocolo, o qual reafirmou a proibição, em qualquer momento ou lugar, de atentados à dignidade da pessoa, nomeadamente os tratamentos humilhantes e degradantes, a violação, a coação à prostituição e todo o atentado ao pudor⁶⁸.

Apesar das limitações das previsões iniciais na proteção da integridade física e moral das mulheres, é evidente que seu reconhecimento e evolução desempenharam um papel fundamental na definição atual dos estupros de guerra. O processo de identificação e julgamento desses crimes contribuiu significativamente para sua definição e sua incorporação nos conceitos de crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, posteriormente sendo integralmente reconhecidos como crimes sexuais⁶⁹.

Ademais, é fundamental observar que a "violência contra a mulher" é uma expressão penal de natureza aberta, que contém elementos normativos subjetivos os quais dependem da interpretação de quem os conhece, para que adquiram um sentido e tenham aplicação⁷⁰. Dessa forma, na ausência de um tratado que trate propriamente de estupros na guerra, seria possível recorrer aos instrumentos internacionais de proteção à mulher em vigor? É o que analisaremos a seguir.

4.1 Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW

A igualdade de direitos para as mulheres é um princípio fundamental das Nações Unidas. O Preâmbulo da Carta das Nações Unidas afirma como um dos objetivos centrais da Organização a reafirmação da "fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos entre homens e mulheres"⁷¹. A

⁶⁶ TACHOU-SIPOWO, A. G. "The Security Council on women in war: between peacebuilding and humanitarian protection". *International Review of the Red Cross*, v. 89, n. 877, p. 91-125, Mar. 2010.

⁶⁷ COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *As Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949*. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/publication/convencoes-de-genebra-de-12-de-agosto-de-1949>. Acesso em: 11 ago. 2024.

⁶⁸ COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *As Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949*. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/publication/convencoes-de-genebra-de-12-de-agosto-de-1949>. Acesso em: 11 ago. 2024.

⁶⁹ CUNHA DE MOURA, S. N. *Estupro de mulheres como crime de guerra sob as perspectivas feministas*. 2016. 198. f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016.

⁷⁰ SOUZA NUCCI, G. *Manual de Direito Penal*. – 16. ed. Forense, Rio de Janeiro, 2020.

⁷¹ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 29 ago. 2024.

Declaração Universal constitui a exaltação do indivíduo particular, conferindo ao princípio da dignidade da pessoa humana, em conjunto com os princípios da igualdade e da não discriminação, o status de normas-princípios. Esses princípios são pilares fundamentais que sustentam todo o processo de positivação dos direitos humanos no cenário internacional⁷².

Aliado a isso, o Artigo 1º proclama que um dos propósitos das Nações Unidas é promover a cooperação internacional no incentivo ao respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de sexo, entre outros. De acordo com os termos da Carta, o primeiro instrumento internacional a referir-se especificamente aos direitos humanos e à igualdade de direitos entre homens e mulheres, todos os membros das Nações Unidas são legalmente obrigados a se empenhar na plena realização de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. Assim, é reconhecido que o status dos direitos humanos, incluindo a meta de igualdade entre homens e mulheres, é elevado de uma questão ética para uma obrigação contratual de todos os governos e da ONU⁷³.

Nessa perspectiva, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), proclamada em 1979 pela Assembleia Geral da ONU, é frequentemente aclamada como a magna carta dos direitos das mulheres. Composta por um preâmbulo e 30 artigos, esta convenção delinea o que caracteriza a discriminação contra as mulheres e estabelece uma pauta de ações nacionais destinadas a erradicar tal discriminação⁷⁴.

Em sede de definição, a CEDAW preconiza em seu art. 1º que a expressão “discriminação contra a mulher” significa toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que vise ou resulte em prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, pela mulher, independentemente de seu estado civil, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade com o homem, nos campos político, econômico, social, cultural, civil, ou em qualquer outro âmbito⁷⁵. Desse modo, restou consignado no primeiro artigo da Convenção, o princípio da “não discriminação”, o qual possui caráter basilar no processo de eliminação de comportamentos, ações e omissões que possam resultar em violência contra mulheres⁷⁶.

Na sequência, o art. 2º da Convenção atribui aos Estados Partes a responsabilidade por reagir a situações de discriminação contra as mulheres em todas as suas formas. Assim, os Estados se comprometem, dentre outras iniciativas, a consagrar em suas constituições nacionais ou em outra legislação apropriada, o princípio da igualdade do homem e da mulher e assegurar todos os meios apropriados a proteção jurídica dos direitos da mulher⁷⁷.

⁷² PEREIRA GURGEL, Y. M. *Conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana e suas implicações jurídicas na realização dos direitos fundamentais*. 2018. 218 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Direitos e Ciências Jurídicas, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, p.116.

⁷³ UNITED NATIONS. *History of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*. Disponível em: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/history.htm>. Acesso em: 29 ago. 2024.

⁷⁴ BRASIL. *Decreto n. 4.377*, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 set. 2002. Disponível em: https://planalto.gov.br/Ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

⁷⁵ Artigo 1º Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

⁷⁶ PEREIRA GURGEL, Y. M. *Conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana e suas implicações jurídicas na realização dos direitos fundamentais*. 2018. 218 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Direitos e Ciências Jurídicas, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, p.116.

⁷⁷ Artigo 2º: Os Estados-parte condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo se comprometem a: a)

Nestes termos, a Convenção da Mulher deve ser considerada como o parâmetro mínimo das ações estatais na promoção dos direitos humanos das mulheres e na repressão às suas violações, tanto no âmbito público quanto no privado. A CEDAW, em sua grandiosa magnitude, é a verdadeira Carta Magna dos direitos das mulheres, simbolizando o resultado de inúmeros avanços principiológicos, normativos e políticos edificadas ao longo das últimas décadas. Dessa forma, se vislumbra que esta convenção é fruto de um colossal esforço global para a construção de uma ordem internacional que preze pela dignidade de todo e qualquer ser humano⁷⁸.

Ocorre que, tão somente a previsão em lei não é suficiente para transferir toda a estrutura de opressão contra as mulheres, motivo pelo qual, a execução coordenada de propostas executivas, legislativas e judiciais é medida que se impõe. Nesse sentido, o art. 5º da Convenção prevê expressamente que os Estados deverão tomar todas as medidas apropriadas para mudar padrões socioculturais que repercutem em opressão às mulheres, devendo, inclusive, dispor da educação familiar para valorizar a maternidade enquanto função social. Dessa forma, ao ratificar a Convenção, os Estados comprometem-se a adotar medidas abrangentes para erradicar a discriminação contra a mulher em todas as suas formas. Isso inclui incorporar o princípio da igualdade entre homens e mulheres em seus sistemas jurídicos, abolir leis discriminatórias e promulgar legislações adequadas que proíbam a discriminação contra as mulheres. Além disso, devem estabelecer tribunais e instituições públicas para assegurar a proteção eficaz das mulheres contra a discriminação, bem como garantir a eliminação de todos os atos discriminatórios perpetrados por indivíduos, organizações ou empresas⁷⁹.

Outrossim, o artigo 5º ainda estabelece a necessidade de que as responsabilidades com o cuidado com os filhos sejam partilhadas entre o homem e a mulher, em razão do desenvolvimento das crianças ser de interesse mútuo⁸⁰. É importante refletir que o dever de guarda compartilhada ser justificado pelo interesse dos homens na criação dos filhos é forte indício da remota imaturidade em disciplinar direitos de gênero, que equivocadamente atrela o direito da mulher à um ganho masculino. Os direitos das mulheres devem ser justificados pela dignidade inerente à

Consagrar, se ainda não o tiverem feito, em suas constituições nacionais ou em outra legislação apropriada, o princípio da igualdade do homem e da mulher e assegurar por lei outros meios apropriados à realização prática desse princípio; b) Adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proíbam toda discriminação contra a mulher; c) Estabelecer a proteção jurídica dos direitos da mulher numa base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação; d) Abster-se de incorrer em todo ato ou prática de discriminação contra a mulher e zelar para que as autoridades e instituições públicas atuem em conformidade com esta obrigação; e) Tomar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa; f) Adotar todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou derrogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituam discriminação contra a mulher; g) Derrogar todas as disposições penais nacionais que constituam discriminação contra a mulher.

⁷⁸ BRASIL. Presidência da República. *Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres*. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, Brasília, 2006.

⁷⁹ BRASIL. *Decreto n. 4.377*, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 set. 2002. Disponível em: https://planalto.gov.br/Ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

⁸⁰ Artigo 5º Os Estados-parte tomarão todas as medidas apropriadas para: a) Modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, com vista a alcançar a eliminação dos preconceitos e práticas consuetudinárias, e de qualquer outra índole, que estejam baseados na idéia de inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres; b) Garantir que a educação familiar inclua uma compreensão adequada da maternidade como função social e o reconhecimento da responsabilidade comum de homens e mulheres no que diz respeito à educação e ao desenvolvimento de seus filhos, entendendo-se que o interesse dos filhos constituirá a consideração primordial em todos os casos.

mulher, não sendo necessário atrelar a outras circunstâncias, pois o valor humano está na própria mulher e isso deve bastar⁸¹.

Na atual perspectiva da dignidade humana, é importante reconhecer que há um valor intrínseco às pessoas e, por isso, todas as mulheres já nascem como sujeitas de direito, possuindo o mesmo valor e igual importância para o universo jurídico e para a sociedade. O valor intrínseco é uma característica inerente à condição humana, que se alinha com a qualidade de ser sujeito de direito e se extingue apenas com o término da vida. Consequentemente, o valor intrínseco, enquanto componente essencial da dignidade da pessoa humana, permanece inviolável, mesmo diante de transgressões aos direitos fundamentais de qualquer natureza⁸².

Além disso, outra crítica que deve ser tecida é que a única passagem da CEDAW que trata de direito sexual das mulheres é atrelada à segurança no trabalho e é consignada como o direito das mulheres à "função reprodutiva"⁸³. Há um foco, portanto, na função reprodutiva feminina, corroborando com a tradicional divisão da sociedade em papéis de gênero, em que a função materna é tida como uma necessidade da espécie⁸⁴.

Ademais, o art. 6º da CEDAW estabelece o dever de os Estados-Partes adotarem todas as medidas apropriadas, inclusive legislativas, para prevenir todas as formas de tráfico das mulheres e exploração da prostituição da mulher⁸⁵. Assim, conjugando todas as disposições, a CEDAW é tida como o único tratado de direitos humanos que afirma os direitos reprodutivos das mulheres⁸⁶.

Dessa forma, sem embargo das críticas tecidas quanto às limitações de definição, é importante refletir que, a partir de uma interpretação sistemática da CEDAW é possível estender suas disposições à proteção da mulher contra estupro em contextos de conflitos armados. A interpretação sistemática se detém no sistema jurídico enquanto uma totalidade de valores, normas e princípios, salientando que uma norma singular só é plenamente compreendida no contexto da totalidade normativa e axiológica. Assim, a verdadeira exegese transcende o atomismo, configurando-se como uma aplicação do Direito que considera sua rede hierárquica de princípios, normas e valores⁸⁷.

Assim sendo, se os Estados-partes da CEDAW se obrigam a proteger as mulheres de todas as formas de discriminação, essa proteção deve permanecer inclusive diante de graves conflitos armados. Quando refletido sobre as causas do estupro na guerra, já foi comprovado que a instrumentalização do corpo feminino possui relações na discriminação de gênero. Desse modo, na medida em que o estupro é uma violência com raízes na discriminação de gênero, é forçoso inferir que a CEDAW possui

⁸¹ PEREIRA GURGEL, Y. M. *Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho*. 2007. 311 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 33 a 39.

⁸² PEREIRA GURGEL, Y. M. *Conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana e suas implicações jurídicas na realização dos direitos fundamentais*. 2018. 218 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Direitos e Ciências Jurídicas, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, p.116

⁸³ Artigo 11: 1. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera do emprego a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, os mesmos direitos, em particular: [...].

f) O direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução

⁸⁴ GERDA LERNER. *A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens*. Cultrix, São Paulo, SP, 2019

⁸⁵ BRASIL. *Decreto n. 4.377*, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 set. 2002. Disponível em: https://planalto.gov.br/Ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em: 29 ago. 2024

⁸⁶ Artigo 2º: Os Estados Partes condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo se comprometem a [...].

⁸⁷ JUAREZ FREITAS. *A interpretação Sistemática do Direito*. Malheiros Editores, São Paulo, 1995.

competência para tratar sobre a matéria, já que essa Convenção preconiza a eliminação de todas as formas de discriminação entre homens e mulheres.

4.2 Convenção de Belém do Pará

Em 9 de junho de 1994, foi adotada, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA)⁸⁸, em Belém do Pará, a Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, doravante denominada Convenção de Belém do Pará. Diferentemente da CEDAW, que tratou de toda discriminação contra mulher, a Convenção de Belém do Pará se volta especificamente para a discriminação por violência, sendo, portanto, um instrumento mais específico. Essa especificidade é particularmente importante, pois ao tratar somente da violência contra a mulher, o instrumento conseguiu se debruçar mais sobre a matéria, se ocupando sobre as diferentes modalidades de violência. Nesse sentido, o art. 1º da Convenção do Pará, estabelece que, “entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”⁸⁹.

Aliado a isso, o artigo 2º estabelece o âmbito de aplicação da Convenção, entendendo que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica, que pode ocorrer na família ou na comunidade e ser perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes⁹⁰. Dessa forma, diferentemente da CEDAW, que não possui previsão expressa ao abuso sexual, a Convenção de Belém preconiza uma proteção ampla, reconhecendo três tipos de violência contra a mulher e admitindo que a violência pode ocorrer no âmbito privado ou público.

No capítulo III, a Convenção dispõe quanto aos direitos aos quais as mulheres fazem jus. O artigo 3 consigna que “toda mulher tem direito a ser livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada”⁹¹. Já o artigo 4º preconiza que toda mulher tem direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades estabelecidos nos instrumentos regionais e internacionais. Estes direitos incluem, dentre outros, o respeito à vida, integridade física, mental e moral, liberdade e segurança pessoais e proteção contra tortura. Conjugando esses direitos a partir de interpretação sistemática, em que a Convenção de Belém do Pará deve ser compreendida como uma totalidade de valores, normas e princípios, é possível extrair a proteção contra abusos sexuais em contextos de guerra.

Como já delineado anteriormente, o estupro suprime a liberdade e a vontade das mulheres, consubstanciando-se em uma agressão à segurança e à vida, que é capaz de deixar graves consequências físicas, mentais e morais. Dessa forma, os Estados-partes

⁸⁸ BRASIL. *Decreto n. 4.377*, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 set. 2002. Disponível em: https://planalto.gov.br/Ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

⁸⁹ CIDH. *Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, “Convenção de Belém do Pará”*. Belém do Pará, 1994. Disponível em: <https://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 11 jul. 2024.

⁹⁰ Artigo 2: “Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica: a. ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual; b. ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e c. perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra”.

⁹¹ BRASIL. *Decreto n. 4.377*, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 set. 2002. Disponível em: https://planalto.gov.br/Ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

da Convenção de Belém do Pará devem garantir às mulheres proteção contra todo tipo de abuso sexual, inclusive, em contextos de guerra.

Quanto aos conflitos armados, especificamente, o artigo 9 da Convenção estabelece que as medidas de proteção às mulheres devem levar em consideração condições que agravam a vulnerabilidade, tais como aspectos de raça, origem étnica, condição de migrante, refugiada ou de deslocada por qualquer motivo. Há ainda, a previsão de que será "considerada sujeitada a violência a gestante, deficiente, menor, idosa ou em situação socioeconômica desfavorável, afetada por situações de conflito armado ou de privação da liberdade"⁹². Diante disso, observa-se que, pela primeira vez, um instrumento normativo do Sistema Interamericano faz menção, ainda que singela, à vulnerabilidade das mulheres diante da violência decorrente de conflitos armados.

No que tange aos deveres dos Estados, em seu capítulo III, a Convenção de Belém do Pará preconiza que os Estados Partes devem adotar todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar toda violência contra a mulher. Com efeito, do cotejo dos artigos 7 e 8, extrai-se que a Convenção disciplina quanto à necessidade de os Estados adotarem medidas jurídicas, administrativas e legislativas, bem como, dispor da educação, da pesquisa e de programas profissionais, para fins de conferir às mulheres vítimas a oportunidade de emancipação.

Em relação aos mecanismos de proteção à mulher, o art. 10 da Convenção estabelece que para garantir o direito das mulheres a uma vida livre de violência, os Estados Partes devem incluir em seus relatórios à Comissão Interamericana de Mulheres informações sobre as medidas tomadas para prevenir e erradicar a violência, prestar assistência às vítimas e relatar dificuldades e fatores que contribuem para a violência contra a mulher.

Aliado a isso, o artigo 11 reconhece a possibilidade dos Estados Partes nesta Convenção e a Comissão Interamericana de Mulheres acionar a função consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão que supervisiona o cumprimento das obrigações assumidas pelos Estados partes da Convenção Americana⁹³. A Corte IDH é o tribunal supranacional do sistema interamericano responsável por julgar casos de violação de direitos humanos cometidos pelos Estados Partes da OEA que ratificaram a Convenção Americana. Este órgão jurisdicional internacional possui a autoridade para condenar os Estados Partes da Convenção por infrações aos direitos humanos⁹⁴.

O artigo 12, por sua vez, estabelece que qualquer pessoa, grupo de pessoas ou entidade não-governamental juridicamente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização pode apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos petições sobre denúncias de violações do artigo 7 desta Convenção por um Estado Parte. A Comissão deverá considerar essas petições conforme as normas e procedimentos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Estatuto e Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Nos termos do Capítulo VII, seção II, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem como função principal promover e defender os direitos humanos, reunindo, para isso, atribuições de estímulo à consciência dos direitos humanos, formulação de recomendações aos governos, preparo de estudos, solicitação de informações aos Estados-membros,

⁹² BRASIL. *Decreto n. 4.377*, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 set. 2002. Disponível em: https://planalto.gov.br/Ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

⁹³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *O que é a Corte IDH?*. 2024. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm. Acesso em: 11 jul. 2024.

⁹⁴ OLIVEIRA MAZZUOLI, V. *Curso de Direito Internacional Público*. 9. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.

atendimento de consultas, atuação em relação a petições e apresentação de um relatório anual à Assembleia Geral⁹⁵.

Por fim, em sede de disposições gerais, o artigo 13 estabelece que nenhuma disposição desta Convenção deve ser interpretada como uma restrição ou limitação à legislação interna dos Estados Partes que ofereça proteções e garantias iguais ou superiores aos direitos da mulher, ou salvaguardas para prevenir e erradicar a violência contra ela. De igual modo, o artigo 14 consigna que nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada como uma restrição ou limitação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou a qualquer outra convenção internacional que ofereça proteção igual ou superior. Já o artigo 18⁹⁶ veda a formulação de reservas incompatíveis com o objetivo e propósito da Convenção.

5. Considerações Finais

Diante das análises aqui empreendidas, restou comprovado que a violência contra a mulher é um problema global que, derivado de fatores sociais, culturais e econômicos, acomete milhões de mulheres ao redor do mundo. A discriminação de gênero ainda é latente e consubstancia-se na agressão misógina dirigida às mulheres devido ao seu gênero, em contextos de desigualdade como opressão e discriminação. Envolve ameaças, agressões e maus-tratos em esferas familiar, comunitária, institucional e pode levar ao feminicídio.

No que tange especificamente à violência sexual, observou-se que o estupro é um mecanismo de controle que instrumentaliza o corpo feminino à vontade do homem, que muitas vezes age motivado não por desejos sexuais, mas sim pela necessidade imperiosa de demonstrar poder. Dessa forma, constata-se que a violência sexual contra mulheres reflete a luta de gênero, demonstrando o poder que os homens acreditam ter sobre elas. A exploração sexual feminina deve ser considerada legado de sociedades historicamente discriminatórias, que desumanizam mulheres, perpetuando a injustiça e a opressão.

Em relação aos contextos de conflitos armados e calamidades públicas, observou-se que há uma tendência de frequentemente minimizar a discussão sobre questões de gênero. Diante disso, as necessidades básicas femininas são negligenciadas em meio ao caos humanitário instaurado e a segurança das mulheres acaba sendo colocada em segundo plano. Por conseguinte, a vulnerabilidade das mulheres é potencializada em contextos de guerra, pois enquanto as instituições estatais focam no conflito armado, às mulheres vítimas da guerra ficam a mercê de proteção do seu corpo, mente e liberdade.

Conforme os dados apresentados nesse projeto, abusos sexuais em contextos de conflitos militares são recorrentes o que comprova que os Estados têm falhado com seu dever de proteção às mulheres. A situação é mais alarmante quando observada as ocorrências de abusos dentro da ONU, que na contramão da sua missão de proteção humanitária está tendo que lidar com numerosos casos de estupro dentro das suas forças.

Quando analisada a autonomia da vontade feminina, observou-se que, para exercer a autonomia individual são necessárias, para além das condições como capacidade mental para decisões informadas, ausência de coerção e existência de alternativas reais. Desse modo, apurou-se que o estupro é uma violação à

⁹⁵ BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

⁹⁶ Artigo 18: Os Estados poderão formular reservas a esta Convenção no momento de aprová-la, assiná-la, ratificá-la ou a ela aderir, desde que tais reservas: a. não sejam incompatíveis com o objetivo e propósito da Convenção; b. não sejam de caráter geral e se refiram especificamente a uma ou mais de suas disposições.

autodeterminação das mulheres, que têm sua vontade ignorada pelo abusador e seu corpo instrumentalizado.

Aliado a isso, constatou-se que as mulheres não possuem um exercício pleno de sua autonomia em razão de fatores estruturais como economia, cultura e política. A ausência de oportunidade de escolha retira da mulher a possibilidade de decidir o que quer para sua vida e, portanto, mitiga a autodeterminação. Consequentemente, a falta de oportunidades também contribui para a exploração sexual, na medida em que mulheres mais pobres representam o maior contingente de vítimas de abusos sexuais. Assim, considerando que a guerra instala graves crises humanitárias, percebe-se que as mulheres vítimas dos conflitos armados são colocadas em uma situação de maior propensão à violência sexual.

Por todas essas razões, o estupro diante da guerra deve estar no centro da agenda internacional, pois a vulnerabilidade das mulheres expostas é exponencial. Contudo, observou-se que o Sistema Internacional de Direitos Humanos carece de um instrumento internacional que regulamente especificamente a proteção das mulheres vítimas de estupro na guerra. Como analisado, a IV Convenção de Genebra, relativa à proteção dos civis em tempo de guerra, possui definições obsoletas que dificultam a determinação do estupro, bem como, não dispõe protocolo específico para assegurar a proteção das mulheres na situação de guerra, havendo tão somente uma disposição genérica quanto à proteção da honra feminina.

Contudo, na ausência de um instrumento que trate propriamente do estupro em contexto de conflitos armados é possível invocar outras Convenções. Assim, mediante uma interpretação sistemática, deve-se compreender o Sistema Internacional de Direitos Humanos enquanto uma totalidade de valores, normas e princípios, salientando que uma norma singular só é plenamente compreendida no contexto da totalidade normativa e axiológica. Desse modo, mediante uma interpretação ampla do Direito Internacional, o fundamento da responsabilidade dos Estados em proteger as mulheres de estupros em contextos de guerra pode ser extraída de outros instrumentos.

Nesse sentido, no que tange à Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), observou-se que, na medida em que o estupro possui raízes na discriminação de gênero, há um dever dos Estados partes da CEDAW evidenciar esforços para prevenir e reprimir estupros em meio às guerras. Pois, esses Estados se comprometeram a proteger as mulheres contra todas as formas de discriminação, devendo dispor de todas as estratégias para combater a desigualdade entre os sexos, devendo fazer uso, inclusive, de políticas educacionais que objetivam combater a desigualdade de gênero na origem cultural e social.

Já no que tange à Convenção de Belém do Pará, considerando que o estupro deixa consequências, físicas, sexuais e psicológicas, todas as formas de violência preconizadas pela Convenção em tela, deve ser imperioso o dever dos Estados-partes de dispor de todos os instrumentos e mecanismos para proteger as mulheres de abusos sexuais e, à luz do seu artigo 9º, em especial em contexto de vulnerabilidade agravada como a Guerra.

Diante do exposto, à luz de uma interpretação sistemática do Direito Internacional, é possível concluir que, conjugando as disposições da IV Convenção de Genebra, da CEDAW e da Convenção de Belém do Pará, possuímos disposições que demonstram o dever dos Estados de protegerem as mulheres de estupros na guerra. Da CEDAW é fundamental invocar a obrigação de se combater a discriminação de gênero, que potencializa a cultura do estupro; da Convenção de Belém é possível extrair o dever de enfrentamento à violência física, psíquica e sexual, que corrobora com a pretensão de uma proteção integral das mulheres.

Além disso, é salutar observar que o modelo preconizado pela Convenção de Belém do Pará, que conta com os dois órgãos do Sistema Interamericano, aliado aos monitoramentos contínuos dos resultados mediante relatórios anuais, deve ser tido como uma referência internacional. Portanto, restou cabalmente demonstrado que, por intermédio da Convenção de Belém, os Estados da OEA têm pretendido consolidar um sistema amplo de proteção às mulheres vítimas de violência. Desse modo, quando lidamos com estupros de mulheres em contextos de conflitos armados, a Convenção de

Belém do Pará não pode ficar tangente à discussão, na medida que suas disposições apresentam um modelo protecionista com foco na proteção integral das mulheres em todos os contextos, inclusive, em meio a conflitos armados.

Por fim, conjugando as disposições aqui apresentadas, conclui-se, que muito embora o Sistema Internacional de Direitos Humanos careça de um instrumento específico de enfrentamento ao estupro de mulheres em contextos de guerra, a responsabilidade dos Estados para com as mulheres encontra fundamento na interpretação sistemática do Direito Internacional, sendo possível invocar instrumentos adjacentes como a CEDAW e a Convenção de Belém do Pará.

Referências

- ALICE MACKINNON, C. "Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu". *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 44, 2006.
- ARAÚJO MENDES, G. M.; GERMANO ALVES, F. "Desenvolvimento como um direito humano e sua relação com a democracia". *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, v. 14, n. 3, p. 70–93, 2021.
- BRASIL. *Decreto n. 678*, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.
- BRASIL. *Decreto n. 4.377*, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 set. 2002. Disponível em: https://planalto.gov.br/Ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.
- BRASIL. Presidência da República. *Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres*. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, Brasília, 2006.
- CIDH. *Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, "Convenção de Belém do Pará"*. Belém do Pará, 1994. Disponível em: <https://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 11 jul. 2024.
- COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *As Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949*. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/publication/convencoes-de-genebra-de-12-de-agosto-de-1949>. Acesso em: 29 ago. 2024.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *O que é a Corte IDH?*. 2024. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm. Acesso em: 11 jul. 2024.
- CUNHA DE MOURA, S. N. *Estupro de mulheres como crime de guerra sob as perspectivas feministas*. 2016. 198. f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016.
- FLÁVIA BIROLI. "Agentes imperfeitas: contribuições do feminismo para a análise da relação entre autonomia, preferências e democracia". *Revista Brasileira de Ciência Política* n. 9. Brasília, setembro-dezembro de 2012.
- GERDA LERNER. *A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens*. Cultrix, São Paulo, SP, 2019.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 5: Igualdade de Gênero*. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ods/ods5.html>. Acesso em: 11 ago. 2024.
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. Geneva Conventions and their Commentaries. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/law-and-policy/geneva-conventions-and-their-commentaries>. Acesso em: 10 jul. 2024.

- JEAN WOOD, E. "Conflict-related sexual violence and the policy implications of recent research". *International Review Of The Red Cross*, v. 96, n. 894, p. 472 - 474, jun. 2014.
- JOSEPH SCHULHOFER, S. *Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and the Failure of Law*. Harvard University Press, Londres, 1998.
- JUAREZ FREITAS. *A interpretação Sistemática do Direito*. Malheiros Editores, São Paulo, 1995.
- KAY AMBOS. "Violência Sexual Nos Conflitos Armados e o Direito Penal Internacional". *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 8, p.407 - 408, jul - dez 2012.
- LOS RIOS, M L. "Por los derechos humanos de las mujeres: la Ley General de Acceso de las Mujeres a una vida libre de violencia". *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, v. XLIX, n. 200, p. 143-165, maio-ago, 2007.
- NAÇÕES UNIDAS. *Conflitos da atualidade*. 2024. Disponível em: <https://unric.org/pt/conflitos-da-atualidade>. Acesso em: 27 jul. 2024.
- NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaração-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 29 ago. 2024.
- NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Guterres promete reduzir envolvimento da ONU em casos de abuso sexual*. 2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/175239-guterres-promete-reduzir-envolvimento-da-onu-em-casos-de-abuso-sexual>. Acesso em: 15 jul. 2024.
- NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Organização das Nações Unidas. *OMS: uma em cada 3 mulheres em todo o mundo sofre violência*. 2021. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/115652-oms-uma-em-cada-3-mulheres-em-todo-o-mundo-sofre-viol%C3%Aancia>. Acesso em: 20 jul. 2024.
- NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Organização Mundial da Saúde. *OMS aborda consequências da violência sexual para saúde das mulheres*. 2018. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/80616-oms-aborda-consequ%C3%Aancias-da-viol%C3%Aancia-sexual-para-sa%C3%BAde-das-mulheres>. Acesso em: 28 jul. 2024.
- NAÇÕES UNIDAS. *Equidade de gênero permanece distante para 99% das mulheres e meninas*. ONU News, 18 jul. 2023. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2023/07/1817692>. Acesso em: 11 jul. 2024.
- NAÇÕES UNIDAS. *Exploração e abuso sexual: ONU diz que abordagem centrada na vítima produz resultados positivos*. 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/03/1664711>. Acesso em: 15 jul. 2024.
- NAÇÕES UNIDAS. *ONU cria equipe de resposta a abusos sexuais cometidos por tropas de paz*. 2016. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2016/03/1543341>. Acesso em: 29 ago. 2024.
- NAÇÕES UNIDAS. *ONU destaca subnotificação e estigma da violência sexual em conflitos*. 2024. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2023/08/1822342>. Acesso em: 11 jul. 2024.
- NAÇÕES UNIDAS. *ONU: Cerca de metade das mulheres em 57 países não têm autonomia em relação ao seu corpo*. Disponível em: <https://unric.org/pt/onu-cerca-de-metade-das-mulheres-em-57-paises-nao-tem-autonomia-sob-o-seu-corpo/>. Acesso em: 30 jul. 2024.
- OLIVEIRA MAZZUOLI, V. *Curso de Direito Internacional Público*. 9. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Global, regional and national estimates for intimate partner violence against women and global and regional estimates for non-partner sexual violence against women*. Disponível em: <https://who.canto.global/s/KDE1H?viewIndex=0>. Acesso em: 10 jul. 2024.
- ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *Violência contra as mulheres*. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/topics/violence-against-women>. Acesso em: 26 jul. 2024.

- PEREIRA GURGEL, Y. M. *Conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana e suas implicações jurídicas na realização dos direitos fundamentais*. 2018. 218 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Direitos e Ciências Jurídicas, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018.
- PEREIRA GURGEL, Y. M. *Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho*. 2007. 311 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.
- RAEWYN CONNELL. *Masculinities*. University of California Press, Berkeley e Los Angeles, 2005.
- ROBERTO BARROSO, L. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo – a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. Fórum, Belo Horizonte, 2016.
- SÁ ROLLEMBERG, L. Violência sexual no direito internacional humanitário. *O Cosmopolítico*, Niterói/RJ, v. 5, n. 1, p. 04, jun. 2018.
- SIMONE DE BEAUVOIR. *Le deuxième sexe: les faits et les mythes*. France Loisirs, Paris 1990.
- SOUZA NUCCI, G. *Manual de Direito Penal*. – 16. ed. Forense, Rio de Janeiro, 2020.
- SUSAN BROWNMILLER. *Against our will: Men, Women and Rape*. Penguin, Londres, 1975.
- TACHOU-SIPOWO, A. G. "The Security Council on women in war: between peacebuilding and humanitarian protection". *International Review of the Red Cross*, v. 89, n. 877, p. 91-125, Mar. 2010.
- UNITED NATIONS POPULATION FUND (UNFPA). *Research on Factors That Determine Women's Ability to Make Decisions about Sexual and Reproductive Health and Rights*. Volume I. UNFPA, New York, USA, 2019.
- UNITED NATIONS. *History of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*. Disponível em: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/history.htm>. Acesso em: 29 ago. 2024.
- UNITED NATIONS. *Mission report: official visit of the Office of the SRSG-SVC to Israel and the occupied West Bank, 29 January - 14 February 2024*. 2024. Disponível em: <https://www.un.org/sexualviolenceinconflict/wp-content/uploads/2024/03/report/mission-report-official-visit-of-the-office-of-the-srsg-svc-to-israel-and-the-occupied-west-bank-29-january-14-february-2024/20240304-Israel-oWB-CRSV-report.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.
- UNITED NATIONS. *Report on the human rights situation in Ukraine: 1 February - 31 July 2023*. 2023. Disponível em: <https://ukraine.un.org/en/248372-report-human-rights-situation-ukraine-1-february-31-july-2023>. Acesso em: 29 ago. 2024.
- UNITED NATIONS. *The Paths to Equal: Twin Indices on Women's Empowerment and Gender Equality*. 2023. Disponível em: <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2023/07/the-paths-to-equal-twin-indices-on-womens-empowerment-and-gender-equality>. Acesso em: 11 ago. 2024.
- UNITED NATIONS; CARE INTERNATIONAL. *Rapid Gender Analysis of Ukraine*. 2022. Disponível em: <https://eca.unwomen.org/en/digital-library/publications/2022/05/rapid-gender-analysis-of-ukraine-0>. Acesso em: 11 ago. 2024.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 25. Núm. Extraordinario (2024), pp. 292-308
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Enfrentando desigualdades: o desafio do acesso e direito ao saneamento básico no Brasil

Addressing inequalities: the challenge of access and the right to basic sanitation in Brazil

Jonilson Pereira da Silva¹

Sérgio Alexandre de Moraes Braga Júnior²

Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN

Sumário: 1. Introdução. 2. Saneamento básico e desenvolvimento sustentável. 3. Desigualdade de acesso ao saneamento e dignidade humana em entrave. 4. Políticas públicas e a questão: como enfrentar as desigualdades? 5. Considerações finais. 6. Referências.

Resumo: Em decorrência da procura pela concretização dos serviços de saneamento básico no Brasil, a presente pesquisa tem como foco compreender a problemática que se relaciona à desigualdade social no país. Faz-se o aporte jurídico e social frente a ausência de políticas de saneamento, o que impede a fruição do bem-estar pleno da população, em especial, ao público mais carente. Foi feita revisão bibliográfica em artigos e periódicos, bem como pesquisa sobre a universalização que se propõe o Novo Marco Legal do Saneamento Básico e o desafio do cumprimento da agenda ONU. São apontadas questões sociojurídicas sobre as desigualdades, em consonância a ausência dos serviços públicos, no contexto dos direitos fundamentais e humanos, e na necessidade de o Estado resguardar esses direitos. Soma-se a isso a noção de sustentabilidade para o resguardo de um ambiente equilibrado para gerações presentes e futuras, e a busca pela redução das assimetrias sociais.

Palavras-chave: Desigualdade social. Saneamento básico. Desenvolvimento sustentável. Direitos Humanos. Constituição Federal de 1988.

¹ Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (PPGD-UFRN), com área de concentração em Constituição e Garantia de Direitos. Pós-graduado em Direitos Humanos (Legale Educacional) e em Direito Minerário (Faculdade Única de Ipatinga). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN-CERES). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5113973918315000>. E-mail: jonilsonpe@gmail.com.

² Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2021). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2005). Professor Adjunto IV da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) e Professor Associado IV da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8429436981406857>. E-mail: s.alexandre.prof@gmail.com.

Abstract: Due to the pursuit of realizing basic sanitation services in Brazil, this research focuses on understanding the issues related to social inequality in the country. It examines the legal and social aspects concerning the lack of sanitation policies, which prevents the full well-being of the population, especially the most vulnerable groups. A literature review of articles and journals was conducted, as well as research on the universalization proposed by the New Basic Sanitation Legal Framework and the challenge of meeting the UN agenda. Socio-legal issues concerning inequalities are highlighted, in line with the absence of public services, within the context of fundamental and human rights, and the need for the state to protect these rights. Additionally, the concept of sustainability is considered for maintaining a balanced environment for present and future generations, and the aim to reduce social asymmetries.

Keywords: Social inequality. Basic sanitation. Sustainable development. Human Rights. Federal Constitution of 1988.

1. Introdução

O acesso à água e ao saneamento básico é uma preocupação mundial, em consideração que é direito humano reconhecido na Resolução nº 64/292, de 2010, da Organização das Nações Unidas (ONU). Levando-se em conta a obtenção do seu fornecimento, o alcance ainda é precário, especialmente para as populações em vulnerabilidade social e das camadas mais distantes da sociedade.

A discussão também se estende para a temática da sustentabilidade, que está interligada à matéria ambiental e à busca pelo equilíbrio e qualidade de vida da sociedade. Desse modo, o trabalho se refere também aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) nº 11, em busca de cidades e comunidades sustentáveis, com a habitação adequada.

No cenário nacional, o estudo do “Censo Demográfico 2022”, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), revela que questões básicas de saneamento não contemplam toda a população. Somando-se a isso, pesquisas do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), no ano de referência de 2022, indicam que 84,9% (oitenta e quatro vírgula nove por cento) da população é atendida com a rede de água, enquanto 56% (cinquenta e seis por cento) conta com a rede de esgoto.

Sobre o problema de pesquisa, questiona-se: qual a relevância da defesa ao acesso à água e saneamento, previsto como direito humano, para o bem-estar populacional e para a redução de desigualdades? Esta indagação proporciona a interação da legislação pátria, que atua na promoção da defesa do saneamento e na qualidade de vida populacional. A problemática tende então para a compreensão da legislação na organização do espaço frente às mudanças, e promove destacar a importância da obtenção para os cidadãos e meio ambiente.

Nota-se a importância de se proporcionar políticas públicas adequadas para o fornecimento dos serviços, tanto para a distribuição de água, como ao saneamento básico no país, em consideração a disparidade das regiões brasileiras e a situação crítica. Aqui, é feito um panorama geral das condições de água e saneamento no país, e as atribuições enfrentadas, principalmente ao que toca a vida digna. Em específico, o trabalho refere-se às temáticas da dignidade da pessoa humana com a oferta e distribuição de água e esgoto.

A pesquisa se direciona para a noção do saneamento básico como um direito social, no que abrange os serviços públicos, sobre a utilização da água como fundamental para as pessoas e o esgotamento sanitário, principalmente quanto aos resíduos no ambiente e para a saúde pública habitacional.

Relaciona-se também à natureza, e não só à vida dos habitantes e o acesso destes. De início, é abordado sobre a água e o saneamento conjuntamente, tendo-se em consideração que são entrelaçados, o que inclui o esgotamento sanitário, o abastecimento de água e suas utilizações. A pergunta que se coloca é: “o direito à água e ao saneamento refletem em algo?”. A resposta considera então, a indicação para o

desenvolvimento humano, na preservação ambiental, na economia e na saúde, entre outras questões que serão vistas a seguir.

Delimita-se o tema tecendo sobre a disponibilidade do saneamento e a procura pela redução das desigualdades frente a isso. Justificando-se então a importância do debate acadêmico e social, frente a busca pelo equilíbrio e o fornecimento de políticas públicas adequadas e sustentáveis.

A presente pesquisa é de natureza bibliográfica e documental, a compreender o direito à água e ao saneamento como um direito humano e social, bem como a sua influência na redução de desigualdades. Tem-se o objetivo descritivo, na compreensão do tema perante a legislação vigente e a perspectiva social e jurídica.

Ademais, a abordagem mostra-se qualitativa e o método dedutivo, a partir dos conhecimentos gerais coletados pela revisão de literatura, através da feição bibliográfica e dos dados já indicados, com base em artigos, periódicos e em documentos virtuais disponibilizados por órgãos governamentais, com aporte da Lei 14.026/2020 (Novo Marco Legal do Saneamento Básico), da Lei 12.305/2010 (Política Nacional de Resíduos Sólidos) e a Constituição Federal de 1988.

O Brasil, em consideração à sua extensão, possui realidades diferentes em cada parte do seu território, com características e desenvolvimentos próprios. Aqui, se perfaz a delimitação breve no tocante ao saneamento básico, apontando questões díspares e do desenvolvimento. Nota-se também os objetivos da Agenda ONU para os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), a ilustrar, em especial à água potável e saneamento (ODS 6), e as cidades e comunidades sustentáveis (ODS 11), no que reflete ao tema da sustentabilidade.

2. Saneamento básico e desenvolvimento sustentável

A temática do saneamento básico se coaduna em reflexos ambientais e consequentemente, pode contribuir com abalos à saúde coletiva e econômica. Nesse sentido, ele é apontado na Constituição em algumas situações, como por exemplo no art. 21, inciso XX, o qual compete a União estabelecer diretrizes para o desenvolvimento urbano, habitação, saneamento; assim como, presente no art. 23, com competência entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para o desenvolvimento de condições habitacionais e de saneamento; e até mesmo no art. 200, ligado ao sistema único de saúde.³

A lei nº 14.026/2020, que atualiza o marco legal do saneamento básico, indica a definição na redação do art. 3º da lei nº 11.445/2007 (das diretrizes nacionais), conceituando o saneamento básico como “conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais” que envolve o abastecimento de água, o esgotamento sanitário, a limpeza urbana e resíduos sólidos, drenagem de águas pluviais.⁴

Nesse sentido, o assunto do saneamento vai além de uma imagem da estética urbana, relacionada a um “esgoto a céu aberto”, mas se direciona aos direitos humanos e fundamentais, como é o caso do direito à saúde e à vida.⁵ Contempla-se assim diversas diretrizes relacionadas à vida urbana, em sociedade e em comunhão ambiental.

Na indicação das contribuições dos serviços, esses são direcionadas pela visão conjunta entre os quatro componentes: abastecimento de água potável; esgotamento sanitário; limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, desse modo, essa perspectiva integrada busca se unir às políticas de

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 ago. 2024.

⁴ BRASIL. *Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020*. Atualiza o marco legal do saneamento básico [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/2020/2020/Lei/L14026.htm#view. Acesso em: 1 ago. 2024.

⁵ PIRES-OLIVEIRA, T. “Brasileiro pula em esgoto e não acontece nada: senso comum, fins do estado e o saneamento básico como direito social”. *InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais*, Brasília, Pré-publicação, 2022, p. 4-5.

combate à pobreza, a proporcionar a saúde; com favorecimento ao meio ambiente e outras áreas que contribuam com a qualidade de vida pelas atividades de saneamento.⁶

O abastecimento de água potável é fundamental para a sobrevivência humana, sendo utilizado em várias atividades residenciais e comerciais. Após o uso doméstico, a água transforma-se em esgoto devido a ações como lavagens de louça e de banheiros, por exemplo. Esse esgoto deve ser tratado antes de retornar aos corpos hídricos, também para evitar a poluição.

De igual modo, a coleta do esgotamento sanitário bem como seu tratamento são importantes para o saneamento básico, pela manutenção da saúde pública e corpos hídricos, em consideração que a água tornará esgoto após as utilizações.⁷ A poluição ambiental deve ser evitada, assim como se faz fundamental o saneamento.

Deve existir de forma balanceada a utilização de recursos, de maneira consciente para que não restem prejudicadas as gerações que virão, nem as presentes gerações. Para mais, essa é a proposta do desenvolvimento sustentável, assim como, necessita-se de planejamento e administração de recursos, relembrando a inserção do saneamento básico e das políticas para o fornecimento de água e tratamento de resíduos, sendo na ausência destes a contribuição para proliferação de doenças e do abalo na saúde pública.⁸

Somando-se a isso, a indicação Constitucional sobre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado⁹, previsto no art. 225, é reconhecido como de terceira dimensão, sendo assim, um direito difuso e coletivo, envolvendo setores econômicos, sociais, políticos, ao ter referência ao desenvolvimento sustentável discutido na Conferência das Nações Unidas em 1972, sobre o meio ambiente.¹⁰ A perspectiva dessa temática se amolda também ao uso da água e saneamento, referenciado como direito humano pela Organização das Nações Unidas (ONU) consagrado em 2010 na Resolução nº 64/292¹¹, condições para que sejam desfrutados os outros direitos humanos e a responsabilidade do Estado de promover e proteger os direitos.

Sendo assim, a sustentabilidade se preocupa com o uso dos recursos. Nesse caso, se não há a garantia de um direito básico, no exemplo do saneamento, não existe em que falar sobre o desenvolvimento e a sustentabilidade.¹²

A interdependência entre diversos direitos reforça a questão da luta contra à pobreza, em consideração a falta do acesso às necessidades básicas como das atividades de saneamento e água. Desse modo, a falta de recursos naturais para se

⁶ BRASIL. Ministério das Cidades. *Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS (Diagnóstico Temático, Serviços de Água e Esgoto)*. Brasília, 2023, p. 6.

⁷ BRASIL. Ministério das Cidades. *Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS (Diagnóstico Temático, Serviços de Água e Esgoto)*. Brasília, 2023, p. 15; p. 59.

⁸ MILHOMEM OLIVEIRA, C. R. et al. "Saneamento básico e a relação intrínseca com o desenvolvimento sustentável: um desafio frente à desigualdade socioeconômica na Região Norte". *Meio Ambiente (Brasil)*, v. 3, n. 3, 2021, p. 68.

⁹ Sobre o art. 225 da Constituição Federal de 1988, Fabiano Petrovich Bezerra destaca que o meio ambiente ecologicamente equilibrado remete-se à terceira geração dos direitos fundamentais, e é necessário para a qualidade de vida.

PETROVICH BEZERRA, F. C. "O meio ambiente na Constituição Federal de 1988: um olhar sobre os princípios constitucionais ambientais". *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, v. 1, n. 02, 2007, p. 9.

¹⁰ DYTZ MARIN, J.; FERRI BURGEL, C. "Perspectivas para redução das desigualdades socioambientais geradas pela não concretização do direito humano de acesso à água". *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 15, n. 2, 2020, p. 4-5.

¹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU [Naciones Unidas]. *Res. 64/292, El derecho humano al agua y el saneamiento*. 2010. Disponível em: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n09/479/38/pdf/n0947938.pdf>. Acesso em 5 ago. 2024.

¹² MILHOMEM OLIVEIRA, C. R. et al. "Saneamento básico e a relação intrínseca com o desenvolvimento sustentável: um desafio frente à desigualdade socioeconômica na Região Norte". *Meio Ambiente (Brasil)*, v. 3, n. 3, 2021, p. 68.

manter a qualidade de vida, como do saneamento e da falta de acesso à água, mostram-se como elementos geradores da pobreza.¹³

Em outra perspectiva, Amartya Sen aduz a um mundo de problemas, com a constância da pobreza e questões indispensáveis não satisfeitas, contra a sustentabilidade, a economia e a sociedade em seu livro "Desenvolvimento como liberdade". Ele expõe que o desenvolvimento pode ser notado intrinsecamente com a realização das liberdades, que dependem de fatores como serviços de educação e de saúde, e essa falta dessas liberdades se interliga a pobreza, impedindo assim de que as pessoas desfrutem de outras questões, que acabam por se correlacionar à fome, às condições de habitação e saneamento básico.¹⁴ Dessa maneira, são as oportunidades mostradas que contribuem para que seja exercida a vida em dignidade e qualidade.

As questões de desenvolvimento perpassam a seara ambiental, e que têm influência direta na vida plena da sociedade em comunhão com o ambiente, e consequentemente, com a qualidade de vida. Nessa esteira, ao se direcionar para Amartya Sen e às liberdades do indivíduo, reforça-se o papel do desenvolvimento individual que é possibilitado por políticas sociais e econômicas, incluindo o acesso à saúde que é um dos fatores contribuidores para as liberdades, para que o humano atue, assim, com suas capacidades.¹⁵

O desenvolvimento sustentável representa um desafio, no qual demanda estratégias e enfoque na proteção ambiental. Segundo Ignacy Sachs¹⁶, o desenvolvimento é reconceituado como a ligação de todos os direitos humanos, políticos e sociais, juntamente ao meio ambiente. Dessa forma, o meio ambiente é alicerce para os caminhos do desenvolvimento e qualidade de vida habitacional.

O desenvolvimento humano, segundo Grin *et al.*,¹⁷ deve compreender o aprimoramento das capacidades para ter efeito, a se alcançar uma vida boa, por essa vertente, e referenciando Amartya Sen, indica que o desenvolvimento regional surge para promover aos cidadãos um ambiente que não esteja em consonância à fome, ao preconceito, e que seja saudável com acesso à água e questões territoriais.

As atividades ligadas à água e saneamento não devem promover discriminação. É essencial garantir que não haja exclusão de grupos e populações marginalizadas, e que os prestadores de serviços trabalhem em colaboração com autoridades locais e nacionais.¹⁸ Da mesma forma, essas atividades devem ser sustentáveis para garantir o acesso às futuras populações, prezando pelos direitos humanos, economicamente, e incluindo boas práticas de serviços, com perspectivas que vão além do curto prazo de observância.¹⁹

As influências das questões ambientais são refletidas internacionalmente, como evidenciados por eventos significativos quanto à essa temática, como a Conferência de Estocolmo em 1972 e a Rio-92, que foram essenciais para o debate sobre a sustentabilidade. A Conferência de Estocolmo, realizada no ano de 1972, destacou novos desafios, a mencionar a influência do desenvolvimento da economia, as questões

¹³ DYTZ MARIN, J.; FERRI BURGEL, C. "Perspectivas para redução das desigualdades socioambientais geradas pela não concretização do direito humano de acesso à água". *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 15, n. 2, 2020, p. 12-14.

¹⁴ AMARTYA SEN. *Desenvolvimento como liberdade*. Companhia das Letras, São Paulo, SP, 2010, p. 9-16.

¹⁵ DYTZ MARIN, J.; FERRI BURGEL, C. "Perspectivas para redução das desigualdades socioambientais geradas pela não concretização do direito humano de acesso à água". *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 15, n. 2, 2020, p. 15.

¹⁶ IGNACY SACHS. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Garamond, Rio de Janeiro, 2002, p. 58-60.

¹⁷ JOSÉ GRIN, E. *et al.* O mapa regional das múltiplas desigualdades e do desenvolvimento humano no Brasil. *Direitos humanos e desigualdade no Brasil*, 2021, p. 104. Disponível em: https://eaesp.fgv.br/sites/eaesp.fgv.br/files/pesquisa-eaesp-files/arquivos/b1_-_d521976c-0e1d-2ab6-d285-cacde252c490.pdf. Acesso em: 5 ago. 2024.

¹⁸ ROBERT BOS, *et al.* *Manual sobre os Direitos Humanos à água potável e saneamento para profissionais*. IWA Publishing, Reino Unido, 2017, p. 29.

¹⁹ ROBERT BOS, *et al.* *Manual sobre os Direitos Humanos à água potável e saneamento para profissionais*. IWA Publishing, Reino Unido, 2017, p. 29-30.

dos impacto ambientais e do desenvolvimento sustentável. Esses temas reforçam a busca pela preservação dos recursos para as gerações presentes e futuras na discussão e importância ecológica.²⁰

Somando-se a isso, a Rio-92 ou Eco-92, que foi a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, também abordou questões ambientais importantes. No Brasil, outro fundamental dispositivo é o da Agenda ONU 2030, que se destaca com diversos aspectos, incluindo água e saneamento, o resguardo dos ecossistemas e outros temas que exigiam apontamentos específicos.²¹

Em conformidade com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), notam-se questões relacionadas ao desenvolvimento regional, interligadas a outros assuntos do desenvolvimento humano, social, ambiental e econômico. Isso proporciona uma visão geral do desenvolvimento sustentável conforme discutido na Agenda ONU.

Robert Bos, David Alves, Carolina Latorre e outros autores²² mencionam a Assembleia Geral da ONU de 2015, que aprovou os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS). Esses objetivos orientam o planejamento e desenvolvimento em diversos países, com níveis de rendimento diferentes, apontado a sustentabilidade econômica, ambiental e social, onde incluem a meta de garantir o acesso universal à água potável, saneamento e higiene, visando reduzir desigualdades.²³

Nessa senda, alguns aspectos discutidos na assembleia reverberam a interligação dos temas aqui tratados, como por exemplo o ODS 6 (água potável e saneamento), que considera a água como indispensável para a existência, e sua relação à higiene, saneamento básico e diminuição da poluição e do despejo inadequado. Para Alves *et al.*, “as vulnerabilidades relativas ao saneamento básico são agravadas por questões sociais, econômicas e políticas, ocasionando nas desigualdades de acesso a saneamento, a falta de investimentos adequados”²⁴, somados à ausência de conscientização sobre seu uso e importância.

Do mesmo modo, o ODS 11 (cidades e comunidades sustentáveis) procura promover cidades harmônicas com a sustentabilidade, inclusivas para a população vulnerável e com diminuição do impacto ambiental. De acordo com Oliveira²⁵, o ODS 11 está alinhado com a melhoria da vida urbana, a qualidade de vida e universalização do saneamento básico.

3. Desigualdade de acesso ao saneamento e dignidade humana em entrave

A falta de acesso à água potável e a coleta de esgoto afeta predominantemente as populações mais carentes e marginalizadas. A desigualdade regional se manifesta especialmente em cidades pequenas e áreas distantes dos grandes centros urbanos, se for feita pesquisa entre regiões.²⁶ A falta do saneamento básico compromete a saúde, o bem-estar dos habitantes e o crescimento econômico, além de atingir negativamente o meio ambiente.

²⁰ SANTOS DIAS, T. “A Conferência de Estocolmo – 1972 para a política externa e ambiental do Brasil”. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, v. 17, n. 1, 2022, p. 54-61.

²¹ DORNELES TRENNPOHL, T.; OMENA VASCONCELLOS, A. K. “O princípio da precaução no direito ambiental brasileiro”. *Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, v. 17, n. 36, 2022, p. 25-26.

²² ROBERT BOS, *et al.* *Manual sobre os Direitos Humanos à água potável e saneamento para profissionais*. IWA Publishing, Reino Unido, 2017, p. 97.

²³ ROBERT BOS, *et al.* *Manual sobre os Direitos Humanos à água potável e saneamento para profissionais*. IWA Publishing, Reino Unido, 2017, p. 97.

²⁴ DUTRA ALVES, F. G. *et al.* “Vulnerabilidades social e saneamento básico na perspectiva do desenvolvimento sustentável”. *Interfaces Científicas-Saúde e Ambiente*, v. 9, n. 3, 2024, p. 301.

²⁵ MARQUES DE OLIVEIRA, R. *Políticas Públicas de recursos hídricos e saneamento: integração facilitada por mecanismos de regulação*. 2024. 77 f. Dissertação (Mestrado em Gestão e Regulação de Recursos Hídricos) – Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Engenharia de Ilha Solteira (UNESP), Ilha Solteira, SP, 2024, p. 15.

²⁶ MILHOMEM OLIVEIRA, C. R. *et al.* “Saneamento básico e a relação intrínseca com o desenvolvimento sustentável: um desafio frente à desigualdade socioeconômica na Região Norte”. *Meio Ambiente (Brasil)*, v. 3, n. 3, 2021, p. 64.

Nesse contexto, a presença das atividades de saneamento pode contribuir para o equilíbrio não somente ambiental, mas possibilitando a fruição da qualidade de vida, garantindo o direito à vida digna. A qualidade de vida também reflete a harmonia com o ambiente para todas as gerações, como aponta o art. 225 da Constituição Federal.²⁷

De acordo com o Instituto Trata Brasil, Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) que pesquisa informações sobre o saneamento básico e os recursos hídricos, foi levantado estudo sobre a população nacional embasado em outras pesquisas, entre os anos de 2013 e 2022, apontando questões de privação dos serviços de saneamento básico. O documento intitulado “A vida sem saneamento – para quem falta e onde mora essa população”²⁸ teve, entre as principais informações, que um a cada dois brasileiros reside com alguma falta de saneamento: seja pela falta de que a residência não esteja interligada ao abastecimento de água; ou não tem regularidade no acesso; falta reservatório para armazenamento; ou pela ausência da rede coletora de esgoto; e ausência de banheiro, sendo 102,7 (cento e dois vírgula sete) milhões de brasileiros nessas condições em 2022.

O estudo sobre “A vida sem saneamento” revelou que, no ano de 2022, a privação da obtenção à rede de coleta de esgoto atingiu 69,7 (sessenta e nove vírgula sete) milhões de pessoas, das quais quase 60% (sessenta por cento) moravam nas regiões Nordeste e Norte.²⁹ Também, notou-se que a privação do saneamento é mais prevalente em áreas rurais, em cidades interioranas ou em periferias de grandes centros urbanos, atingindo pessoas pobres, que enfrentam carência de recursos financeiros para uma vida com dignidade.³⁰

Somando-se a isso, dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), vinculado ao Ministério das Cidades, conforme o documento “Diagnóstico Temático Serviços de Água e Esgoto, ano de referência 2022”, indicam que o atendimento total de água com redes públicas no abastecimento contempla 84,9% (oitenta e quatro vírgula nove por cento) da população; já na rede de esgoto, são atendidas 56% (cinquenta e seis por cento) da população.³¹

Quanto aos números de atendimento da população com o abastecimento de água, a porcentagem mais baixa refere-se à região Norte, com 64,2% (sessenta e quatro vírgula dois por cento), enquanto a porcentagem maior refere-se a região Sul, com 91,6% (noventa e um vírgula seis por cento). No que diz respeito ao atendimento com rede de esgotamento, são atendidas 56% (cinquenta e seis por cento) da população, sendo o maior atendimento perante a região Sudeste, com 80,9% (oitenta vírgula nove por cento), e a menor na região Norte do país, com 14,7% (quatorze vírgula sete por cento).³²

²⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 ago. 2024.

²⁸ INSTITUTO TRATA BRASIL. *A vida sem saneamento – Para quem falta e onde mora essa população?*. São Paulo, 2023, p. 6. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/a-vida-sem-saneamento-para-quem-falta-e-onde-mora-essa-populacao/>. Acesso em 12 ago. 2024.

²⁹ INSTITUTO TRATA BRASIL. *A vida sem saneamento – Para quem falta e onde mora essa população?*. São Paulo, 2023, p. 6-9. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/a-vida-sem-saneamento-para-quem-falta-e-onde-mora-essa-populacao/>. Acesso em 12 ago. 2024.

³⁰ INSTITUTO TRATA BRASIL. *A vida sem saneamento – Para quem falta e onde mora essa população?*. São Paulo, 2023, p. 6-9. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/a-vida-sem-saneamento-para-quem-falta-e-onde-mora-essa-populacao/>. Acesso em 12 ago. 2024.

³¹ BRASIL. Ministério das Cidades. *Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS (Diagnóstico Temático, Serviços de Água e Esgoto)*. Brasília, 2023, p. 32; p. 70. Disponível em: https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produtos-do-snis/diagnosticos/DIAGNOSTICO_TEMATICO_VISAO_GERAL_AE_SNIS_2023.pdf. Acesso em: 01 ago. 2024.

³² BRASIL. Ministério das Cidades. *Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS (Diagnóstico Temático, Serviços de Água e Esgoto)*. Brasília, 2023, p. 32; p. 70. Disponível em: https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produtos-do-snis/diagnosticos/DIAGNOSTICO_TEMATICO_VISAO_GERAL_AE_SNIS_2023.pdf. Acesso em: 01 ago. 2024.

O distanciamento, a disparidade de classes e a pobreza são questões enfrentadas socialmente no Brasil, o que demanda uma discussão sociopolítica voltada para a implementação de direitos, especialmente no que tange ao saneamento.³³ Assim, cabe a existência fundamental de um Estado que não segregue e que assegure condições de habitação adequadas, a fim de impedir a estratificação e marginalização da realidade das populações, em conformidade aos arts. 3º³⁴, 170³⁵, 200³⁶ e 225³⁷ da Constituição Federal de 1988.

Sobre as informações elencadas no Censo Demográfico, referentes ao ano de 2022, as condições de saneamento também mudam conforme a cor ou raça populacional e não alcançam toda a população. Desse modo, comumente pessoas amarelas ou brancas possuem maior conexão e serviços de saneamento básico com instalações em suas casas, e as de cor preta, parda ou indígena possuem índices menores.³⁸

Ao que se direciona para uma vida digna, cabe lembrar do mínimo existencial, que nas palavras de Oliveira *et al.*,³⁹ é necessário para a promoção da dignidade da pessoa humana, e que, com as incumbências disponíveis de saneamento, mostram como fundamentais para um ambiente saudável e de contribuição para a habitação digna. Assim, esse patamar mínimo proporciona o exercício das liberdades e da existência humana, o que possibilita a participação na sociedade igualmente.

Para Pires-Oliveira, “estas importantes atividades associadas ao saneamento básico se vinculam a questões íntimas àquilo que poder-se-ia considerar como o mínimo

snis/diagnosticos/DIAGNOSTICO_TEMATICO_VISAO_GERAL_AE_SNIS_2023.pdf. Acesso em: 01 ago. 2024

³³ PIRES-OLIVEIRA, Thiago. “Brasileiro pula em esgoto e não acontece nada: senso comum, fins do estado e o saneamento básico como direito social”. *InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais*, Brasília, Pré-publicação, 2022, p. 4-5.

³⁴ “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 ago. 2024.

³⁵ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais [...].”

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 ago. 2024.

³⁶ “Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: [...] IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico”;

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 ago. 2024.

³⁷ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações [...].”

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 ago. 2024.

³⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Censo 2022: Características dos domicílios - Resultados do universo*. IBGE, Rio de Janeiro, 2024, p. 6 e p. 50.

³⁹ MILHOMEM OLIVEIRA, C. R. *et al.* “Saneamento básico e a relação intrínseca com o desenvolvimento sustentável: um desafio frente à desigualdade socioeconômica na Região Norte”. *Meio Ambiente (Brasil)*, v. 3, n. 3, 2021, p. 66 a 67.

para a existência de um ser vivo”.⁴⁰ As desigualdades são influenciadas pelas condições e capacidades dos domicílios, incluindo o pagamento de tarifas de serviço, os custos associados, que estão interligados com as noções de renda dos habitantes, além de considerações educacionais e culturais que contribuem para que os indivíduos estejam cientes das causas que impactam positiva ou negativamente o saneamento.⁴¹ Em outras palavras, o saneamento básico é direcionado para garantir o mínimo existencial. As desigualdades refletidas tendem a estar relacionadas à capacidade das habitações, fatores de conscientização, aspectos culturais e educacionais, bem como pagamento de tarifas e fatores econômicos.

Para mais, as atividades públicas prestadas direcionadas ao abastecimento de água, esgoto, drenagem e limpeza urbana não alcançam a sociedade e todas as pessoas de maneira uniforme, mostrando-se desigual em todo o país, seja por sua utilização, estruturas implementadas ou pelos serviços direcionados.⁴² Assim, é mostrado que existem pessoas que não têm nenhum acesso a essas condições, seja pelo seu rendimento ou ausência de oferta.

Marin e Burgel mencionam que a falta dessas incumbências prejudica a concretização dos direitos humanos, e aponta que “a falta de acesso à água e ao saneamento básico é um fator prejudicial à saúde ambiental e social”, sendo a dignidade humana constituída por esses direitos.⁴³

Silva, Magalhães e Junior⁴⁴ reforçam que é um desafio o enfrentamento da desigualdade no Brasil sobre o esgotamento sanitário e o tratamento, notando a importância da infraestrutura que funcione, em adaptação a situação de cada localidade e implementando-a para o acesso dos habitantes.

Em continuidade, as informações do Panorama do Saneamento Básico, de 2014, já notificavam a problemática dos recursos dos habitantes, as situações de renda e de vulnerabilidade, apontando “quanto menor a renda, maior é a suscetibilidade a um acesso inadequado a abastecimento de água”. E quanto ao grau de escolaridade, “quanto menor o número de anos de estudo, mais vulnerável a pessoa se encontrará por não ter acesso adequado a abastecimento de água”.⁴⁵ Dessa forma, as observações sobre as desigualdades sociais perpassam muitos núcleos, seja de renda, escolaridade, cor, região.

É importante lembrar, também, que inexistente hierarquia entre o direito ao saneamento e água, visto a sua conexão, em consideração que os dois são fundamentais para o bem-estar e qualidade de vida, também no que leva em conta ao fator de higiene

⁴⁰ PIRES-OLIVEIRA, T. “Brasileiro pula em esgoto e não acontece nada: senso comum, fins do estado e o saneamento básico como direito social”. *InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais*, Brasília, Pré-publicação, 2022, p. 4.

⁴¹ SANTEJO SAIANI, C. C.; TONETO JÚNIOR, R.; JUSCELINO DOURADO. “Desigualdade de acesso a serviços de saneamento ambiental nos municípios brasileiros: evidências de uma Curva de Kuznets e de uma Seletividade Hierárquica das Políticas?”. *Nova Economia*, v. 23, n. 3, 2013, p. 658.

⁴² BRASIL. Ministério das Cidades e Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. *Panorama do Saneamento Básico no Brasil – Vol 2: Análise situacional do déficit em saneamento básico*. MORAES, Luiz Roberto Santos (coord.). Ministério das Cidades/Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, Brasília, 2014, p. 65.

⁴³ DYTZ MARIN, J.; FERRI BURGEL, C. “Perspectivas para redução das desigualdades socioambientais geradas pela não concretização do direito humano de acesso à água”. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 15, n. 2, 2020, p. 5 a 6.

⁴⁴ VIEIRA SILVA, T. M.; GLAUCIANE MAGALHÃES; MAURO JUNIOR. “Panorama do esgotamento sanitário em Nova Iguaçu: expectativas em relação ao novo marco do saneamento”. In: Simpósio Nacional de Gestão e Engenharia Urbana, 4., 2023. *Anais*. ANTAC, Porto Alegre, 2023. Disponível em: <https://eventos.antac.org.br/index.php/singeurb/article/view/3604>. Acesso em: 15 ago. 2024.

⁴⁵ BRASIL. Ministério das Cidades e Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. *Panorama do Saneamento Básico no Brasil – Vol 2: Análise situacional do déficit em saneamento básico*. Ministério das Cidades/Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, Brasília, 2014, p. 121.

que a água proporciona, a evitar contaminações, e pela sua utilização, focando assim no tema da dignidade.⁴⁶

Água e saneamento básico são importantes para a dignidade, pois proporcionam a manutenção da saúde. A água é essencial para a higiene, enquanto o saneamento adequado corrobora para um ambiente salubre. Assim, negar o acesso a esses direitos desrespeita as diretrizes de saneamento, a Política Nacional de Resíduos Sólidos, a Constituição Federal de 1988 e o meio ambiente.

Na temática geral, observa-se que a população mais pobre enfrenta maiores desafios para alcançar uma vida digna, em decorrência da ausência de condições monetárias para suprir a falta de infraestrutura e a prestação de serviços. Então, há carência de medidas acessíveis, principalmente para as populações marginalizadas, como nas políticas públicas efetivas de enfrentamento às desigualdades.

4. Políticas públicas e a questão: como enfrentar as desigualdades?

Quanto às dificuldades relacionadas aos serviços de saneamento básico, o SNIS indica que o abastecimento de água deve ser realizado com regularidade, e que há o enfrentamento de problemas como paralisações no fornecimento e deficiências na infraestrutura. No caso do esgotamento, a falta de tratamento prejudica os corpos hídricos, e a falta da regularidade nos serviços ocasionam obstruções de coleta, atingindo o equilíbrio ambiental e a qualidade de vida.⁴⁷

Martins e Rodrigues exclamam que o Brasil detém muitos recursos financeiros, mas a impossibilidade da prestação do saneamento adequada está ligada à gestão dos que foram eleitos para alterar a realidade do povo brasileiro, como por exemplo por casos de corrupção e superfaturamento de obras.⁴⁸ Desse modo, o problema afeta uma grande parcela da população que não tem acesso a incumbências básicas essenciais.

Nesse sentido, é importante considerar o conceito de políticas públicas e sua função social. As políticas públicas têm o papel de ocasionar mudanças na sociedade, servindo como instrumentos políticos e técnicos para resolver problemas indesejados na sociedade, em resoluções e demandas para grupos, com fito de melhoria para todos.⁴⁹

Além disso, o descompromisso com o investimento por parte dos prestadores de serviço também é um problema a ser debatido, para a reflexão. Desse modo, o afinco na realização das atividades, com os investimentos, indica que no ano de 2022 perpassou o valor de R\$ 22,5 (vinte e dois vírgula cinco) bilhões em água e esgoto, incluindo instalações, obras e outros fatores, sendo que R\$ 11,0 (onze) bilhões, equivalente a (49,1% - quarenta e nove vírgula um por cento), é direcionado para a macrorregião Sudeste, que recebe mais recursos; e o menor investimento se direciona para a macrorregião Norte, que recebeu aproximadamente R\$ 974,1 (novecentos e setenta e quatro vírgula um) milhões, ou seja, 4,3% (quatro vírgula três por cento).⁵⁰

⁴⁶ ROBERT BOS, et al. *Manual sobre os Direitos Humanos à água potável e saneamento para profissionais*. IWA Publishing, Reino Unido, 2017, p. 95.

⁴⁷ BRASIL. Ministério das Cidades. *Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS (Diagnóstico Temático, Serviços de Água e Esgoto)*. Brasília, 2023, p. 55; p. 79-83. Disponível em: https://www.gov.br/cidades/pt-br/acao-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produtos-do-snis/diagnosticos/DIAGNOSTICO_TEMATICO_VISAO_GERAL_AE_SNIS_2023.pdf. Acesso em: 01 ago. 2024.

⁴⁸ FÉLIX MARTINS, M.; GUEDES RODRIGUES, A. “Saneamento básico como direito fundamental – os reflexos da desigualdade social e a violação à dignidade da pessoa humana”. *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*, v. 8, n. 11, 2022, p. 2750.

⁴⁹ LIMA DA ROSA, J. G.; LEITE LIMA, L. L.; BARBOSA DE AGUIAR, R. *Políticas públicas: introdução*. Jacarta, Porto Alegre, 2021, p. 13-18.

⁵⁰ BRASIL. Ministério das Cidades. *Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS (Diagnóstico Temático, Serviços de Água e Esgoto)*. Brasília, 2023, p. 86. Disponível em: https://www.gov.br/cidades/pt-br/acao-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produtos-do-snis/diagnosticos/DIAGNOSTICO_TEMATICO_VISAO_GERAL_AE_SNIS_2023.pdf.

Observou-se que um dos problemas é a manutenção dos recursos e dos investimentos, bem como a qualidade da infraestrutura, o que requer ações e programas de gestão para garantir e possibilitar a dignidade ambiental, conforme a Constituição. A diferença notada entre as regiões e verbas evidencia a desigualdade no Brasil.

Segundo Marin e Burgel, é necessário um gerenciamento e cooperação eficazes para uma política solidária, além de investimentos em comunidades hipossuficientes e em cidades de forma geral, enfrentando injustiças socioambientais e administrando adequadamente os recursos naturais.⁵¹

O Estado tem a incumbência de se preocupar com o amparo dos direitos de acesso à água de qualidade aos cidadãos, essenciais para a vida e um ambiente salubre. Isso inclui a observação da dignidade, do mínimo existencial e do fornecimento de políticas públicas efetivas para promover a universalização do acesso, contribuindo para a qualidade habitacional e ambiental. Além disso, deve prezar pelo atendimento especialmente às populações marginalizadas e às grandes cidades com dificuldade no acesso.⁵²

Marin e Burgel aduzem que a ausência de saneamento básico e a falta de água ocasionam a geração de desigualdades socioambientais, prejudicando também a questão dos recursos hídricos. Desse modo, é importante gerenciar a distribuição equânime de recursos.⁵³ Outrossim, é imperiosa a implementação de políticas públicas para que os problemas sejam sanados, seja de saneamento ou saúde pública, para que sejam dispostas soluções e projetos.⁵⁴ Assim, direciona-se a questão para a gestão, e para o dever de cumprimento da legislação. Sua ingerência afeta o bem-estar, que são fatores inter-relacionados para aspectos de moradia e saúde, e queda na violação de garantias.

A Lei nº 11.445/2007 (das diretrizes nacionais para o saneamento básico), com sua redação atualizada pela Lei nº 14.026/2020, estabelece, no art. 3º, a necessidade da gestão associada entre entes federativos e a universalização do acesso aos serviços de saneamento básico⁵⁵, por exemplo. A lei prevê a ampliação do acesso nos domicílios, e o controle de mecanismos para a disponibilização de informações para a sociedade e a participação na formulação de políticas e planejamento. No entanto, a universalização ainda avança lentamente, conforme evidenciado pelos dados sobre os serviços de água e esgoto.

No tocante às políticas públicas, pode-se notar que sobre serviços de coleta de esgoto e abastecimento, os problemas nos setores se relacionam à qualidade da prestação do serviço, o déficit no tratamento e na gestão. É necessário implementar medições para que se possibilite a interferência dos agentes públicos, sendo a gestão

snis/diagnosticos/DIAGNOSTICO_TEMATICO_VISAO_GERAL_AE_SNIS_2023.pdf. Acesso em: 01 ago. 2024.

⁵¹ DYTZ MARIN, J.; FERRI BURGEL, C. "Perspectivas para redução das desigualdades socioambientais geradas pela não concretização do direito humano de acesso à água". *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 15, n. 2, 2020, p. 23.

⁵² MILHOMEM OLIVEIRA, C. R. et al. "Saneamento básico e a relação intrínseca com o desenvolvimento sustentável: um desafio frente à desigualdade socioeconômica na Região Norte". *Meio Ambiente (Brasil)*, v. 3, n. 3, 2021, p. 69 a 70.

⁵³ DYTZ MARIN, J.; FERRI BURGEL, C. "Perspectivas para redução das desigualdades socioambientais geradas pela não concretização do direito humano de acesso à água". *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 15, n. 2, 2020, p. 2 a 3.

⁵⁴ FÉLIX MARTINS, M.; GUEDES RODRIGUES, A. "Saneamento básico como direito fundamental – os reflexos da desigualdade social e a violação à dignidade da pessoa humana". *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*, v. 8, n. 11, 2022, p. 2750-2751.

⁵⁵ BRASIL. *Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007*. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm. Acesso em: 1 ago. 2024.

um fator de contribuição para a melhoria da vida da população. Ainda, o controle é fundamental para reduzir desigualdades regionais que afetam a sociedade.⁵⁶

Outra observação pertinente é a necessidade de que a população esteja ciente quanto aos serviços, e no que resulta a ausência do saneamento. Além do mais, deve haver consciência dos direitos que são resguardados pela Constituição Federal de 1988. É importante que os habitantes avaliem a qualidade dos atendimentos prestados e mobilizem esforços para o direcionamento de recursos e serviços às regiões necessitadas. Outrossim, a procura por parcerias público-privadas no Novo Marco que pode contribuir para a resolução desses problemas relacionados, como o aproveitamento de infraestruturas existentes e investimentos privados.⁵⁷

Este trabalho tem enfoque no Brasil, considerando os aspectos sociais e econômicos, e observa como as políticas públicas podem enfrentar as desigualdades sociais. Nesse ínterim, marca-se a importância da implementação do saneamento básico, conforme os ditames da lei 14.026/2020.

Em consideração ao assunto, o referido Novo Marco Legal do Saneamento Básico surge para atingir metas no tocante à universalização, para que 99% (noventa e nove por cento) da população tenha acesso à água potável, e 90% (noventa por cento) da população possua coleta e tratamento de esgotos adequados, até o ano de 2033.⁵⁸

Igualmente, Santana e Lopes informam que a lei tende a aumentar a concorrência para a prestação de serviços, a alçar a procura pela universalização, sendo outra questão indicada, a da melhora do alcance e da qualidade das atividades e normas de referências atribuídas pela ANA (Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico), com observação às peculiaridades de cada região e contrato.⁵⁹

Desse modo, a Nova Lei do saneamento, em consonância aos ditames constitucionais e dos direitos humanos, tende a focar na dignidade humana, seja no serviço da universalização, e no alcance da água e saneamento para que a condição de vida da sociedade seja melhorada.

Assim, o saneamento é mecanismo de observância dos impactos da urbanização no meio ambiente e para redução de riscos naturais. A precariedade do setor pode influenciar em contaminações de solo e dos mananciais de água, o que possibilita inundações e agentes causadores de doenças, o que afasta trabalhadores dos seus núcleos de produção e afeta economicamente o desenvolvimento e o impacto ambiental.⁶⁰

A má gestão do saneamento básico prejuízos à qualidade de vida, à interação com a sociedade e o meio ambiente. Ademais, quando esse direito e serviço é bem gerido e está presente, beneficia a economia, promovendo expansão e qualidade. Desse

⁵⁶ ARCANJO DA CRUZ, K. E.; SOUSA RAMOS, F. Efficiency in the management of sanitation and its impacts on health promotion: an application of data envelopment analysis (DEA). In: RAJIV BANKER; ALI EMROUZNEJAD; MIRANDA LOPES, A. L.; RODRIGUES DE ALMEIDA, M. (edited by.). *Data Envelopment Analysis: Theory and Applications - Proceedings of the 10th International Conference on DEA*. DEA, Natal, 2012, p. 107-112.

⁵⁷ VIEIRA SILVA, T. M.; GLAUCIANE MAGALHÃES; MAURO JUNIOR. "Panorama do esgotamento sanitário em Nova Iguaçu: expectativas em relação ao novo marco do saneamento". In: Simpósio Nacional de Gestão e Engenharia Urbana, 4., 2023. *Anais*. ANTAC, Porto Alegre, 2023. Disponível em: <https://eventos.antac.org.br/index.php/singeurb/article/view/3604>. Acesso em: 15 ago. 2024.

⁵⁸ BRASIL. *Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020*. Atualiza o marco legal do saneamento básico [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/2020/2022/2020/Lei/L14026.htm#view. Acesso em: 1 ago. 2024.

⁵⁹ SEREJO SANTANA, F.; PEREIRA LOPES, R. "Lei 14.026/2020: a nova lei de saneamento básico do Brasil como mecanismo concretizador da dignidade da pessoa humana". *Revista do CEPEJ*, n. 24, 2022, p. 242.

⁶⁰ SANTEJO SAIANI, C. C.; TONETO JÚNIOR, R.; JUSCELINO DOURADO. "Desigualdade de acesso a serviços de saneamento ambiental nos municípios brasileiros: evidências de uma Curva de Kuznets e de uma Seletividade Hierárquica das Políticas?". *Nova Economia*, v. 23, n. 3, 2013, p. 658.

modo, como aduz o Instituto Trata Brasil⁶¹, os atos lesivos ao meio ambiente são custosos, como no caso das atividades econômicas imobiliárias, que necessitam de boas condições no espaço ambiental. Outrossim, mesmo estudo aduz que o saneamento está diretamente ligado à saúde, a longevidade populacional, o desenvolvimento do turismo, e reflete economicamente.

Souza e Souza destacam que o esgotamento sanitário é uma questão social e um direito à cidade, ao mencionar o Complexo da Maré no Rio de Janeiro e a relação com o Objetivo do Desenvolvimento Sustentável.⁶² Nesse caso, demonstram que existem lutas e manifestações para efetivar esse direito por meio de movimentos sociais, e, ademais, é necessário tratar conjuntamente o contexto social e urbano, com organização política.⁶³

Somando-se a isso, na questão ambiental, a participação da sociedade possibilita a influência nas decisões políticas. É importante ter consciência sobre os impactos ambientais e sobre as informações relacionadas às demandas socioambientais.⁶⁴

No Recurso Especial nº 1.366.331 - RS (2012/0125512-2), o Ministro Humberto Martins pontua que o "o Estado possui o dever constitucional de zelar pela saúde, segurança, bem estar, saneamento básico e demais direitos sociais que assegurem a existência digna do indivíduo"⁶⁵, reforçando que o saneamento básico "é pressuposto para o pleno gozo dos direitos à saúde, à vida e à própria dignidade da pessoa humana"⁶⁶.

Além disso, o informativo nº 1040/2021 do Supremo Tribunal Federal (STF)⁶⁷, no resumo de teses e julgamentos realizados, confirma a constitucionalidade do novo marco legal do saneamento básico (Lei 14.026/2020), mencionando também a preocupação em fornecer a prestação de serviços de água a 99% (noventa e nove por cento) da população e garantir coleta e esgotamento sanitário para 90% da população.

Desse modo, o Estado deve proteger os direitos sociais e constitucionais dos indivíduos para assegurar a dignidade. Enfrentar os assuntos relacionados ao saneamento requer planejamento, infraestrutura, esforços, capitais, conscientização da população sobre seus direitos e outras medidas necessárias. A ausência desses índices compromete os direitos da população e a plena dignidade.

⁶¹ INSTITUTO TRATA BRASIL. *Benefícios econômicos e sociais da expansão do saneamento no Brasil*. 2022, p. 5; p. 10-11. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/wp-content/uploads/2022/11/Beneficios-economicos-do-saneamento-no-Brasil.pdf>. Acesso em 12 ago. 2024.

⁶² SILVA SOUZA, L. A.; SILVA SOUZA, L. "Questão social" e racismo ambiental: esgotamento sanitário como direito à cidade em uma favela do Complexo da Maré". *O Social em Questão*, n. 59, 2024, p. 350.

⁶³ SILVA SOUZA, L. A.; SILVA SOUZA, L. "Questão social" e racismo ambiental: esgotamento sanitário como direito à cidade em uma favela do Complexo da Maré". *O Social em Questão*, n. 59, 2024.

⁶⁴ COSTA ASSIS, C. "Democracia Ambiental e os Invisíveis: Rompendo as barreiras da exclusão socioambiental". *Cadernos de Direito Actual*, n. 15, 2021, p. 361.

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.366.331 - RS (2012/0125512-2)*. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Município de São Jerônimo. Relator: Ministro Humberto Martins. Rio Grande do Sul, julgamento em 16 de dezembro de 2014, p. 16. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201255122. Acesso em: 27 ago. 2024.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.366.331 - RS (2012/0125512-2)*. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Município de São Jerônimo. Relator: Ministro Humberto Martins. Rio Grande do Sul, julgamento em 16 de dezembro de 2014, p. 18. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201255122. Acesso em: 27 ago. 2024.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF nº 1040/2021*. Constitucionalidade do novo marco legal do saneamento básico — ADI 6492/DF, ADI 6536/DF, ADI 6583/DF e ADI 6882/DF. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, julgamento em 02 de dezembro de 2021. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1040.pdf. Acesso em: 27 ago. 2024.

5. Considerações finais

O saneamento básico está interligado a promoção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, desempenhando um papel importante na manutenção da saúde pública e fortalecimento da economia. Assim, é uma questão Constitucional, que envolve o desenvolvimento sustentável, o desenvolvimento urbano e a competência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

É essencial também contribuir para a preservação de corpos hídricos, para a saúde ambiental, a redução da poluição, alavancando o exercício das liberdades individuais para a promoção do desenvolvimento humano e suas ações. Ao mesmo passo, destacou-se as conferências mundialmente conhecidas como Estocolmo em 1972 e Rio-92, as quais apontaram importância do desenvolvimento sustentável e proteção natural.

O saneamento básico, como visto, deve ser garantido universalmente, para a dignidade humana da população e qualidade de vida. Neste íterim, em conformidade com o Novo Marco Legal do Saneamento Básico procura-se assegurar esse direito social. Em contrapartida, problemas na gestão e nos serviços vão contra ao desenvolvimento, por proporcionar disparidades regionais. Importante se faz a promoção do saneamento para todas as regiões e populações, com incentivos monetários e qualidade no seu fornecimento.

A Constituição Federal também traz consigo em seu art. 3º a questão da redução de desigualdades, para garantir o desenvolvimento. Assim, também se debate o planejamento público para uma vida digna. O Estado deve então atender a população.

Ademais, a distribuição principalmente em núcleos afastados ainda é comprometida, principalmente também nas regiões Norte e Nordeste. Atinge também pessoas carentes, distantes da universalização do acesso pelas disparidades enfrentadas. Cabe informar que questões de renda e escolaridade precários tendem a deixar populações mais vulneráveis, assim como a irregularidade da prestação dos serviços, que prejudicam a vida coletiva, o superfaturamento de obras, infraestruturas precárias.

As políticas públicas podem transformar as realidades, desde que exista empenho da gestão de atividades. Novamente, no que diz respeito aos investimentos, a região Sudeste tem mais incentivos que a região Norte do país, que enfrentaria desafios maiores, sendo essencial monitorar a qualidade dos serviços, porque a má gestão também impacta na qualidade de vida e economia.

Com a possibilidade de ter o acesso à água e ao saneamento, as pessoas podem ter uma vida mais digna, a utilizar suas liberdades, também com a redução da precariedade pela falta do acesso. Necessita-se então de questões gerenciais para alavancar o alcance, a proporcionar diminuição de injustiças ligadas à sociedade, também ambientalmente. As condições mínimas são necessárias, a identificar fatores que contribuam para o gerenciamento dos recursos.

Outrossim, os dados apresentados reforçam que ainda há trajetória a se percorrer para o fornecimento adequado dos serviços de água e esgotamento sanitário, saneamento básico, em detrimento das desigualdades, como mostram os indicadores alarmantes. A falta de investimento é um dos fatores interligados, que se dirigem às questões ambientais, de tratamento, e às questões que tocam na saúde dos habitantes e qualidade de vida.

REFERÊNCIAS

- AMARTYA SEN. *Desenvolvimento como liberdade*. Companhia das Letras, São Paulo, SP, 2010, p. 4-461.
- ARCANJO DA CRUZ, K. E.; SOUSA RAMOS, F. "Efficiency in the management of sanitation and its impacts on health promotion: an application of data envelopment analysis (DEA)". In: RAJIV BANKER; ALI EMROUZNEJAD; MIRANDA LOPES, A. L.; RODRIGUES DE ALMEIDA, M. (edited by.). *Data Envelopment*

- Analysis: Theory and Applications - Proceedings of the 10th International Conference on DEA*. DEA, Natal, 2012, p. 107-112.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.
- BRASIL. *Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007*. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm. Acesso em: 1 ago. 2024.
- BRASIL. *Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010*. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm. Acesso em: 1 ago. 2024.
- BRASIL. *Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020*. Atualiza o marco legal do saneamento básico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm#view. Acesso em: 1 ago. 2024.
- BRASIL. Ministério das Cidades e Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. *Panorama do Saneamento Básico no Brasil – Vol 2: Análise situacional do déficit em saneamento básico*. Ministério das Cidades/Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, Brasília, 2014. 340 p.
- BRASIL. Ministério das Cidades e Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. *Panorama do Saneamento Básico no Brasil – Vol. 2: Análise situacional do déficit em saneamento básico*. Ministério das Cidades/Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, Brasília, 2014. 340 p.
- BRASIL. Ministério das Cidades. *Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS (Diagnóstico Temático, Serviços de Água e Esgoto)*. Brasília, 2023, p. 1-108. Disponível em: https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produtos-do-snis/diagnosticos/DIAGNOSTICO_TEMATICO_VISAO_GERAL_AE_SNIS_2023.pdf. Acesso em: 01 ago. 2024.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.366.331 - RS (2012/0125512-2)*. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Município de São Jerônimo. Relator: Ministro Humberto Martins. Rio Grande do Sul, julgamento em 16 de dezembro de 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201255122. Acesso em: 27 ago. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF nº 1040/2021*. Constitucionalidade do novo marco legal do saneamento básico — ADI 6492/DF, ADI 6536/DF, ADI 6583/DF e ADI 6882/DF. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, julgamento em 02 de dezembro de 2021. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1040.pdf. Acesso em: 27 ago. 2024.
- COSTA ASSIS, C. “Democracia Ambiental e os Invisíveis: Rompendo as barreiras da exclusão socioambiental”. *Cadernos de Direito Actual*, n. 15, 2021, p. 361.
- DORNELES TRENNEPOHL, T.; OMENA VASCONCELLOS, A. K. “O princípio da precaução no direito ambiental brasileiro”. *Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, v. 17, n. 36, 2022, p. 25-26.
- DUTRA ALVES, F. G.; PURIFICAÇÃO MOURA, E.; SÁ SOUSA, I. P.; ALMEIDA BIZARRIA, F. P. “Vulnerabilidades social e saneamento básico na perspectiva do desenvolvimento sustentável”. *Interfaces Científicas-Saúde e Ambiente*, v. 9, n. 3, 2024, p. 288-305.
- DYTZ MARIN, J.; FERRI BURGEL, C. “Perspectivas para redução das desigualdades socioambientais geradas pela não concretização do direito humano de acesso à

- água". *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 15, n. 2, 2020, p. 12-14.
- FÉLIX MARTINS, M.; GUEDES RODRIGUES, A. "Saneamento básico como direito fundamental – os reflexos da desigualdade social e a violação à dignidade da pessoa humana". *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*, v. 8, n. 11, 2022, p. 2750-2751.
- IGNACY SACHS. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Garamond, Rio de Janeiro, 2002, p. 58-60.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Censo 2022: Características dos domicílios - Resultados do universo*. IBGE, Rio de Janeiro, 2024.
- INSTITUTO TRATA BRASIL. *A vida sem saneamento – Para quem falta e onde mora essa população?*. São Paulo, 2023. 100 f. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/a-vida-sem-saneamento-para-quem-falta-e-onde-mora-essa-populacao/>. Acesso em 12 ago. 2024.
- JOSÉ GRIN, E. et al. O mapa regional das múltiplas desigualdades e do desenvolvimento humano no Brasil. *Direitos humanos e desigualdade no Brasil*, 2021, p. 104. Disponível em: https://eaesp.fgv.br/sites/eaesp.fgv.br/files/pesquisa-eaesp-files/arquivos/b1_-_d521976c-0e1d-2ab6-d285-cacde252c490.pdf. Acesso em: 5 ago. 2024.
- LIMA DA ROSA, J. G.; LEITE LIMA, L. L.; BARBOSA DE AGUIAR, R. *Políticas públicas: introdução*. Jacarta, Porto Alegre, 2021.
- MARQUES DE OLIVEIRA, R. *Políticas Públicas de recursos hídricos e saneamento: integração facilitada por mecanismos de regulação*. 2024. 77 f. Dissertação (Mestrado em Gestão e Regulação de Recursos Hídricos) – Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Engenharia de Ilha Solteira (UNESP), Ilha Solteira, SP, 2024, p. 15.
- MILHOMEM OLIVEIRA, C. R. et al. "Saneamento básico e a relação intrínseca com o desenvolvimento sustentável: um desafio frente à desigualdade socioeconômica na Região Norte". *Meio Ambiente (Brasil)*, v. 3, n. 3, 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU [Naciones Unidas]. *Res. 64/292, El derecho humano al agua y el saneamiento*. 2010. Disponível em: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n09/479/38/pdf/n0947938.pdf>. Acesso em 5 ago. 2024.
- PETROVICH BEZERRA, F. C. "O meio ambiente na Constituição Federal de 1988: um olhar sobre os princípios constitucionais ambientais". *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, v. 1, n. 02, 2007, p. 9.
- PIRES-OLIVEIRA, T. "Brasileiro pula em esgoto e não acontece nada: senso comum, fins do estado e o saneamento básico como direito social". *InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais*, Brasília, Pré-publicação, 2022, p. 1-21.
- ROBERT BOS, et al. *Manual sobre os Direitos Humanos à água potável e saneamento para profissionais*. IWA Publishing, Reino Unido 2017, 120 p.
- SANTEJO SAIANI, C. C.; TONETO JÚNIOR, R.; JUSCELINO DOURADO. "Desigualdade de acesso a serviços de saneamento ambiental nos municípios brasileiros: evidências de uma Curva de Kuznets e de uma Seletividade Hierárquica das Políticas?". *Nova Economia*, v. 23, n. 3, 2013, p. 657-692.
- SANTOS DIAS, T. "A Conferência de Estocolmo – 1972 para a política externa e ambiental do Brasil". *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, v. 17, n. 1, 2022, p. 54-61.
- SEREJO SANTANA, F.; PEREIRA LOPES, R. "Lei 14.026/2020: a nova lei de saneamento básico do Brasil como mecanismo concretizador da dignidade da pessoa humana". *Revista do CEPEJ*, n. 24, 2022, p. 242.
- SILVA SOUZA, L. A.; SILVA SOUZA, L. "Questão social" e racismo ambiental: esgotamento sanitário como direito à cidade em uma favela do Complexo da Maré". *O Social em Questão*, n. 59, 2024.
- VIEIRA SILVA, T. M.; GLAUCIANE MAGALHÃES; MAURO JUNIOR. "Panorama do esgotamento sanitário em Nova Iguaçu: expectativas em relação ao novo marco

do saneamento". *In*: Simpósio Nacional de Gestão e Engenharia Urbana, 4., 2023. *Anais*. ANTAC, Porto Alegre, 2023. Disponível em: <https://eventos.antac.org.br/index.php/singeurb/article/view/3604>. Acesso em: 15 ago. 2024.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 25. Núm. Extraordinario (2024), pp. 309-335
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Some aspects about BEPS and the status of the developing countries

André de Souza Dantas Elali¹

Professor Associado De Direito Tributário Da UFRN

Summary: 1. Introduction. 2. Problems of International tax competition and its effects on public finance, fairness and social and economic rights. 3. Base Erosion and Profit Shifting.

Abstract: The subject of international taxation and the integration of the economy has become even more complex. Also the issue of tax-motivated income shifting or base erosion and profit shifting (BEPS) has attracted increasing global attention in recent years. There is a need to analyze the implications for policy and how the governments of different countries must – or must not – cooperate. Also the international *status* of a large number of countries facing financial crisis, the decision of Britain to exit the European Union and the actions taken by international organisms to reform or control the tax issues in the international level demonstrate that this subject is quite current and important for academic research. The author aims to analyze in this research the current situation of the international tax competition and its relation to the BEPS discussion. Specifically, this work aims to compare the position of the so called developing countries in the international phenomenon and how the tax policies should be addressed. At the same, it will try to examine the current *status* in the European Union and in the World Trade Organization.

Keywords: Taxation - BEPS - OECD - Developing Countries - Regulation

I – Introduction.

There is a recognition that the countries simply may not decide to adopt any tax, financial or competition policy without considering the market and the international law,

¹ Associate Professor of Tax Law at the Departamento de Direito Público of the Universidade Federal do Rio Grande do Norte, PhD in Law from the Faculdade de Direito at the Universidade Federal de Pernambuco with a Research Internship at the Max-Planck-Institut für Steuerrecht, Master in Political and Economic Law from the Universidade Mackenzie/SP, Visiting Scholar at Queen Mary University of London.

especially the international treaties regarding free trade². Also it seems to be clear that the multinational organisms have been trying to combat the international tax competition³ and the grant of subsidies in the international trade in order to: i) the abolishment of tax havens and favorable tax systems that impact on free competition; ii) the abandon of tax sparing credit rules in international treaties that foster double non-taxation; iii) the improvement of the neutrality on international taxation⁴; iv) to avoid the negative impacts of multinational tax planning over different jurisdictions⁵.

A cycle of financial crisis and the international competition have been both affecting the integration of the economies and causing discussions around the method of regulation by the States. The principles and implementation of human rights are important when they serve to the "Social State" but the "market" is better when the global issues are noticed⁶. This is key – as noticed by Ziegler – for the current discussions around taxation and public finance. The need to increase equality in a complex market is a premise for any developed society as the unfair and inefficient taxation can cause irrevocable damages. Another issue is noticed in the subject of tax planning. Although it is a problem the abusive tax planning by multinationals (smart money), it is also a problem the abusive position of the States with no respect to the legality⁷. A clear and non-abusive methodology is needed to avoid inequality of taxation and to avoid market's failures⁸. Important authors have been noticing this complex issue as such as Fernando Zilveti⁹. Many multinational enterprises have been paying very little taxes to the

² SCHÖN, W. *Taxation and State Aid Law in the European Commission*. In: CMLR, 1999, p. 911; Reuven S. Avi-Yonah. *Tax Competition, Tax Arbitrage, and the International Tax Regime*. In: Public Law and Legal Theory Working Paper n. 73. Michigan: University of Michigan, 2007, pp. 8-11.

³ STEICHEN, A. *Tax Competition in Europe or the Taming of Leviathan*. In: Tax Competition in Europe. Organizador: SCHÖN, W. The Netherlands: International Bureau of Fiscal Documentation, 2003, pp. 44-45; More recently: See OECD. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OECD, 2013; WEICHENRIEDER, A. J. *Profit Shifting in the EU: Evidence from Germany*. In: International Tax and Public Finance 16, pp. 281-297; GRUBERT, H. *Foreign Taxes and the Growing Share of US Multinational Company Income Abroad: Profits, Not Sales, Are Being Globalized*. In: National Tax Journal 65, p. 247; DHARMAPALA, D. *What Do We Know About Base Erosion and Profit Shifting? A Review of the Empirical Literature*. Chicago: Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper n. 702, 2014, pp. 3-33; M. Gilleard. *Google Hauled Before UK PAC Again, But International Tax Framework Cited as Real Villain*. In: International Tax Review, 2013, available at: <http://www.internationaltaxreview.com/Article/3208706>. Access in June 28th, 10:48; See also G-20 communique: <http://www.telegraph.co.uk/g20-summit/9343250/G20-Summit-communique-full-text.html>. Access in 2019, June 28th, 11:37.

⁴ DEVEREUX, M. *ETPF – Economic Theory of the Optimal Taxation of Multinational Profit*. Oxford: Oxford University Centre for Business Taxation – European Tax Policy Forum, 2016, p. 20.

⁵ HIJI Panayi, C. *Advanced Issues in International and European Tax Law*. Oxford: Hart, 2015, p. 162.

⁶ ZILVETI, F.; ELALI, A. *Planejamento Tributário – Resistência ao Poder de Tributar*, in: *Planejamento Tributário*, Coordinators: MACHADO, H.; MACHADO SEGUNDO, H.; ZIEGLER, Jean. *Das Imperium der Schande, der Kampf gegen Armut und Unterdrückung*. München: Random House, 2008, p. 303.

⁷ NUMERIANO DUBOURCQ DANTAS, R. *Direito Tributário Sancionador. Culpabilidade e Segurança Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 77.

⁸ ZILVETI, F.; Elali, A. *Planejamento Tributário – Resistência ao Poder de Tributar*, in: *Planejamento Tributário*, Coordinators: MACHADO, H.; MACHADO SEGUNDO, H.; Haas, F. J.. *Der Missbrauchstatbestand des § 42 AO – ein unkalkulierbares Risiko für die unternehmerische Gestaltungspraxis? In Festschrift für Arndt Raupach zum 70. Geburtstag, Steuer-und Gesellschaftsrecht zwischen Unternehmerfreiheit und Gemeinwohl*. Org.: KIRCHHOF, P.; SCHMIDT, K.; SCHÖN, W und VOGEL, K. Cologne: Dr. Otto Schmidt, 2006, (13/26) p. 13.

⁹ ZILVETI, F. *A Evolução Histórica da Teoria da Tributação*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 23.

countries they operate and because of the impact of this fiscal situation there is a major concern of international organizations as OECD¹⁰. So there is a need for analysis of proper policies for the countries. And there are different points of view between the developed and the developing countries¹¹.

The problem is that the agenda of those organisms may protect the developed countries and could not support the policies of some developing countries which need to use financial mechanisms to compensate the economic externalities of their systems¹². The organisms, at the same time, protect the members and may or/and may not do it with the non-members. The policies thus need to be examined case by case and should not be general to all the players in the international level¹³. There is a need of adjustments between the different levels of developments of the countries which must be taken into consideration for the social and economic problems to be solved and not increased¹⁴.

Another complementary aspect is that competition has been increasing over the last decades in every sense of the concept. Competition between companies, blocks, regulators and States is a consequence of the integration of the economy and has been

¹⁰ AVI-YONAH, R. *Hanging Together: A Multilateral Approach to Taxing Multinationals*. Michigan: University of Michigan – Public Law and Legal Theory Research Paper Series – Paper n. 364, April 2015, p. 2; See Michael Devereux. *The OECD Harmful Tax Competition Initiative*. In: International Tax Competition – Globalization and Fiscal Sovereignty. London: Commonwealth Secretariat, 2002, p. 93.

¹¹ “[...] in the OECD countries the corporate tax is a relatively unimportant source of revenue, that has generally not been true in developing countries, where it frequently amounts to over 25 percent of total revenues. Because developing countries find it very difficult to collect the individual income tax, taxing multinationals is crucial for them because otherwise they would have to rely entirely on the regressive Value Added Tax (VAT). From the perspective of a developing country the uncertainty regarding the incidence of the corporate tax is less important because some of the likely bearers of the burden (providers of capital and consumers) are residents of other countries. Moreover, even if one presumes that the corporate tax falls on labor in the developing country, taxing the multinational may be a more efficient way of collecting revenues than attempting to tax individual workers. Finally, in the case of multinationals in developing countries a lot of the corporate profit may be rents for the exploitation of country-specific resources and that is an efficient tax for the country to impose. [...] Corporations are such important actors in any modern economy that the ability to regulate their behavior is crucial to achieving economic goals and the corporate tax has since its inception been seen as an important vehicle to regulate corporate behavior. The tax can provide disincentives for behavior the legislator deems to be undesirable behavior (investments incentives, hiring incentives, clear energy incentives, etc.). A lot of the complexity of the corporate tax stems from these ‘tax expenditures’.” AVI-YONAH, R. *Hanging Together: A Multilateral Approach to Taxing Multinationals*. Michigan: University of Michigan – Public Law and Legal Theory Research Paper Series – Paper n. 364, April 2015, p. 5.

¹² ELALI, A. *Incentivos Fiscais Internacionais – Concorrência Fiscal, Crise do Estado e Mobilidade do Capital*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 73; André Elali/Marcos Nóbrega. *Infrastructure and Investments in Brazil – Economic and Legal Aspects*. Natal: Anote, 2015, p. 128.

¹³ DUPAS, G. *Economia Global e Exclusão Social – Pobreza, Emprego, Estado e o Futuro do Capitalismo*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001, pp. 103-115.

¹⁴ “La economía de mercado es un modo de regulación económica que sólo emerge y se desarrolla en el seno de un sistema social y político determinado que es inseparable de la realización de la libertad y del Estado de Derecho. El Estado de Derecho es un instrumento necesario para la seguridad jurídica, sin la cual no puede funcionar el mercado. [...] Seguridad jurídica, igualdad y libertad son principios sin los cuales un mercado competitivo no puede desarrollarse. Estos principios sirven a su vez de soporte a las instituciones que constituyen la base del mercado y de la economía: la propiedad privada, el contrato y la libertad de empresa.” ABELLA SANTAMARÍA, J. *La ordenación jurídica de la actividad económica*. Madrid: Dykinson, 2003, pp. 27-29.

considered a key foundation of an interdependent system¹⁵⁻¹⁶. Pedro Guilherme Lindenberg Schoueri brings different alternatives for a possible conflict between the OECD initiatives and the international (trade and investment) law¹⁷. It is noticed by the author the distortions of the tax instruments used in the common markets. Competition is considered an instrument available for the States to promote development which is a process of concretization of rights¹⁸. It is also an important mechanism for the economic integration¹⁹. In terms of financing the governments, it is also a fact that the most efficient method is still the taxation²⁰ which is stable and offers a secure system for society. There is, however, a current use of taxes and other financial measures for the governments to attract investments and companies²¹. This process, if not well managed, can damage the fiscal and financial systems becoming a true "race to the bottom" between the tax jurisdictions²².

¹⁵ JACKSON, J. H., Davey, W. J. and Sykes JR, A. O. *Legal Problems of International Economic Relations – Cases, Materials and Text*. 3. ed. St. Paul, Minnesota, 1995, pp. 1-7; See Herald Baum. *Globalizing Capital Markets and Possible Regulatory Responses*. In: *Legal Aspects of Globalization – Conflicts of Law, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*. Org.: Jürgen Basedow; Toshiyuki Kono. Hague: Kluwer Law International, 2000, pp. 80-81.

¹⁶ SALOMÃO FILHO, C. *Direito Concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 55-ss.

¹⁷ "The hypothesis of the present work posits that the BEPS Action 5 MNA violates trade and investment law in two different levels. First, should a preferential IP regime be considered non-harmful in connection with the BEPS Action 5 MNA, in certain circumstances it might still qualify as state aid under EU Law and/or actionable subsidy under WTO Law. Moreover, such regime might violate the non-discrimination obligations assumed under EU Law (fundamental freedoms), WTO Law, and IIAs (national treatment). Second, should a preferential regime be considered harmful in connection with the BEPS Action 5 MNA, then the defensive measures suggested by the OECD reports on Harmful Tax Practices and in connection with the EU list of non-cooperative jurisdictions might again violate the non-discrimination obligations assumed under EU Law (fundamental freedoms), WTO Law, and IIAs (most favored nation and national treatment obligations)." SCHOUERI, P. G. L. *Conflicts of international legal frameworks in the area of Harmful Tax Competition: the Modified Nexus Approach*. Viena: Institute for Austrian and International Tax Law/ DIBT – Doctoral Program in International Business Taxation WU – Vienna University of Economics and Business, 2018, pp. 3-4.

¹⁸ FORGIONI, P. A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, pp. 190-192.

¹⁹ See WEINRAUCH, R. *Competition Law in the WTO – The Rationale for a Framework Agreement*. Wien: BWV – Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004, p. 17; THOMAZINHO DA CUNHA, R. *Direito da Defesa da Concorrência – Mercosul e União Européia..* São Paulo: Manole, 2003, p. 26.

²⁰ See TEIXEIRA RIBEIRO, J. J. *Lições de Finanças Públicas*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 30; SCHOUERI, L. E.. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1

²¹ MUSGRAVE, P. B. *Taxation and American investment abroad: the interests of workers and investors*. In: *Tax Policy in the Global Economy – Selected Essays of Peggy B. Musgrave*. Northampton: USA, 2002, p. 115

²² See CAMBELL SHARMAN, J. *Havens in a Storm – The Struggle for Global Tax Regulation*. New York: Cornell University Press, 2006, pp. 149-161; Wolfgang Schön. *Tax Competition in Europe – General Report*. In: *Tax Competition in Europe*. The Netherlands: International Bureau of Fiscal Documentation, 2003, pp. 3-ss.; PINTO, C. *Tax Competition and EU Law*. The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 2003, pp. 18-ss.; KIEKBELD, B. J. *Harmful Tax Competition in the European Union*. The Netherlands: Kluwer Tax / Foundation for European Fiscal Studies – Erasmus University Rotterdam, 2004, p. 37; LÓPEZ, J. M. *Competencia Fiscal Perjudicial y Ayudas de Estado en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 33-46.

The grant of any financial aid²³ to corporations and investors is a very complex subject because: i) it has a hidden aspect which is the expenditure correspondent to the aid; ii) it must be granted only after a technical examination of the effects in different sides: on the financial public system, on the competition and on the other principles of the legal system (reduction of externalities, search of employment, protection of consumers, protection of the environment according, for example, to the majority of the West countries Constitutions); iii) it must be granted according to the international regulation in case the countries are members of organizations or have signed international treaties²⁴. Subsidies, then, can be considered negative taxes and have effects on the public expenditures²⁵.

There is a very complex relation between the current global financial crisis, the economic integration²⁶, the international tax competition and the combat to "BEPS". Therefore, we will discuss the format of the current tax systems in most countries vis-à-vis the intense competition for international capital and for economic activities, affecting the tax base of national states and endangering their own sovereignty. We will

²³ KUBE, H. E. *National Tax Law and the Transnational Control of State Aids*. San Domenico: European University Institute, 2001, p. 27.

²⁴ FRÄS-EHRELD, C. *Grants and Incentive Programmes in the ten new EU-Member States*. Wien: Linde International, 2005, p. 28; G. Fernández Farreres. *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983, p. 39.

²⁵ "Subsidies as negative taxes - What of common proposition that subsidies can be thought of as negative taxes? There are some good reasons for taking this line. Taxes and subsidies may be substitutes in many cases for achieving particular ends; the budget balance is the same whether taxes are treated as positive revenue or negative expenditure, and whether subsidies are treated as positive expenditure or negative revenue. Many difficulties of definition are similar in the two categories: it is all too easy to omit taxes or subsidies which have to be imputed. And the formal apparatus of micro-analysis is the same: the distribution of both tax losses and subsidy benefits can be analyzed in terms of the relative elasticities of demand and supply with, for instance, the loss (benefit) from a tax (subsidy) being larger the more elasticity of demand. Despite these resemblances, there are cogent reasons why in practice all such items cannot be lumped together. First, there is a difference in nature: taxes contain an element of compulsion lacking in subsidies; no one is legally forced to accept a subsidy in the same way as he is forced to pay a tax. Second, it is not very helpful to talk of a negative analogue of all taxes lumped together. But, once begins to distinguish between types of government revenues and look for the negative counterpart, difficulties arise. Subsidies might be said to be the counterpart of indirect taxes as conventionally defined; but this is not very helpful if the conventional definition of indirect taxes is itself unsatisfactory. And it is quite clear that many taxes simply do not have negative counterparts in practice: for example, one might have a negative income tax or a system of capital grants, but they would hardly correspond to a truly general tax on income or on capital. Similarly, to distinguish between government expenditure and to ask for their counterpart is soon to run into trouble; in most countries there is no comparison between the role played by the free provisions of goods and services on the expenditure side and any corresponding payment in kind on the revenue side. Thus the mirror-image analogy between taxes and subsidies looks rather tarnished when examined closely. [...] So there seem to be a number of reasons why some attention to the concept of a subsidy is desirable. [...] One of the most intractable areas is the distinction between some types of taxes and some types of subsidies. A closely related one is between subsidies paid in cash and those which need to be imputed. [...] There is no reason why the word 'subsidy' must be attached to one category of government transaction rather than another. We are concerned solely to distinguish between the various types of such transactions; it is open to anyone to argue, if he wishes, that the term 'subsidy' could be attached to any on of them. There is no monopoly of nomenclature." PREST, A. R. *How Much of Subsidy? A Study of the economic concept and measurement of subsidies in the United Kingdom*. London: The Institute of Economic Affairs, 1974, pp. 16-19.

²⁶ LEAL-ARCAS, R. *International Trade and Investment Law – Multilateral, Regional and Bilateral Governance*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd., 2010, 72.

try to evaluate the competition between countries as a result of globalization and as one of the causes of the crisis of several countries and also the disintegration of the EU with "Brexit"²⁷.

Thus, it is needed to analyze the possible impoverishment of modern states as a result of economic integration, with repercussions for the provision of public services and social security of citizens. However, as this process is still in its infancy, it carries no decisive weight in the face of the crisis that currently affects the world economy. Without doubt, the aggregative trend that was highly emphasized is likely to gather speed. Thus, it is noted that, due to the constant integration of economic relations, there is the natural strengthening of international bodies and policies, which affects the sovereignty of all states²⁸. There is a clear relationship between the financial crisis that most of the countries are facing and the institutional competition for capital and economic activities, requiring that states adopt financial and tax incentives that may, if not properly controlled and planned, degrade public finances and undermine the level of public services provided to citizens. So, it is extremely common to see the use of the so-called "stimulative tax rules", which have a regulatory purpose, driving economic agents to desirable behaviors.

Although the most developed countries keep criticizing the use of subsidies and tax incentives, it has been proved that all the major countries of the WTO and OECD keep granting these measures. Even in the European Union it has become common the litigation between the members because of indirect State Aid or other mechanisms to help to develop certain areas or sectors of the market. Michael Devereux has presented some important conclusions about the subject years ago which keep coherent with today's *status* and with our research:

"The planned OECD timescale is significantly shorter in taking action against jurisdictions defined as 'tax havens' than it is against its own member countries which have 'preferential regimes'; The threats to those jurisdictions judged to be 'tax havens' seem more severe than those against 'preferential regimes' in OECD countries; The OECD has not succeeded in making a definition of 'harmful' as opposed to 'not harmful' tax competition; By analogy with economic markets, the OECD is akin to cartel of high prices firms seeking to undermine competition; There is no evidence that OECD countries are facing a reduction in corporation tax revenues as a result of tax competition – either 'harmful' or 'not harmful'; 'Tax havens could accept more transparency and exchange of information with the OECD to the extent that there is no illegality involved in the financial activity within their jurisdiction; The 'defensive measures' threatened by the OECD may be difficult to

²⁷ It is important to mention that even before "Brexit", the academic researches on taxes demonstrate that in the European Union, "there are significant disparities which cause incoherence". See MITROYANNI, I. *Integration Approaches to Group Taxation in the European Internal Market*. (Doctoral Thesis). London: Queen Mary University – School of Law, 2007, p. 214.

²⁸ "Europe does not currently seem determined to engage in pioneering action. Considering this, a failure to convince all Member States to adopt the group taxation scheme should be faced as a probable occurrence." See MITROYANNI, I. *Integration Approaches to Group Taxation in the European Internal Market*. (Doctoral Thesis). London: Queen Mary University – School of Law, 2007, p. 316.

enforce; Jurisdictions which feel obliged to raise their tax rates may face a very significant outflow of capital and hence reduction in welfare.”²⁹

In Brazil, the use of “tax rules as incentives” aimed at “reducing” the harmful effects of the global crisis and was adopted with incentives with a reduction in the taxation of economic activities considered a priority for the market and the economic system. With respect to this topic, it is worth highlighting the incentives for the auto industry and retail sector, which ultimately characterizes a strong state intervention in the economic order, stimulating consumption to maintain jobs and to strengthen the economic process as a whole. The problem is that, after years of various tax incentives and subsidies, the country is facing one of its biggest public crisis as the expenditures of the federal government were not well managed and are now subject to urgent adjustments. It is clear that there was not a proper and technical methodology of control of the consequences and of the expenditures.

Clearly, the position of the countries is different if they do not integrate a common market as the European Union³⁰. So the subject keeps becoming more and more complex. Some countries might need to grant tax incentives or other financial measures to solve social and economic problems until certain levels of development³¹. By the opposite, in a large number of cases the use of State Aids/State subsidies in general will impact on the financial balance of the states and/or will disintegrate the neutrality of the free trade.

II - Problems of International tax competition and its effects on public finance, fairness and social and economic rights.

The international tax competition is a phenomenon of great economic importance, with major implications for taxation given the ongoing integration of economies, which ends up being emphasized by numerous factors that affect the movement of capital, goods and services, production factors and technology factors³². That is, the key elements of this complex relationship between global economic integration and taxation are the competition, coordination and harmonization, because, in some cases, there will be unilateral practices of governments that will ultimately affect the economic activities outside of their territories, and, in other cases, there will be the establishment of common fiscal policies³³.

²⁹ DEVEREAUX, M. *The 'OECD Harmful Tax Competition' Initiative*, p. 106.

³⁰ An important aspect is registered by Rafael Leal-Arcas in regard of the relation between Brazil and the EU: “What can the EU offer Brazil? The EU could grant tariff preferences in agriculture and other goods where Brazil is competitive, such as biofuels and ethanol as environmental goods. Brazil is by far the world’s most important producer of fuels made from plants and it has the greatest potential worldwide for affordable biofuels.” LEAL-ARCAS, R. *International Trade and Investment Law – Multilateral, Regional and Bilateral Governance*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd., 2010, p. 91. Although since 2010 there was a major change in the oil prices, the affirmation remains current, especially now after “Brexit” which effects are still not well known as they will depend on the negotiations between Britain and EU.

³¹ MANOR-PERCIVAL, Y. *Bilateral Investment Treaties in a Harmonious World: China’s Paradigm*. (Doctoral Thesis). London: Queen Mary University – School of Law, 2014, p. 121.

³² See TANZI, V. *Taxation in an Integrating World*. Washington: The Brookings Institution, 1995, pp. 6-7.

³³ A critical view on Keynesian views is noticed by Hugo Radice and explains some of the reasons of the global crisis: “Most of the *theoretical* criticism has been aimed at Keynesian views about the behavior of particular economic agents in a capitalist economy. The *practical* difficulties of Keynesianism, however, have equally arisen from the growing exposure of national economies to

In recent decades, the economic globalization has produced a series of positive results, such as: (i) more efficient allocation of production factors; (ii) increased availability of goods in the market to consumers; (iii) reduction in capital costs; (iv) reduction in transport costs; and (v) greater exchange of information, knowledge and technology³⁴. There has also been the inclusion of many poor countries in this new supranational market, as is the case of Latin American countries, which ended up increasing their competitiveness³⁵. In this sense, Baum argues that the economic integration offers undeniable benefits for the development of nations³⁶.

However, as Radice declares, after examining the global crisis in 2008/2009, the integrated economy "meant that the 'contagion' of credit market failure spread across the world in 2007-2008 with unprecedented rapidity. It did not take long to realize that the collapse of the US subprime mortgage market was threatening banks not only in the USA, but all over the world, especially in continental Europe where the search for higher yields had been even more pressing than in Anglo-Saxon economies. [...] The 'globalization consensus' was shaken, if not shattered, and it seemed that national solutions needed to be sought, rather in the manner of Keynes in the early 1930s."³⁷ As noticed, the economic integration process also produces numerous negative effects, especially the increased mobility of economic activities, which ultimately results in impacts that cannot be easily controlled and which internationalizes problems that before were only related to domestic issues³⁸. This has led to the further impoverishment of many underdeveloped countries and has hindered the financial balance, which is a prerequisite for any developed economic system, because without such value, investments are unlikely to be made by economic agents.

Although the economic integration process presents itself as inevitable, it eventually produces harmful effects that must be overcome. In this context, it is important to adopt public policies that are in accordance with constitutional provisions and international agreements. Also the measures need to respect the public finance and fiscal accountability. Due to the mobility of economic activities, doubt is cast on the taxation of some economic bases, such as capital. In other words, the mobility of capital and economic activities in general ends up pressuring countries to reduce their taxes

international economic forces beyond the control of individual governments. The growth of trade as proportional of national income, the internationalization of industrial and banking capital, and the disorder in the world economy since the demise of the Bretton Woods system, have all undermined the efficacy of the conventional Keynesian policy tools." See RADICE, H. *Global Capitalism – Selected Essays*. New York: Routledge, 2015, p. 71.

³⁴ KEIKEBELD, B. J. *Harmful Tax Competition in the European Union*. The Netherlands: Kluwer Tax / Foundation for European Fiscal Studies - Erasmus University Rotterdam, 2004, pp. 3-4.

³⁵ See John H. Mutti. *Foreign Direct Investment and Tax Competition*. Washington: Institute for International Economics, 2003, p.5.

³⁶ See BAUM, H. *Globalizing Capital Markets and Possible Regulatory Responses*. In: *Legal Aspects of Globalization - Conflicts of Law, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*. Org.: Jürgen Basedow; Toshiyuki Kono. Hague: Kluwer Law International, 2000, pp. 79-80.

³⁷ See RADICE, H. *Global Capitalism – Selected Essays*, p. 183.

³⁸ MARTÍNEZ SELVA, J. M. *Los Paraísos Fiscales – Uso de las Jurisdicciones de Baja Tributación*. Madrid: Difusa, 2005, pp. 24-25.

and/or to grant economic and financial advantages and this phenomenon is changing every day³⁹. This affects the governments' budgets and the fiscal policies as remedies⁴⁰.

That is where one will find the practice of international tax competition, which, for the specialized doctrine, is referred to as the reduction in the tax burden and/or the granting of direct aid to promote the economy of a country, with an increase in the competitiveness of domestic businesses, and/or to attract international investments⁴¹. However, it should be noted that the "tax competition" expression had been used in the U.S. doctrine for decades to define the tax dispute between the states of that federation, calling attention to possible competitive distortions and imbalances in regional fiscal policies and attracting severe criticism⁴². At the international level, the debate over tax competition has intensified as a result of economic integration policies, as in the case of the European Union, and the perspectives of globalization and consequent internationalization of markets. Also there might be a change because of recent "Brexit"⁴³. The UK has reduced the corporate tax and France and Germany have started to complain. The WTO has also mentioned that the tax cut is a proof of international tax

³⁹ The "Brexit" is a proof of the complexity of the subject as there will be a large range of changes in the disputes between Britain and the UE and this will clearly affect the operations between corporations. "Currency volatility and market uncertainty typically put the brakes on deal activity and the day's events are rippling across major global indices. [...] There are other more mundane, but still economically significant areas that will be affected by the Brexit, most notably cross border [taxation](#). The tax implications of a UK exit from the EU depend on what other agreements the UK is able to hammer out post exit. In general terms, not being in the EU would remove the UK's powers to impact EU level tax matters and a Brexit would not leave a footprint on the UK's extensive double tax treaty network. The UK would, therefore, still benefit from, and be compelled by, the double tax treaties already in force. The most significant consequence of the Brexit will be in relation to indirect taxes, most notably VAT (Value Added Tax), a European tax. Currently the UK's VAT legislation must be directly in line with the EU; this tax coordination with other EU Member States facilitates European trade. However, in the world of a Brexit, UK VAT would no longer be governed by EU law and the UK could make possibly far reaching changes to the VAT system. It would be open to the UK to change how VAT is charged in the UK, or even to replace it with an altogether different tax." <http://www.forbes.com/sites/mattporzio/2016/06/24/uk-brexit-will-significantly-impact-global-ma/#467c4dc12ec8>.

⁴⁰ See BOUGRINE, H. *Fiscal Policy and the Current Crisis: are Budget Deficits a Cause, a Consequence or a Remedy?* In: *The Economics of Public Spending*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2000, p. 25.

⁴¹ About the influence of incentives on decision-makers, see BROWN, R. *The Ethics of Using Financial Incentives to Encourage Healthy Behaviour*. (Doctoral Thesis). London: Queen Mary University – School of Law, 2013, pp. 103-158.

⁴² BRONORI, D. *State Tax Policy - A Political Perspective*. Washington: The Urban Institute Press, 2001, p. 31.

⁴³ It is under discussion at the time of this report that the UK will reduce the corporate tax up to 15% in order to be more competitive in the international level. Although this level of taxation could never be considered a harmful tax practice, it demonstrates that the countries need to "play" this competition in order to avoid more economic and social problems with the capital flow for other markets. The tax cut was mentioned even before "Brexit" (see <http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/budget-2015-corporation-tax-just-got-the-lowest-rate-in-the-10375238.html>. Access in July 12, 10:37 am. But now it might be even more. According to the Government, the corporate tax rate will be reduced every year by 2020. The WTO Chief, Pascal Lamy, has declared, in response to UK's tax cut, recently that: "The UK is already activating one of the weapons in this negotiation, which is the tax dumping, tax competition. I can understand why he [Mr. Osborne] does that, because obviously investors are flowing out from the UK, and he wants to provide them with some sort of premium that would make them think twice before they leave the United Kingdom." See <http://www.bbc.co.uk/news/business-36699642>. Access in July 12, 10:57 a.m.

competition from the UK⁴⁴. And the basis of this phenomenon is the search for lower tax costs on the part of international economic subjects, explained by the idea that tax is one of the burdens of the economic activity and by the interest in wealth maximization⁴⁵.

As mentioned before, "Brexit" has been changing the *status* regarding the use of tax and financial measures between EU and the UK (and also protective measures) as there will be not any control on State Aid depending on the decisions regarding the ongoing process. Also there are many changes in the international taxation regarding operations in Britain and the EU. The EU-Members have started to complain about the UK's tax policy in regards to competition years ago. The conflicts are ongoing between the Governments as noticed recently and it might continue until the negotiations finish between the UK and the EU leaders⁴⁶. Also "Brexit" forces Ireland to deal with the EU-Members in a different way, as the country remains in the bloc and can become the "leader of the union's north Atlantic wing"⁴⁷.

In other words, companies, especially multinationals, are taking advantage of this international dispute to increase their production and ensure greater participation in global markets, even negotiating, through international bodies, guarantees for their investments, which have been increasingly free and sovereign. Here, it is worth mentioning the example of tax havens, which, in face of their natural economic hardship, eventually adopt measures to attract investments and capital, being severely criticized by developed countries. And the use of such "tax-favored jurisdictions," previously restricted to large investments, has grown steadily due to the liberalization of capital movement. And now, it is estimated that: (i) about 3 to 3.5% of all the global wealth is in tax havens; (ii) between one third and half of all international financial transactions move through the so-called offshore economy, since all the major financial institutions are present in an offshore world. Moreover, tax havens are defined as places where there is not too much inspection and where the information of account holders is kept secret, and this ends up boosting the demand from agents that have a large amount of financial capital for the implementation of tax plans or for the actual tax evasion. It is important to remember that, among the measures adopted by tax havens, the most famous one is the non-taxation of the residents' income, and it is extremely easy to obtain residence in such territories.

In this respect, it is worth highlighting the accurate lesson of Reuven S. Avi-Yonah, when he said that there has been tremendous growth in the practice of international tax competition for capital and international investment - foreign direct investment - since 1980, now representing the possibility of multinationals avoiding paying tax on their incomes⁴⁸, as shown in the example of Intel Corporation, which

⁴⁴ See *Financial Times*, London, July 12, 2016, p. 2. Many studies in the UK have suggested to "move the taxation of international profit to a destination basis." See Michael Devereaux. *Economic Theory of the Optimal Taxation of Multinational Profit*, p. 20.

⁴⁵ KIRCHLER, E. *The Economic Psychology of Tax Behaviour*. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 197.

⁴⁶ "France's finance minister has warned that the UK's plan to cut corporate taxes could hit Britain's negotiations with the EU following the country's vote to leave the bloc. [...] France and Germany are both concerned that the UK will be tempted to establish itself as a low-tax offshore jurisdiction on the EU's outskirts in response to the Leave vote. Britain's corporate taxes are already lower than the two continental countries. While France's socialist government has vowed to cut the corporate tax rate from 33 per cent to 28 per cent, Germany applies a 30 per cent rate. The average rate is 23 per cent." *Financial Times*, London, 12 July 2016, International, p. 2.

⁴⁷ BOLAND, V. *Global Insight*. In: *Financial Times*, London, 12 July 2016, p. 2.

⁴⁸ See Reuven S. Avi-Yonah. *Tax Competition, tax arbitrage, and the future of the international tax regime*. In: *International Tax as International Law*. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 184.

establishes different stages of its activities in various countries, taking advantage of tax systems that are more attractive from the viewpoint of final cost. It is also a fact that the international tax community is "dominated by a high-level debate on topics such as tax avoidance, aggressive tax planning, corporate social responsibility, tax governance, transparency and exchange of information"⁴⁹. At this moment, all these subjects are related to international tax competition and BEPS as the increase of globalization has increased the possibility for erosion of the domestic tax base. Also the economic crisis over a large number of countries has exacerbated the heavy burdens⁵⁰.

However, it is important to emphasize that it is not only the granting of tax incentives that draws attention in this competition between countries. The granting of direct subventions (labeled as grants), which is a common practice, for example, in the U.S., also affects the corporate and institutional competition, being severely criticized by several experts, who even suggest the possible bankruptcy of the U.S. State⁵¹.

In all cases, tax competition is observed by a logical explanation: in both countries where there is the exercise of economic activities, with establishments, including the production and the actual circulation of industrial products, when the same practical case is considered, the states are concerned, because if they levy taxes, they may be replaced by others⁵². This demonstrates the mobility of economic activities, which started to analyze countries on the basis of numbers. The fact is that the maintenance of the tax advantages ends up being one of the reasons for the granting of additional incentives, with an allusion, in the doctrine, to the "race to the bottom." Thus, tax competition ultimately denotes international pressures exerted on a national government during the establishment of its tax policy. The expression is linked to the pressure to reduce the level of taxation based on other countries, since individuals and corporations see taxes as elements that determine their profits.

For a long time, international tax competition was seen as beneficial, based on the model developed by Charles Tibeout, in 1956. After the thesis of Tibeout, there was widespread criticism, most of which was based on the following grounds: (i) the possible need to respect the redistributive role of taxes; (ii) the evident crisis that would result from the granting of unrestricted incentives, with the consequent increase in public spending, with allusions being made to "sub-taxation," since, as pointed out by Nabais, the states, "in an attempt to attract foreign investment, are led to levels of expenses and taxes that are below what is desirable, particularly for the maintenance of a social state, even if it is a lean one"; (iii) the model would completely disregard the different mobility of production factors, moving the "taxes on capital to labor and, within labor, the taxes on the income of qualified labor (and consequently more nomadic) to the taxes on less qualified labor (and consequently more sedentary)."⁵³ It should be noted that Tibeout, considered the father of studies on tax competition between states in the U.S.,

⁴⁹ See HIJI PANAYI, C. *Advanced Issues in International and European Tax Law*. Oxford: Hart, 2015, p. 4.

⁵⁰ See PICHHADZE, A. *Exposing Unaddressed Issues in the OECD's BEPS Project: What About the Roles and Implications of Contract Interpretation Law and Private International Law in the Transfer Pricing Arm's Length Comparability Analysis?* (2015) - In: 7 World Tax Journal, p. 106. See Reuven Avi-Yonah; Kimberly Clausing. *Business Profits (Article 7 OECD Model Convention)*. In: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives. The Netherlands: Kluwer Law International, 2008, p. 9.

⁵¹ See SHAVIRO, D. N. *Taxes, Spending, and the U. S. Government's March Toward Bankruptcy*. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 3.

⁵² See TAVEIRA TÔRRES, H. *Tendências da tributação dos lucros e do investimento*. In: Revista Internacional de Direito Tributário n. 4. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 33.

⁵³ See CASALTA NABAIS, J. A *Soberania Fiscal no Actual Quadro de Internacionalização, Integração e Globalização Económicas*. In: Estudos de Direito Fiscal - Por um Estado Fiscal Suportável. Coimbra: Almedina, 2005, p. 203.

was criticized for not extending his thesis (the efficiency in the allocation of public and private resources) to firms and for not properly addressing the issues from an international viewpoint, referring only to individuals and efficiency issues in the purely domestic environment of the dispute between units of the U.S. Federation.

Among the main critics of Tiebout's ideas, it is worth highlighting Peggy Musgrave, from the University of California, and Richard Musgrave, from Harvard University, for whom the model examined "breaks down when public goods are financed through general, rather than benefit taxation, and coordinating measures will be needed to protect diversity of preferences for social goods, while securing fiscal neutrality with respect to location of work, investment, residency and consumption."⁵⁴

According to the scholars in question, initially one can say that tax competition results, in some situations, in economic efficiency and accountability of governments with respect to public expenditure. However, in a more accurate analysis and taking into account the mobility of economic factors, including capital, investment, consumption and labor, this reality changes, thus creating a series of distortions, especially for the budgets of countries, including: (i) the migration of resources and capital to areas with advantageous tax treatments, distorting the regional allocation of resources and influencing private decisions; (ii) this migration, especially of capital, will eventually allow owners that reside in the country with higher taxation to act as free riders, enjoying a high level of public services without contributing to the respective costs; (iii) economic agents will eventually change their choices vis-à-vis costs, tariffs and tax incentives granted by individual countries; and (iv) in the absence of coordination, there will be a decrease in the supply and/or quality of public services, distorting the relationship between residents and the state.

Also according to the thesis of the American authors cited, tax competition does not have the power to ensure the harmony of public finances vis-à-vis international issues, whether with respect to efficiency, or with respect to the notion of equity (justice). Therefore, it is impossible to apply the theoretical model of Adam Smith to the competition between governments. In another study dedicated to a comparison between the positive and negative effects of tax competition, Peggy B. Musgrave said that the issue has been debated in the U.S. since 1986, with the development of economic theories that ultimately demonstrated that Tiebout's thesis was unsustainable, when international aspects are examined⁵⁵. Thus, according to the majority doctrine, international tax competition is a harmful phenomenon when there are no criteria of legitimacy and economic efficiency (reduction in regional inequalities, development of poor areas, for example), since it ends up placing a large burden on states that give incentives, besides manipulating the economic process. As explained by John Douglas Wilson, "tax competition may force changes in the way tax burdens are allocated within jurisdiction and the amount and nature of public goods provided there."⁵⁶

So, a large portion of the doctrine is critical of this dispute between countries, referred to by many as a non-cooperative game, which ultimately manipulates business decisions and distorts the economic process by creating inefficiencies in the long term. Thus, international tax competition policies involve instituting policies of competition between different tax jurisdictions through tax incentives and concessions, to attract businesses and individuals, with the possibility of such policies being

⁵⁴ See Peggy B. Musgrave; Richard A. Musgrave. *Fiscal Coordination and Competition in an International Setting*, p. 81.

⁵⁵ See MUSGRAVE, P. B. *Merits and Demerits of Fiscal Competition*. In: *Tax Policy in the Global Economy*, p. 338..

⁵⁶ See DOUGLAS WILSON, J. *Theories of Tax Competition*. In: *Foundations of International Income Taxation*. Editor: Michael J. Graetz. New York: Foundation Press, 2003, p. 519.

characterized as detrimental to international integration and competition in the free market, with an allusion, in this case, to harmful tax competition. So, it is observed that tax competition ends up being understood, by a large portion of the doctrine and governments, as a phenomenon that is contrary to market competition, since it distorts the allocation of financial resources and is detrimental to the countries' tax systems. For this reason, today much of the literature ends up differentiating between tax competition and tax harmonization, which is the process of adaptation of national tax systems, to bring them into line with the common economic directions.

One conclusion seems to be obvious: as a result of tax competition, tax systems have become increasingly similar, in order to be competitive in attracting economic activities. As a consequence, there is the possible tax degradation of a large portion of countries that grant incentives in search of international investments, since the most evident consequence of this process is the impoverishment of such states, except for some countries that rely on investment. In a different way, the issue may end up leading countries to a conflict that has no end and no winners, because the only consequence will be the increasing migration of taxation from capital to labor, as it has occurred in the European Union, where there have been successive increases in the last twenty years, in addition to a drop in the level of public services. So, as a result, tax competition acts as a game in which firms manipulate the jurisdictions against each other, choosing, at the end, the best offer to carry out their economic activities. In this sense, it is worth highlighting the fundamental lesson of Reuven Avi-Yonah, for whom the result of international tax competition will eventually be dramatic. According to Avi-Yonah, the dispute between countries started with two historic movements: (i) suspension of withholding tax on gains on investments made by non-residents, as occurred in the U.S. in 1984, with its tax reform; (ii) tax benefits were established by developing countries, and some of them even created tax havens⁵⁷. The first fact is linked to three different aspects of the U.S. economy: (i) the tax reform adopted by the government of Ronald Reagan, in the movement to reduce the size of the government, with a reduction in the tax burden to attract investments, mainly from Japan; (ii) the tax treaty between the U.S. and Japan levied a withholding tax of 10% (ten percent) on gains on investments, while treaties with other countries did not levy any taxes; (iii) the U.S. terminated the treaty with the Netherlands to avoid paying tax on interest, solving both the government's problem and the multinationals' problem, also encouraging foreign investment in the country and facilitating access to funding without tax cost⁵⁸.

This practice of the U.S. government eventually led to this dispute that is nowadays labeled as tax competition, inaugurating the so-called "race to the bottom," because soon after these U.S. measures, virtually all developed countries adopted the same practice. Germany, for example, between 1988 and 1991 ended up being harmed by the taxation of gains on capital investments, incurring huge losses with the migration of funds to Luxembourg. As a consequence, Germany was forced to adopt a mechanism to solve the problem, keeping said taxes, but not on its residents, and allowing investors in Luxembourg to receive the same treatment as German residents. The fact is that the reduction of taxes, directly or indirectly, leads to what the doctrine calls financial flows or capital flows, with tax systems being considered a structural data of the global market, although its influence on economic activities is limited. This tax dispute, which, in a comparison to the market's operation, involves the reduction in the "prices" that represent taxes and tax systems of countries, eventually benefits taxpayers, by reducing

⁵⁷ See Reuven S. Avi-Yonah. *Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crises of the Welfare State*, p. 532.

⁵⁸ See SCHNEIDMAN, L. *U. S. Taxation of Foreign Portfolio Investors*. Boulder, USA, 2006, pp. 1-13.

their obligations in countries with high taxation and good structure of public services, enabling tax planning and the adoption of evasive measures.

Therefore, the issue ends up involving the so-called international tax planning, since major investors almost always create tax arrangements to reduce their tax burden, to the detriment of tax revenues of the countries in which they reside. Take, for example, an investor from a country that, through a company located in a tax haven, transfers his resources to the U.S. Even if there is a treaty between the U.S. and his or her country of residence, it will be impossible, without the help of the tax haven, with the issuance of financial information, to identify the operation and levy taxes. In this line of thought, studies have shown that, in the 1980s alone, Latin American countries transferred to developed countries between \$15 and \$60 billion a year, about \$300 billion of which entered as investment in the U.S. only. Developed countries, such as Germany and Japan, also ended up being involved in this capital mobility by virtue of the measures aimed at granting preferential regimes, with the operation of resources in other countries and without taxation in their residences.

The second point, in turn, is related to the actual international economic integration, with the evolution of technology and communication, facilitating the exchanges between countries and the formation of a new market, aspects of globalization. The international tax competition is so evident that, in 1998 alone, when the OECD report on harmful tax competition was published, there were at least 103 countries using preferential tax regimes or advantages to attract investment. As a result, there has been an effective migration of tax bases, with an overall decrease in taxes on income and on capital, in view of the so-called mobility. And, at the opposite end of the scale, an extremely worrying fact has been the increase in the levy on less volatile bases, such as wages and consumption. And the problem arises with this change in tax bases, because the taxation eventually leads to economic and social problems. After all, as emphasized by Avi-Yonah, high taxes on labor discourage work; high payroll taxes discourage job creation and contribute to unemployment; and high taxes on consumption of goods and services drive consumption overseas⁵⁹. Avi-Yonah also argues that, since countries cannot tax the income of capital in light of this international movement, their only recourse is to cut social security nets and their public services, thereby creating a dilemma about globalization itself⁶⁰.

Thus, the so-called tax degradation involves the reduction in governmental tax revenues, which ultimately restricts the capacity to fund public policies⁶¹, leading governments, due to the need for resources, to increase taxes on less volatile economic bases, especially, in this case, on the income of workers and on consumption, as previously seen. Andreas Haufler⁶² presents three externalities resulting from the use of competition between the countries: (i) the tax base externality; (ii) the tax exporting externality; and (iii) the terms of trade externality. The first hypothesis has to do with the effects of the reduction and/or increase in the taxes of a country on its neighbors, which can lead to positive externalities for some economic players. The so-called tax exporting externality, in turn, occurs when foreigners derive benefits, in their countries

⁵⁹ See AVI-YONAH, R. S. *Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crises of the Welfare State*, p. 534.

⁶⁰ See AVI-YONAH, R. S. *Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crises of the Welfare State*, p. 534.

⁶¹ See YARROW, A. L. *Forgive Us Our Debts: The Intergenerational Dangers of Fiscal Irresponsibility*. Michigan: Library of Congress Data, 2008, p. 69.

⁶² See HAUFLER, A. *Taxation in a Global Economy*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2001, p. 33.

of residence, from non-coordinated fiscal policies. Also according to Haufler, these non-coordinated fiscal policies lead to capital fluctuations and, with the reduction in taxes on profits, for example, negative externalities may be caused for neighboring countries, with the volatility of the tax base. With respect to the terms of trade externality, the taxation of certain activities can be used as a mechanism to influence prices in the international market, such as the prices of commodities, in favor of some countries and at the expense of foreign economic agents. And as Haufler warns, "countries can impose domestic taxes on capital in order to influence the world rate of return, i.e., the inter-temporal terms of trade."⁶³

All the situations described and exemplified by Haufler are understood, by the legal-economic doctrine, as failures of the so-called market mechanisms, because they ultimately distort the proper allocation of resources and change the tax policy of countries involved in the process of market integration. Every day, the literature, politicians and economists reiterate their concern over the constant migration of tax bases, because the states, in need of resources, have to maintain their revenues by levying taxes, more and more often, on less mobile bases, such as labor, wages, property and consumption⁶⁴.

Therefore, it becomes evident that international tax competition is one of the causes of the crisis that lots of countries are facing nowadays, because it prevents, in fact, the adoption of better criteria for inspection and taxation of interstate operations. If the capital moves more and more in a tax-free way, states are faced with the need to attract capital and, in order to maintain their financial structures (after all, they are fiscal states), they have to tax other bases, such as wages and consumption, generating tax regressiveness and economic and social inequality, as a more pragmatic consequence.

The competition between companies increases by virtue of differences in the economic and fiscal structures of countries. And, if on the one hand, companies in developed countries benefit from globalization, on the other, they end up preferring to invest in countries with lower costs. Thus, the effects of globalization are highly asymmetrical. The most immediate consequence of the competition between countries is the shift in the tax bases in many of these countries. That is, there has been more and more tax on less mobile bases, such as consumption, property and labor and, on the other hand, there has been less and less tax on capital and international investment. In the end, the ones that benefit are the large international taxpayers, who, without thinking twice, transfer their resources to the most favorable tax environment, creating an economic and financial imbalance for countries that need to provide public services and ensure the basic rights of their citizens.

Every day, countries around the world have to find ways to keep their tax revenues, the financial surplus and the share in the global market of their economic agents. On one hand, there has been an increase in the international economic movement headed by transnational corporations. On the other hand, there has been a considerable increase in social exclusion, since the impoverishment of states leads to a reduction in wealth distribution policies, making it difficult to solve scarcity problems (that is why there is the allusion to social exclusion).

This process of increasing internationalization of companies and financial capital has forced states, including the most developed ones, to make tax reforms and to reduce public spending, in order to keep their territories attractive and competitive, by alleviating the taxation on investments. However, if these changes are poorly planned, they can lead to what experts call a fiscal degradation, with serious crises, as what

⁶³ See HAUFLER, A. *Taxation in a Global Economy*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2001, p. 33.

⁶⁴ See HAUFLER, A. *Taxation in a Global Economy*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2001, p. 33.

happened in Russia, for example, and now in Brazil, with the impoverishment of countries and the progressiveness of taxation, which affects the economy and generates huge social distortions.

Based on everything that has been seen, it seems that, in addition to other equally important aspects (method of international regulation, control mechanisms, lack of liquidity, etc.), it is essential to correlate the global financial crisis with international tax competition. A consequence of globalization itself, the competition between countries to attract capital and investments eventually imposed obvious limitations on the sovereignty of countries, increasingly pushing supervision and taxation away from financial transactions, leading states, for the sake of survival, to levy higher taxes on less volatile economic bases, such as production, wages and domestic consumption. This ends up worsening the fiscal degradation of less developed countries, which, in an increasingly economically integrated world, become trapped in a real race to the bottom.

This means that national states are and will increasingly be hostages to the global economic system, preventing them from providing, in the intended manner, public services and ensuring the welfare of their citizens. The lack of control over international financial businesses and the reduced regulation on international tax competition are also indisputable causes of the crisis, which, serving as the basis for changes at a global level, must lead to the imposition of greater control over capital mobility. Otherwise, it will be increasingly difficult for states to provide public services to ordinary people, with the "search for social rights" being driven away from material reality.

The granting of tax incentives and direct subsidies, instead of something harmful to countries, ends up being one of the only ways to keep them in the path of world investments. Eliminating tax incentives and/or subsidies means harming economic environments for competitors, because, in practice, all developed and developing countries grant state incentives to the market (despite the ranting against such incentives). If there is no effective global control, either by a body to be created or by the WTO itself, countries concerned with the growth of their economies should continue granting such incentives, otherwise, these countries may be left out of the global economic process. However, such governmental incentives must not be granted without legitimacy criteria, such as equality (i.e., non-discrimination, in a more practical sense) vis-à-vis the free competition. This is probably the major problem in this subject. In order to help the economy and the society, the countries shouldn't grant incentives or subsidies without a technical study of the expenditures, the post-benefits, the impacts on the competition and on the international relations.

III – Base Erosion and Profit Shifting.

The recent researches on international taxation – subject which is also considered an "esoteric world"⁶⁵ – show that there is an unprecedented attention⁶⁶ being paid to the issue of base erosion and profit shifting⁶⁷. OECD's agenda and actions against this phenomenon aim to facilitate multilateral cooperation among governments⁶⁸. The

⁶⁵ See DHARMAPALA, D. *What Do We Know About Base Erosion and Profit Shifting? A Review of the Empirical Literature*, pp. 3-27.

⁶⁶ See BRAUNER, Y. *What the BEPS?* In: Florida Tax Review, Volume 16, Number 2, 2014, p. 55.

⁶⁷ See Wolfgang Schön, Hugh J. Ault, Stephen E. Shay. *Base Erosion and Profit Shifting: A Roadmap for Reform*. In: Bulletin for International Taxation. The Netherlands: IBFD, 2014, p. 275.

⁶⁸ See COCKFIELD, A. *BEPS and Global Digital Taxation*. In: *Tax Notes International*, September 15, 2014, p. 933. Defends the author that "The OECD must begin a more focused discussion on the ways that Internet technologies could help enforce tax laws to inhibit aggressive international

multinationals tax planning schemes have been subject to a general criticism⁶⁹. Pedro Schoueri has noticed the conflicts and inconsistencies between the trade and investment law and the practices by the international organisms:

"Throughout the analysis, the most challenging aspects related to the relevance of tax discrimination for the trade and investment framework, as well as the possible justifications that each framework is ready to accept.

Regarding the relevance of tax discrimination, the findings of the present analysis are rather similar to those discussed in Part II: while the issue is well established with regard to EU law, the contradictory case law on the TRIPS Agreement does not allow a firm assessment and the IIAs contain significant taxation carve-outs. The discussion under the GATS will depend on the lists of specific commitments and possible horizontal limitations, and the GATT provisions, while covering tax advantages, are considerably limited by the scope of the Agreement to trade in goods.

In this regard, the limitation of scope of the agreements seem to largely exempt concerns with CFC defensive measures. First, trade and investment agreements do not cover discrimination against a country's own nationals, which is the case with CFC legislation. From an EU standpoint, these measures are covered by the freedoms of establishment, which does not offer protection to third country scenarios (though at an intra-EU level the conflict remains possible).

Therefore, withholding tax and non-deductibility defensive measures are those with the highest potential for conflict with the trade and investment framework. In this respect, the variety of taxation carve-outs mentioned above makes a firm assessment on the existence of such conflicts dependent on a case-by-case analysis – but the possibility of conflict is established, at least where the extent of those carve-outs is limited.

Besides, given the visibility of the discriminatory elements of withholding tax and non-deductibility defensive measures, the matter of justifications gained particular relevance. This exercise highlighted important parallels and inconsistencies between the frameworks.

First, in the EU context, much of the discussion focuses on the unwritten rule of reason, which includes a proportionality test. On the other hand, the GATT and GATS rely on the written justifications of articles 20(d) GATT and 14(c) and (d) GATS, which also include a proportionality test. While the coverage of the GATT and GATS proved to be much more restricted, the arguments used in the justification stage were parallel to those used at EU level:

tax planning while ensuring that any new regime protects important interests such as taxpayer privacy."

⁶⁹ See DUHIGG, C; KOCIENIEWSKI, D. *How Apple Sidesteps Billions in Taxes*. *New York Times*, April 28, 2012, available at <http://nytimes.com/2012/04/29/business/apples-tax-strategy-aims-at-low-tax-states-and-nations.html?r=0>.

the prevention of abuse and measures securing compliance with laws and regulations are not to be used disproportionately, offering shelter to measures that in effect restrict the respective free movement rights. [...] At EU level, for instance, the teeth of the state aid provisions is arguably used to enforce the CoC criteria.⁹⁸² In principle, it is possible to conceive a similar complementary relation between the FHTP and the ASCM (or even PTAs with broader subsidy rules). In this sense, it is possible to conceive the relationship between the hard and soft frameworks in constructive rather than destructive terms. [...] Finally, as a byproduct, the present analysis also indicated important inconsistencies within the trade and investment law framework.”⁷⁰

It sounds quite clear the affirmation of Pedro Schoueri who has appointed that “the coordination efforts between the frameworks are weak, to say the least, so that conflicts are more likely to arise. [...] It is possible and even likely that similar conflicts of frameworks occur in other areas of international tax law, e.g. involving other BEPS Actions or involving other international agreements.”⁷¹

Actually, the BEPS action plan is based on the premise that “BEPS is a global problem which requires global solutions” and its main purpose is to provide the countries “the tools they need to ensure that profits are taxed where economic activities generating the profits are performed and where value is created, while at the same time give business greater certainty by reducing disputes over the application of international tax rules, and standardizing requirements.”⁷² It is important to analyze what the OECD is doing in regards of BEPS⁷³. Also it is needed to examine the current model of regulation

⁷⁰ SCHOUERI, P, G. L. *Conflicts of international legal frameworks in the area of Harmful Tax Competition: the Modified Nexus Approach*. Viena: Institute for Austrian and International Tax Law/

DIBT – Doctoral Program in International Business Taxation WU – Vienna University of Economics and Business, 2018, pp. 187-188.

⁷¹ SCHOUERI, P, G. L. *Conflicts of international legal frameworks in the area of Harmful Tax Competition: the Modified Nexus Approach*. Viena: Institute for Austrian and International Tax Law/ DIBT – Doctoral Program in International Business Taxation WU – Vienna University of Economics and Business, 2018, p. 217, p. 220.

⁷² Available at <http://www.oecd.org/tax/beps-about.htm>.

⁷³ “So what can the OECD do? It can provide a fórum in which those issues can be discussed, common interests can be identified, and political compromises aimed at establishing a compatible set of practices can be established. In many situations, the countries are in a kind of prisoner’s dilemma: They recognize that all are better off if they can cooperate in certain areas but there has to be some way to define those areas and also to prevent defections. Here the OECD has the potential to play a key role. Take the case of patent boxes, reducing the rate of tax on intangible income to attract headquarters companies to the domestic jurisdiction or to prevent domestic activities from leaving. [...] The expansion of the OECD membership and the inclusion of nonmember countries in the discussions of these issues increase the potential scope for constructive dialogue while enhancing, not sacrificing, the OECD’s hard-won legitimacy as an objective arbiter of international issues. It may be possible to agree on what can be agreed on and also to agree on the differences. This can provide the basis for working out in a logical, coherent, and uniform manner the implications of those principles in concrete situations and help to ensure that the basic principles can be consistently applied. Not everything is politics, but not everything is logical deduction from agreed starting points and purely conceptual reasoning (*Begriffsjurisprudence*) either. Rather, what is needed is a complex mix of policy decisions and

of the international tax competition based on the actions of the OECD. As registered by Christiana Panayi, "the OECD has spent a considerable amount of time dealing with the phenomenon of harmful tax competition in the late 90s"⁷⁴, as the OECD project on harmful tax competition was launched in 1996 with reports in 1998, 2000, 2001, 2002, 2006 and 2007⁷⁵.

The main concern of the OECD is that the harmful tax competition has a major impact on the free trade and development of countries. However, as mentioned before, the members still grant tax incentives and financial aids to different sectors of the economy and corporations which are not, in some cases, coherent to the OECD's rhetoric. Also it is important to notice that most of the subjects included in the BEPS action plan are related to corporations' tax planning or abuses, as such as the decision between debt or equity finance (with tax base possible erosions)⁷⁶, triangular structures⁷⁷ and the use of beneficial systems⁷⁸ (that could or could not be abusive).

Business restructurings are also a subject related to the BEPS action plan as there are lots of examples that the main purpose could be tax planning or tax avoidances. It has been a common practice in many countries the application of legal measures by the countries – which authorities are reluctant to give up the share of profits they used to tax before any restructuring – to counter the so-called "abusive structures", "without even having specific legislation available"⁷⁹. This is actually the same situation in Brazil because the methodology used by the tax authorities is to verify the "business purpose" and if there is not one, the legal structure will probably be considered abusive⁸⁰.

then the logical working out of those principles in concrete situations. [...] The BEPS political discourse shows that something is in motion, but do not underestimate the inertia effect resulting from the existing domestic tax rules and treaties." See Hugh J. Ault. *Some Reflections on the OECD and the Sources of International Tax Principles*. In: Tax Notes International, Vol. 70, N. 12, June 17, 2013, p. 10.

⁷⁴ See Christiana HJI Panayi. *Advanced Issues in International and European Tax Law*, p. 6.

⁷⁵ See OECD Reports. Available at <http://www.oecd.org/tax/>.

⁷⁶ See René Offermanns; Boyke Baldewsing. *Anti-Base-Erosion Measures for Intra-Group Debt Financing*. In: International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abusive Measures. The Netherlands: IBFD Tax Research Series – Volume 2, 2015, p. 103.

⁷⁷ See René Offermanns; Boyke Baldewsing. *Anti-Base-Erosion Measures for Intra-Group Debt Financing*. In: International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abusive Measures. The Netherlands: IBFD Tax Research Series – Volume 2, 2015, p. 116. For some authors, some of the anti-abusive measures are similar to measures included in the US treaties. "This clause is based on the assumption that the taxpayer is seeking to obtain treaty benefits by setting up a company in a treaty country and shifting the income to a PE located in a country which does not have a treaty with the source state." See Alexander Rust; Viktoria Wöhrer. *Anti-Abuse Clauses for Permanent Establishments Situated in Third Countries*. In: Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) – The Proposals to Revise the OECD Model Convention. Editor: Michael Lang. Wien: Linde, 2016, p. 109, p. 130, p. 131.

⁷⁸ See René Offermanns; Boyke Baldewsing. *Anti-Base-Erosion Measures for Intra-Group Debt Financing*. In: International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abusive Measures. The Netherlands: IBFD Tax Research Series – Volume 2, 2015, p. 120.

⁷⁹ See COURT, M; AMBAGTSHEER-PAKARINEN, L. *Business Restructurings: The Toolkit for Tackling Abusive International Tax Structures*. In: International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abusive Measures. The Netherlands: IBFD Tax Research Series – Volume 2, 2015, p. 217.

⁸⁰ "The tools to be used by tax authorities are not clear cut, and in some cases can be used abusively, thereby leaving taxpayers unprotected. It could be seen that the BEPS initiative is working on some actions that are relevant for business restructurings. However, as some recommendations are minimal and may not lead to the outcome of better protecting, in essence, the taxing rights of the source country, more work is expected to better safeguard the tax base of source countries. As tax authorities are very focused on applying all the tools available to them, it is advisable that more work to be targeted also at providing more certainty to taxpayers. This

The problem is there is not a definitive concept of what is and what is not abusive in tax avoidance. In the EU, this is a very complex issue as it involves the freedoms inside the Community (freedom of movement). In tax law, it is said that "three connecting factors are generally used to allocate (and to prevent avoidance of) a state's jurisdiction to tax: nationality, residence and origin of income."⁸¹

The academic researches, although in a very short-time after the BEPS action plan was launched, demonstrates that some of the recommendations are relevant. One important fact is that the prevention of "double non-taxation" is possible which limits the base erosion and profit shifting⁸². One of the methods mentioned is to adopt "a broad and clearly delineated definition of intangibles"⁸³. Another possible abuse is the State's abuse over the grant of subsidies without technical exam and control (rent seeking). Financial subsidies could even be considered "evaded taxes" and a cause of tax avoidance⁸⁴. The reports prepared by the OECD have not been able to stop the international tax competition or the grant of direct or indirect subsidies.

At the same time, the OECD reports and agenda against "harmful tax competition" has not succeeded as it has not been able to control the tax incentives or the direct subsidies. Also it has not succeeded because there is an incoherent position against "tax havens" when the OECD members countries keep granting "preferential tax regimes". Another problem is the aggressive tax planning of multinationals which improves the tax competition. This subject, that is not new, could now be considered a shifting of harmful tax competition⁸⁵. However, we do believe that the tax competition and the aggressive tax planning are very well connected. The tax competition should be not considered only between tax havens. A tax and financial competition between countries can occur without tax havens as demonstrated. At the same time, when multinationals use different tax jurisdictions to avoid taxes, they are using "legal set ups" – that could be considered abusive or immoral - according to the countries in which they are based or they operate⁸⁶. Starbucks, for example, has not paid income tax in the UK since 2009⁸⁷. Amazon has faced with similar situations after transferring the ownership of the company from the UK to Luxembourg⁸⁸. Google, at another side, has generated US\$ 18 billion revenue from the UK between 2006 and 2011 "and could only

aspect should be at the top of the agenda, considering also that countries are playing in a very competitive field and are attempting to develop tax regimes for foreign companies to attract investment or are attempting to safeguard legal certainty." See COURT, M; AMBAGTSHEER-PAKARINEN, L. *Business Restructurings: The Toolkit for Tackling Abusive International Tax Structures*. In: *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abusive Measures*. The Netherlands: IBFD Tax Research Series – Volume 2, 2015, p. 217.

⁸¹ See WEBER, D. *Tax Avoidance and the EC Treaty Freedoms. A Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2005, p. 255. The author defends that "Tax anti-avoidance measures may be justified by 'the need to safeguard the cohesion of a tax system'." *Idem, ibidem*, p. 260.

⁸² See VLASCEANU, R. *Intellectual Property Structuring in the Context of the OECD BEPS Action Plan*. In: *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abusive Measures*. The Netherlands: IBFD Tax Research Series – Volume 2, 2015, p. 233.

⁸³ See VLASCEANU, R. *Intellectual Property Structuring in the Context of the OECD BEPS Action Plan*. In: *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abusive Measures*. The Netherlands: IBFD Tax Research Series – Volume 2, 2015, p. 233.

⁸⁴ See PALDA, F. *Tax Evasion and Firm Survival in Competitive Markets*. Cheltenham: Edward Elgar, 2001, p. 55.

⁸⁵ See HIJI PANAYI, C. *Advanced Issues in International and European Tax Law*, p. 11.

⁸⁶ See HIJI PANAYI, C. *Advanced Issues in International and European Tax Law*, p. 11.

⁸⁷ See HIJI PANAYI, C. *Advanced Issues in International and European Tax Law*, p. 13.

⁸⁸ See HIJI PANAYI, C. *Advanced Issues in International and European Tax Law*, p. 13.

pay the equivalent of just US\$ 16 million of UK corporation taxes in the same period”⁸⁹, what is repeatedly seen in other multinationals and financial institutions (as Apple⁹⁰ and HSBC⁹¹) operating in the global market. This situation has called attention of the OECD which, at the request of the G-20 Finance Ministers, in 2012, launched the action plan called “BEPS” to combat international tax competition which is considered to erode the domestic tax base and to shift the profiting. This is exactly the agenda against examples such as Apple's and others. The report from the OECD was released on 12 February 2013. The BEPS action plan was launched in July 2013 which outlined 15 actions across a range of tax areas including “digital economy, transfer pricing, coherence of corporate income taxation and transparency. [...] The 15 actions were scheduled to be delivered in three phases: September 2014, September 2015 and December 2015. In general, it seems that the BEPS Action Plan is aimed at integrating or reviving several related on-going OECD projects.”⁹² UK, Germany and France have contributed to the OECD with millions of Euros to show commitment and it shows that the concern with the phenomenon is much higher with the developed countries which can be damaged regarding the shifting of the tax bases.

The action plan⁹³ appears to be more concerned with reforms in some categories: i) tax base allocation and the application of the source/residence doctrines to some modern-day transactions; ii) anti-abuse tackling base erosion and preventing double non-taxation; iii) procedural reforms to analyze aggressive tax planning arrangements⁹⁴. The issue now is to know: is there anything new in BEPS action plan? Is BEPS compatible with international tax law? The BEPS action plan aims to avoid negative externalities to the countries because of international operations. But is the same policy of the developed countries applicable to the developing countries? Although the OECD has consulted over 80 developing countries and published some specific topics, “it has been argued that cooperation is not necessarily good and its consequences are not always desirable. International taxation has thus far been based on cooperation that serves OECD

⁸⁹ See HIJI PANAYI, C. *Advanced Issues in International and European Tax Law*, p. 14.

⁹⁰ See

www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Economics/Corporate_Tax_Avoidance. “Apple was questioned at the US Senate for the company’s complex tax practices that reportedly led it to successful shelter US\$ 44 billion from taxation anywhere in the world. This was the result of a variety of offshore structures, arrangements and transactions to shift billions of dollars in profits away from the United States and into Ireland, where Apple has negotiated a special corporate tax rate of less than two percent.” See HIJI PANAYI, C. *Advanced Issues in International and European Tax Law*, p. 19; Also See Antony Ting. *iTax: Apple’s International Tax Structure and the Double Non-Taxation Issue*. In: *British Tax Review* 40-71, 2014.

⁹¹ See JOHNSTON, S. *Group Challenges UK Tax Authority on HSBC Tax Scandal*. 2015 WTD 85-5, 2015.

⁹² See HIJI PANAYI, C. *Advanced Issues in International and European Tax Law*, p. 49.

⁹³ The actions mentioned in the report are the following: 1. Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy; 2. Neutralize the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements; 3. Strengthen CFC Rules; 4. Limit Base Erosion via Interest Payment and Other Financial Payments; 5. Counter Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance; 6. Prevent Treaty Abuse; 7. Prevent the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status; 8, 9 and 10. Transfer Pricing (Intangibles, Risks and Capital and High-Risk Transactions); 11. Establish Methodologies to Collect and Analyze Data on BEPS and the Actions to Address it; 12. Disclosure of Aggressive Tax Planning; 13. Transfer Pricing Documentation; 14. Making Dispute Resolution Mechanisms more Effective; 15. Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties. As it can be noticed, the actions are all involved to the concern of tax revenues and the avoidance of abusive measures by multilateral companies which are the entities able to use the more complex tax structures.

⁹⁴ See HIJI PANAYI, C. *Advanced Issues in International and European Tax Law*, p. 51.

countries rather than all countries.”⁹⁵ It is mentioned that this is a “cartelistic cooperation”⁹⁶. However, there is a very logic point in Panaiy’s conclusion in this field:

“Whilst this may be to the benefit of OECD countries, it may not necessarily serve other countries such as the BRICs (i.e. Brazil, Russia, India, China and South Africa). Although these countries have a unique position of power in today’s global economy and this position grants them increasing influence and great potential, nevertheless, for the time being, BRICs countries may face many limitations in transforming the international tax landscape. It might be best if these and other developing countries embrace the BEPS project and participate in the consultations, to try and ensure as far as possible that their concerns are taken into account.”⁹⁷

So it is much better if the developing countries are consulted before any actions start to be taken which will affect their policies and economies. But this does not mean that BEPS plan might be in their interest or not.

However, the negative implications of this phenomenon is not only for the developing countries. As many studies have mentioned, developed countries are facing serious problems because of the tax competition and the aggressive tax planning from multinationals. UK and US are both examples of the damages of this process⁹⁸.

It can be said also that the tax situation in the European Union can be considered one of the causes of the “Brexit”⁹⁹. It is clear that the public spending¹⁰⁰ is a matter of all countries and that the major problems in the economy nowadays do have a relation with the budget and wrong tax and finance policies¹⁰¹. It is said that “it is virtual certainty that the global financial system would experience further global financial crisis, with all their tremendous economic costs for millions of people across the globe. It might seem implausible that the status quo in global financial governance could persist over the longer term in the face of repeated crises. But it seemed just as unlikely at the height of the 2008 financial crisis that so little would change in global financial governance as a result of that momentous upheaval. In the end, the existing order proved much more durable than many expected. If that massive shock to the system did not generate major

⁹⁵ HIJI PANAYI, C. *Advanced Issues in International and European Tax Law*, p. 160.

⁹⁶ DAGAN, T. ‘BRICS’: *Theoretical Framework and the Potential of Cooperation*. In: BRICS and the Emergence of International Tax Coordination. IBFD, 2015.

⁹⁷ HIJI PANAYI, C. *Advanced Issues in International and European Tax Law*, p. 160-161.

⁹⁸ SHEPPARD, L. A. *Debunking the Overseas Cash Meme*. In: *Tax Notes International* 700, 2015.

⁹⁹ A lot of attention might be addressed to “Brexit” as it will change the integration and the tax policies between the trade in Europe within Britain. It may be considered an unprecedented change in the European Union with effects on all the aspects of the EU. About the history and integration of European countries, ARMSTRONG, K. A. *Regulation the free movement of goods*. In: *New Legal Dynamics of European Union*. Edited by Jo Shaw; Gillian More. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 170.

¹⁰⁰ SHAVIRO, D. N. *Taxes, Spending, and the U. S. Government’s March Toward Bankruptcy*. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 27.

¹⁰¹ BUCHANAN, J. M. *The Limits of Taxation*. In: *Taxation – An International Perspective*. Vancouver: Fraser Institute, 1984, p. 54; Jessica de Wolff. *The Political Economy of Fiscal Decisions – The Strategic Role of Public Debt*. Heidelberg; New York: Physica-Verl., 1998, p. 89.

transformative change, what will?"¹⁰² Several interpretation issues remain unclear. The OECD should clarify. Also "Several policy issues exist pertaining to the US enforcement and interpretation of its own limitation on benefits rule."¹⁰³

Developing countries must have a different agenda in reference to tax incentives as they can not be compared to the developed countries in terms of equal competition. The grant of any measure, however, needs to be subject to proper control, transparency and accountability. The use of different methods can be a model to avoid inefficient public expenditures and more market's failures. Finally, the adoption of abusive control against tax planning is not a correct answer¹⁰⁴. The adoption of anti-abusive general clauses has revealed to be unfair and inefficient. The concept of the legal mechanisms need to be as more objective and technical as possible to avoid distortions and failures which can damage the economies and the tax systems.

It is also important to agree with recent researches that conclude that there are important conflicts between trade and investment law involving BEPS which remain subject to further researches and to the development of the methodology of control of an "international tax regime"¹⁰⁵.

REFERENCES

- ÁVILA, H. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- AVI-YONAH, R. S. *Tax Competition, tax arbitrage, and the future of the international tax regime*. In: *International Tax as International Law*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- AVI-YONAH, R. S. *Tax Competition, Tax Arbitrage, and the International Tax Regime*. In: *Public Law and Legal Theory Working Paper n. 73*. Michigan: University of Michigan, 2007.
- _____. *Business Profits (Article 7 OECD Model Convention)*. In: *Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2008.
- _____. *Hanging Together: A Multilateral Approach to Taxing Multinationals*. Michigan: University of Michigan – Public Law and Legal Theory Research Paper Series – Paper n. 364, April 2015.
- BAUM, He. *Globalizing Capital Markets and Possible Regulatory Responses*. In: *Legal Aspects of Globalization – Conflicts of Law, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*. Org.: Jürgen Basedow; Toshiyuki Kono. Hague: Kluwer Law International, 2000.
- BILLIER, J. e MARYIOLI, A. *História da Filosofia do Direito*. São Paulo: Manole, 2005.

¹⁰² HELLEINER, E. *The Status Quo Crisis*. Oxford: Oxford University Press, 2014, 178.

¹⁰³ See TAVARES, R. J. S. *The "Active Trade or Business" Exception of the Limitation on Benefits Clause*. In: *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) – The Proposals to Revise the OECD Model Convention*, p. 159.

¹⁰⁴ See ZILVETI, F.; ELALI, A. *Planejamento Tributário*, p. 22. In the mentioned article, the authors bring attention to the crisis of the policies against tax planning: Franz Josef Haas. *Der Missbrauchstatbestand des § 42 AO – ein unkalkulierbares Risiko für die unternehmerische Gestaltungspraxis?* In *Festschrift für Arndt Raupach zum 70. Geburtstag, Steuer- und Gesellschaftsrecht zwischen Unternehmerfreiheit und Gemeinwohl*. Org.: Paul Kirchhof, Karsten Schmidt, Wolfgang Schön e Klaus Vogel. Cologne: Dr. Otto Schmidt, 2006, (13/26) p. 26.

¹⁰⁵ See SCHOUERI, P. G. L. *Conflicts of international legal frameworks in the area of Harmful Tax Competition: the Modified Nexus Approach*. Viena: Institute for Austrian and International Tax Law/DIBT – Doctoral Program in International Business Taxation WU – Vienna University of Economics and Business, 2018, p. 220.

- BOEHM, M. H. *The Riddle of Federalism: Does Federalism impact on Democracy?* In: International Encyclopedia of the Social Sciences. London: Macmillan, 1932.
- BOLAND, V. *Global Insight*. In: Financial Times, London, 12, July 2016.
- BOUGRINE, H. *Fiscal Policy and the Current Crisis: Are Budget Deficits a Cause, a Consequence or a Remedy?* In: The Economics of Public Spending. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2000.
- BRONORI, D. *State Tax Policy - A Political Perspective*. Washington: The Urban Institute Press, 2001.
- BROWN, R. *The Ethics of Using Financial Incentives to Encourage Healthy Behaviour*. (Doctoral Thesis). London: Queen Mary University – School of Law, 2013.
- CANARIS, C. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. Tradução: A. Menezes Cordeiro.
- CARVALHO, C. *Teoria do Sistema Jurídico – direito, economia e tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- VINHAS CATÃO, M. A. *Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- THOMAZINHO DA CUNHA, R. *Direito de Defesa da Concorrência – Mercosul e União Européia*. São Paulo: Manole, 2003.
- NUMERIANO DUBOURCQ DANTAS, R. *Direito Tributário Sancionador. Culpabilidade e Segurança Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- DANTAS, I. *Direito Constitucional Econômico: globalização & constitucionalismo*. Curitiba: Juruá, 1999.
- DEVEREUX, M. *ETPF – Economic Theory of the Optimal Taxation of Multinational Profit*. Oxford: Oxford University Centre for Business Taxation – European Tax Policy Forum, 2016.
- DEVEREUX, M. *The OECD Harmful Tax Competition Initiative*. In: *International Tax Competition – Globalization and Fiscal Sovereignty*. London: Commonwealth Secretariat, 2002.
- DHARMAPALA, D. *What Do We Know About Base Erosion and Profit Shifting? A Review of the Empirical Literature*. Chicago: Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper n. 702, 2014.
- DUPAS, G. *Economia Global e Exclusão Social – Pobreza, Emprego, Estado e o Futuro do Capitalismo*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- ELALI, A. *Incentivos Fiscais Internacionais – Concorrência Fiscal, Crise do Estado e Mobilidade do Capital*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- ELALI, A; NÓBREGA, M. *Infrastructure and Investments in Brazil – Economic and Legal Aspects*. Natal: Anote, 2015.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.. *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983, p. 39.
- SALOMÃO FILHO, C. *Direito Concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA, J. *Direito Econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- FORGIONI, P. A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.
- FRÄS-EHRELD, C. *Grants and Incentive Programmes in the ten new EU-Member States*. Wien: Linde International, 2005.
- GELLHORN, E. *Antitrust Law and Economics*. St. Paul: West Publishing Co., 1986.
- GILLEARD, M. *Google Hauled Before UK PAC Again, But International Tax Framework Cited as Real Villain*. In: *International Tax Review*, 2013, available at: <http://www.internationaltaxreview.com/Article/3208706>. Access in June 28th, 10:48.

- GOYARD-FABRE, S. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GRUBERT, H. *Foreign Taxes and the Growing Share of US Multinational Company Income Abroad: Profits, Not Sales, Are Being Globalized*. In: National Tax Journal 65.
- GUTMANN, D. *Do Direito à Filosofia do Tributo*. In: *Princípios e Limites da Tributação*. Coordinator: Roberto Ferraz. São Paulo: Quartier Latin, 2005. Tradução: Ferraz, S. / Ferraz, R.
- HAAS, F. J. *Der Missbrauchstatbestand des § 42 AO – ein unkalkulierbares Risiko für die unternehmerische Gestaltungspraxis? In Festschrift für Arndt Raupach zum 70. Geburtstag, Steuer-und Gesellschaftsrecht zwischen Unternehmerfreiheit und Gemeinwohl*. Org.: Paul Kirchhof, Karsten Schmidt, Wolfgang Schön e Klaus Vogel. Cologne: Dr. Otto Schmidt, 2006.
- HART, H. *The Concept of Law*. Second Edition. Oxford: Clarendon Press, 1961.
- HELLER, H. R. *O Sistema Econômico – Uma Introdução à Teoria Econômica*. Tradução: Terezinha Santoro. Revisão: José Paschoal Rossetti. São Paulo: Atlas, 1977.
- JACKSON, J. H.; DAVEY, W ; JR. S. *Legal Problems of International Economic Relations – Cases, Materials and Text*. 3. ed. St. Paul, Minnesota, 1995.
- KIEKBELD, B. J. *Harmful Tax Competition in the European Union*. The Netherlands: Kluwer Tax / Foundation for European Fiscal Studies – Erasmus University Rotterdam, 2004.
- KIRCHLER, E. *The Economic Psychology of Tax Behaviour*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- KUBE, H. E. *National Tax Law and the Transnational Control of State Aids*. San Domenico: European University Institute, 2001.
- LACOSTE, Y. *Os Países Subdesenvolvidos*. 17. ed. São Paulo: DIFEL, 1985. Tradução: Américo E. Bandeira.
- LARENZ, K. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Tradução: José Lamego.
- LEAL-ARCAS, R. *International Trade and Investment Law – Multilateral, Regional and Bilateral Governance*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd., 2010.
- LÓPEZ, J. M. *Competencia Fiscal Perjudicial y Ayudas de Estado en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- MANOR-PERCIVAL, Y. *Bilateral Investment Treaties in a Harmonious World: China's Paradigm*. (Doctoral Thesis). London: Queen Mary University – School of Law, 2014.
- GANDRA DA SILVA MARTINS, I. *Teoria da Imposição Tributária*. 2. ed. São Paulo: LTR, 1998.
- MITROYANNI, I. *Integration Approaches to Group Taxation in the European Internal Market*. (Doctoral Thesis). London: Queen Mary University – School of Law, 2007.
- MUSGRAVE P. B. *Merits and Demerits of Fiscal Competition*. In: Tax Policy in the Global Economy, 2001.
- MUSGRAVE, P. B.. *Taxation and American investment abroad: the interests of workers and investors*. In: Tax Policy in the Global Economy – Selected Essays of Peggy B. Musgrave. Northampton: USA, 2002.
- MUTTI, J. H. *Foreign Direct Investment and Tax Competition*. Washington: Institute for International Economics, 2003.
- CASALTA NABAIS, J. *A Soberania Fiscal no Actual Quadro de Internacionalização, Integração e Globalização Económicas*. In: Estudos de Direito Fiscal - Por um Estado Fiscal Suportável. Coimbra: Almedina, 2005, p. 203.
- BARBOSA NOGUEIRA, R. *Curso de Direito Tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- OLIVEIRA NUSDEO, A. M. de. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- NUSDEO, F. *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

- OECD. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OECD, 2013.
- OLIVEIRA, G. e GRANDINO RODAS, J. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- PANAYI, C. H. *Advanced Issues in International and European Tax Law*. Oxford: Hart, 2015.
- PICHHADZE, A. *Exposing Unaddressed Issues in the OECD's BEPS Project: What About the Roles and Implications of Contract Interpretation Law and Private International Law in the Transfer Pricing Arm's Length Comparability Analysis? (2015)* - In: 7 World Tax Journal, 2015.
- PINTO, C. *Tax Competition and EU Law*. The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 2003.
- PREST, A. R.. *How Much of Subsidy? A Study of the economic concept and measurement of subsidies in the United Kingdom*. London: The Institute of Economic Affairs, 1974.
- RADICE, H. *Global Capitalism – Selected Essays*. New York: Routledge, 2015.
- REICH, N. *Mercado y Derecho*. Trad.: Antoni Font. Barcelona: Ariel, 1985.
- TEIXEIRA RIBEIRO, J. J. *Lições de Finanças Públicas*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- SALOMÃO FILHO, C. *Direito Concorrencial – as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- ABELLA SANTAMARÍA, J. *La ordenación jurídica de la actividad económica*. Madrid: Dykinson, 2003.
- SANTOS, A. C. dos. *Auxílios de Estado e Fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2005.
- SCHMITT, C. *La tiranía de los valores*. In: Revista de estudios políticos, nº 115, Madrid: Instituto de estudios políticos, 1961.
- SCHÖN, W. *Tax Competition in Europe – General Report*. In: *Tax Competition in Europe*. The Netherlands: International Bureau of Fiscal Documentation, 2003.
- _____. *Taxation and State Aid Law in the European Commission*. In: CMLR, 1999.
- SCHOUEIRI, L. E. *A Suave Perda da Liberdade*. In: *Direito Tributário Atual – 18*. São Paulo: Dialética / IBDT, 2004.
- _____. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SCHOUEIRI, P. G. L. *Conflicts of international legal frameworks in the area of Harmful Tax Competition: the Modified Nexus Approach*. Viena: Institute for Austrian and International Tax Law/DIBT – Doctoral Program in International Business Taxation WU – Vienna University of Economics and Business, 2018 (Doctoral Thesis).
- SELVA, J. M. M. *Los Paraísos Fiscales – Uso de las Jurisdicciones de Baja Tributación*. Madrid: Difusa, 2005.
- CAMBELL SHARMAN, J. *Havens in a Storm – The Struggle for Global Tax Regulation*. New York: Cornell University Press, 2006.
- SHAVIRO, D. N. *Taxes, Spending, and the U. S. Government's March Toward Bankruptcy*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- STEICHEN, A. *Tax Competition in Europe or the Taming of Leviathan*. In: *Tax Competition in Europe*. Organizador: Wolfgang Schön. The Netherlands: International Bureau of Fiscal Documentation, 2003.
- STREETEN, P. P. *Thinking about Development*. Cambridge: Press Syndicate of the University of Cambridge, 1999.
- TANZI, V. *Taxation in an Integrating World*. Washington: The Brookings Institution, 1995.

- TIPKE, K. *Sobre a Unidade da Ordem Jurídica Tributária*. Tradução: Luís Eduardo Schoueri. In: *Direito Tributário – Estudos em Homenagem a Brandão Machado*. Coordenação: Luís Eduardo Schoueri & Fernando Zilveti. São Paulo: Dialética, 1998.
- TAVEIRA TÔRRES, H. *Tendências da tributação dos lucros e do investimento*. In: *Revista Internacional de Direito Tributário* n. 4. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- LOBO TORRES, R. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário Valores e Princípios Constitucionais Tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- UCKMAR, V. *Princípios Comuns de Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- VIDIGAL, G. *Teoria Geral do Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1977.
- BOLAND, V. *Global Insight*. In: *Financial Times*, London, 12 July 2016.
- WEICHENRIEDER, A. J. *Profit Shifting in the EU: Evidence from Germany*. In: *International Tax and Public Finance* 16.
- WEINRAUCH, R. *Competition Law in the WTO – The Rationale for a Framework Agreement*. Wien: BWV – Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004.
- ZIEGLER, J. *Das Imperium der Schande, der Kampf gegen Armut und Unterdrückung*. München: Random House, 2008.
- ZILVETI, F. *A Evolução Histórica da Teoria da Tributação*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. *Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 25. Núm. Extraordinario (2024), pp. 336-360
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Caso Luiza Melinho: a perspectiva de julgamento do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos pela negativa de fornecimento de cirurgia de redesignação sexual a uma mulher transexual

Luiza Melinho case: the prospect of Brazil's trial before the Inter-american Court of Human Rights for the denial of providing sexual reassignment surgery to a transexual woman

Ygor Rafael Cassiano de Araújo¹

Felipe Peixoto de Brito²

Yara Maria Pereira Gurgel³

Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Sumário: 1. Introdução. 2. Caso Luiza Melinho e a negativa de fornecimento de cirurgia de redesignação sexual a uma mulher transexual. 3. O funcionamento do sistema interamericano de direitos humanos e as novas interpretações da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 4. Casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em favor de sujeitos passivos integrantes da sigla LGBTQIAP+. 5. Entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre pessoas LGBTQIAP+ no Brasil. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo: Trata-se da análise jurídica do caso Luiza Melinho vs. Brasil, em que uma mulher transexual teve sua cirurgia de redesignação sexual negada, reiteradamente, pelas instâncias administrativas e judiciais nacionais. O problema de pesquisa que se responde é acerca de qual será o encaminhamento adequado para o caso, considerando-se as normas do direito internacional dos direitos humanos e do direito constitucional brasileiro. O objetivo geral é explorar como a Corte Interamericana de Direitos Humanos pode decidir a demanda da Luiza Melinho, que está pendente de

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bacharel em Direito pela UFRN. Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8921585683555950>. E-mail: ygorrafael94@outlook.com.

² Doutor em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Internacional pela Faculdade Damásio. Bacharel em Direito pela UFRN. Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7047745857870108>. E-mail: felipe.brito@ufrn.br.

³ Professora Dra. Associada IV da UFRN. Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Pós Doutora em Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8686260157736966>. E-mail: ygurgel@uol.com.br.

resposta. Como objetivos específicos averigua-se o funcionamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sendo explicitados casos anteriores relativos a pessoas LGBTQIAP+, além de casos submetidos à jurisdição da Corte Constitucional brasileira. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, partindo-se da hipótese de que o Brasil deverá ser responsabilizado internacionalmente pela mora em fornecer os procedimentos cirúrgicos, além de ter que indenizar a vítima pelas situações sofridas.

Palavras-chave: Mulher transexual. Cirurgia de redesignação sexual. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract: This is the legal analysis of the case *Luiza Melinho vs. Brazil*, in which a transsexual woman had her sexual reassignment surgery repeatedly denied by national administrative and judicial bodies. The research problem that is answered is what will be the appropriate approach for the case, considering the norms of international human rights law and Brazilian constitutional law. The general objective is to explore how the Inter-American Court of Human Rights can decide *Luiza Melinho's* demand, which is pending a response. As specific objectives, the functioning of the Inter-American Human Rights System is investigated, explaining previous cases relating to LGBTQIAP+ people, in addition to cases submitted to the jurisdiction of the Brazilian Constitutional Court. The method used is hypothetical-deductive, based on the hypothesis that Brazil will be held internationally responsible for the delay in providing surgical procedures, in addition to having to compensate the victim for the situations suffered.

Keywords: Transsexual woman. Sex reassignment surgery. Inter-American Court of Human Rights.

1. Introdução

A demanda pela proteção aos direitos individuais nos países que compõem a América Latina está diretamente relacionada ao período que segue o fim dos regimes ditatoriais e ascensão dos movimentos democráticos. A transição de poder das ditaduras traz consequências sociais até hoje vistas, como os altos índices de desigualdade social, preconceito e discriminação.

Mesmo com a vigência dos regimes ditatoriais ainda presente em muitas nações, surge, em 1969, o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, fundado na Carta da Organização dos Estados Americanos – OEA, e tendo como principal expoente normativo a Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH. Este último documento, por sua vez, estabelece o funcionamento de dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH e da Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH.

Nas duas últimas décadas, o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos – SIPDH vêm se destacando como o expoente latino-americano para defesa dos direitos de sujeitos em situação de vulnerabilidade social, com destaque para os casos em que as vítimas fazem parte da sigla LGBTQIAP+ (lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, transexuais, travestis, queer, intersexuais, assexuais, pansexuais e outras expressões de gênero e sexualidade).

No ano de 2023, a Corte IDH recebeu o caso *Luiza Melinho vs. Brasil*, que relata a situação de uma mulher transexual que teve sua cirurgia de redesignação sexual reiteradamente negada pelas instâncias administrativas e judiciais brasileiras. Atualmente, o caso encontra-se pendente de resposta do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, frente a denúncia emitida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O presente estudo tem como principal objetivo deduzir como o órgão jurisdicional interamericano pode decidir a demanda da senhora Melinho, tendo como fundamento a carta de submissão do caso à Corte IDH,

que se encontra disponível no sítio oficial do órgão, e considerando as sentenças expedidas em outros casos julgados anteriormente pelo órgão.

Para tanto, serão explorados como objetivos específicos a análise do funcionamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, de onde serão relatados os cinco casos paradigmáticos envolvendo sujeitos passivos que compunham a sigla LGBTQIAP+, e a abordagem de casos submetidos à jurisdição do Supremo Tribunal Federal brasileiro que expõem o estado normativo e jurisprudencial da matéria no âmbito local onde ocorreram os fatos.

A escolha dos casos paradigmáticos julgados pela Corte IDH tem como recorte metodológico as sentenças expedidas pela Corte IDH entre os anos de 2012 e 2021, conforme lista do "Caderno de Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos"⁴, edição de número 19, do ano de 2021, e que se encontra disponível no sítio oficial da organização.

O método utilizado na pesquisa é o hipotético-dedutivo, que parte da ideia de que o Brasil não poderia se abster de fornecer os subsídios necessários para a cirurgia de redesignação sexual, fundada nos compromissos internacionais firmados pelo Estado, em especial na ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como sua própria jurisprudência. Portanto, a hipótese é de que o Brasil deverá ser responsabilizado internacionalmente pela mora em fornecer os procedimentos cirúrgicos, e deverá indenizar a vítima pelas situações sofridas.

2. Caso Luiza Melinho e a negativa de fornecimento de cirurgia de redesignação sexual a uma mulher transexual

No dia 7 de junho de 2023, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão jurisdicional do SIPDH, recebeu a carta de submissão do caso de número 13.021, referente à acusação de violação de direitos humanos pela República Federativa do Brasil contra a mulher transexual Luiza Melinho, quanto aos fatos ocorridos a partir do ano de 1997.

Na época dos fatos, a senhora Luiza Melinho, cabelereira, procurou o hospital da UNICAMP (Universidade Estadual de Campinas), no Estado de São Paulo, solicitando a realização de uma cirurgia de afirmação sexual. A paciente apresentava sintomas de depressão, e havia tentado suicídio por duas vezes em razão de um "transtorno de identidade sexual".⁵ Nessa senda, em 8 de abril de 1998 ela iniciou o processo de afirmação de gênero no mesmo hospital, realizando uma cirurgia inicial.⁶

Após realização do procedimento cirúrgico, no mês de agosto de 1999, em decorrência de uma tentativa de suicídio um médico da UNICAMP solicitou que fosse realizada uma avaliação psiquiátrica na paciente, para seu ingresso no programa de adequação social.⁷ Seguidamente, em 2001, Luiza foi internada no hospital da UNICAMP para realização de um procedimento de modificação de sua laringe, porém

⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Caderno de Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: controle de convencionalidade*, nº. 7, San José, 2021, ISBN 978-9977-36-276-2, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/fortalecimiento_institucional.cfm?lang=pt&n=56, Acesso em: 24 ago. 2024.

⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Carta de submissão: caso Luiza Melinho vs Brasil*, 2023, Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2023/BR_13.021_NdeREs.PDF, Acesso em: 19 ago, 2024, p. 1.

⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Carta de submissão: caso Luiza Melinho vs Brasil*, 2023, Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2023/BR_13.021_NdeREs.PDF, Acesso em: 19 ago, 2024, p. 1.

⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Carta de submissão: caso Luiza Melinho vs Brasil*, 2023, Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2023/BR_13.021_NdeREs.PDF, Acesso em: 19 ago, 2024, p. 1.

a cirurgia não foi realizada por conta da ausência de médico anestesista, e tal situação piorou o seu estado depressivo.⁸

Outrossim, em maio de 2001 a direção clínica do hospital da UNICAMP comunicou que lá não havia estrutura para realização da “correção cirúrgica de transexualismo”, e que a paciente deveria procurar um outro hospital que estivesse em condições de atendê-la, em outra cidade.⁹

Ocorre que o outro hospital procurado pela Senhora Melinho, na cidade de São Paulo, não reconheceu o diagnóstico emitido pelo hospital da UNICAMP, obrigando a paciente a refazer todos os exames necessários. Tais medidas precisariam de cerca de dois anos de constantes viagens até a cidade de São Paulo, que seriam custosas para a paciente.¹⁰ No mais, frente aos obstáculos impostos, e como consequência de seu estado psicológico abalado pelo processo depressivo, Luiza realizou uma mutilação em seus genitais.¹¹

Posteriormente, no ano de 2002, Luiza Melinho encaminhou ao hospital da UNICAMP uma notificação extrajudicial, solicitando a realização da cirurgia de redesignação sexual, recebendo a resposta de que a instituição de saúde não dispunha dos equipamentos multidisciplinares aptos para realização da intervenção cirúrgica.¹² Essa resposta fundamentou uma demanda judicial de autoria da Senhora Melinho, sob o argumento de que o hospital havia criado a expectativa de realização da cirurgia, e solicitando ao Poder Judiciário que a UNICAMP fosse condenada, em sede de antecipação de tutela, a realizar a cirurgia ou a custeá-la em outro hospital privado. A pretensão da autora foi negada em outubro do ano de 2003.¹³

No ano de 2005, após uma nova tentativa de obtenção de uma tutela judicial, mediante reiteração, Melinho solicitou perante a justiça a realização do procedimento cirúrgico, sem resposta da autoridade judicial. Assim, resolveu solicitar um empréstimo e custeou a cirurgia de redesignação sexual em um hospital privado.¹⁴ Para mais, no ano de 2006 a justiça se manifestou sobre seu pedido, emitindo uma sentença de primeiro grau desfavorável à pretensão de obrigar o hospital a realizar a cirurgia, devido à complexidade do procedimento e por ter se encerrado a seleção

⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Carta de submissão: caso Luiza Melinho vs Brasil*, 2023, Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2023/BR_13.021_NdeREs.PDF, Acesso em: 19 ago, 2024, p. 1.

⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Carta de submissão: caso Luiza Melinho vs Brasil*, 2023, Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2023/BR_13.021_NdeREs.PDF, Acesso em: 19 ago, 2024, p. 1.

¹⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Carta de submissão: caso Luiza Melinho vs Brasil*, 2023, Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2023/BR_13.021_NdeREs.PDF, Acesso em: 19 ago, 2024, p. 1.

¹¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Carta de submissão: caso Luiza Melinho vs Brasil*, 2023, Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2023/BR_13.021_NdeREs.PDF, Acesso em: 19 ago, 2024, p. 1.

¹² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Carta de submissão: caso Luiza Melinho vs Brasil*, 2023, Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2023/BR_13.021_NdeREs.PDF, Acesso em: 19 ago, 2024, p. 2.

¹³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Carta de submissão: caso Luiza Melinho vs Brasil*, 2023, Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2023/BR_13.021_NdeREs.PDF, Acesso em: 19 ago, 2024, p. 2.

¹⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Carta de submissão: caso Luiza Melinho vs Brasil*, 2023, Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2023/BR_13.021_NdeREs.PDF, Acesso em: 19 ago, 2024, p. 2.

para novos pacientes ingressarem nesse tipo de procedimento no hospital da UNICAMP.¹⁵

Ademais, não satisfeita com a sentença de primeiro grau, Luiza Melinho recorreu da decisão, e teve seu recurso indeferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no mês de junho de 2008, mesmo após o Tribunal Regional Federal da quarta região ter decidido, meses antes, em agosto de 2007, que o procedimento de gênero estaria incluso no rol dos procedimentos de saúde que deveriam ser concedidos pelo sistema público de saúde. A decisão foi proferida quando o caso de Melinho ainda estava pendente de análise, e deveria ter alcance nacional.¹⁶

Ante o exposto, o caso foi submetido à apreciação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, que é um órgão com competências consultivas e do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos - SIPDH, e seguiu para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que é o órgão com competências jurisdicionais e consultivas do Sistema, conforme será abordado no tópico a seguir.

Assim, o entendimento da CIDH é de que a negativa de fornecimento da cirurgia, por parte do Estado Brasileiro, assim como a negativa de reembolsar os gastos cirúrgicos estão contrários à Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH. A carta de submissão conta com o relato completo da situação, e com a conclusão do órgão pela condenação do Estado Brasileiro fundamentada nos seguintes artigos da CADH: direito à integridade pessoal, previsto no artigo 5.1 da CADH; direito a garantias judiciais, previsto no artigo 8.1 da CADH; proteção da honra e da dignidade, previsto no artigo 11 da CADH; igualdade perante a lei, previsto no artigo 24 da CADH; direito à proteção judicial, previsto no artigo 25.1 da CADH; direitos econômicos, sociais e culturais, previsto no artigo 26 da CADH.¹⁷

No mês de agosto de 2024, o caso se encontrava pendente de contestação por parte do Estado brasileiro, este que foi notificado em 14 de setembro de 2023, e no mês de dezembro do mesmo ano recebeu os argumentos e provas produzidas pela denunciante, tendo sido acostado o comprovante de recebimento em abril de 2024.¹⁸

Logo, o caso encontra-se pendente de julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A seguir, será abordado o funcionamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, assim como a nova hermenêutica jurídica adotada pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos onde o caso se encontra submetido.

3. O funcionamento do sistema interamericano de direitos humanos e as novas interpretações da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos foi estabelecido no ano de 1969, com a edição da Convenção Americana sobre Direitos Humanos -

¹⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Carta de submissão: caso Luiza Melinho vs Brasil*, 2023, Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2023/BR_13.021_NdeREs.PDF, Acesso em: 19 ago, 2024, p. 2.

¹⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Carta de submissão: caso Luiza Melinho vs Brasil*, 2023, Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2023/BR_13.021_NdeREs.PDF, Acesso em: 19 ago, 2024, p. 2.

¹⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*, San Jose, 1969, Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 20 ago. 2024.

¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Relatório de Trâmite do Caso Luiza Melinho vs Brasil*, 2024, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/luiza_melinho.pdf, Acesso em: 24 ago. 2024, p. 2.

CADH, também conhecida como “Pacto de São José da Costa Rica”¹⁹. O documento estabelece o funcionamento do sistema que é composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH.²⁰

A Convenção Americana é um tratado que impõe normas vinculantes aos Estados-Partes que a ratificaram. A partir do reconhecimento formal da CADH, que pode acontecer no ato da ratificação ou em momento posterior, o Estado se submete a autoridade dos órgãos interamericanos quanto as suas atribuições consultivas, opinativas e contenciosas.²¹

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é o órgão consultivo do sistema, onde são protocoladas denúncias pelos Estados e atores da sociedade contra algum dos Estados membros que ratificaram a Convenção Americana. Além de receber as denúncias, a CIDH permite o contraditório e a ampla defesa por parte dos denunciados, e, após análise dos fatos imputados, pode emitir recomendações que visam corrigir as violações identificadas e tem a função de monitorar o cumprimento dessas recomendações e expedir relatórios de cumprimento.

Caso haja inércia do Estado em responder a CIDH, ou a resposta não seja suficientemente satisfatória, este órgão representa contra o Estado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que é o órgão jurisdicional do Sistema Interamericano, composto por sete juízes de nacionalidades distintas, possuindo competência consultiva e contenciosa e capacidade de estabelecer e aplicar penas de cumprimento e de reparação dos danos cometidos pelo denunciado.

A Corte IDH vem desempenhando um papel de decidir, nos últimos tempos, assuntos que estão globalmente interligados sem fazer distinção dos Estados de onde esses problemas vêm.²² Para tanto, utiliza-se de diversas técnicas para oferecer respostas a esses problemas, a exemplo das opiniões consultivas, da competência para legislar sobre direitos econômicos, sociais e culturais (que foi conferida ao órgão por meio da interpretação expansiva do artigo 26 da CADH), noção de garantias coletivas e declaração de algumas normas como normas de direito internacional geral (*jus cogens*).²³

Outrossim, é importante destacar a natureza complementar da jurisdição da Corte IDH, que vem somar forças às instâncias internas dos Estados, pois pressupõe que o caso levado à sua análise já foi previamente esgotado na jurisdição interna, e que restou pendente algum tipo de providência ou iniciativa por parte do Estado, que ensejou sua submissão ao SIPDH. Também se leva em conta a inércia do Estado frente às recomendações expedidas pela CIDH antes da submissão do caso a Corte IDH.

A jurisprudência internacional no âmbito dos direitos humanos, por sua vez, é construída a partir das atividades interpretativas, integrativas e de atualização dos órgãos jurisdicionais, que deve ser reconhecida como uma fonte do direito, assim como os atos normativos internos dos Estados. Tal jurisprudência é construída a

¹⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*, San Jose, 1969, Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm, Acesso em: 20 ago. 2024.

²⁰ MOREIRA, T. O. *Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*, Edufrn, Natal, 2015, p. 75-76.

²¹ BICHARA, J. *Direito Internacional*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2015, p. 493.

²² LIMA, L. C. “A Corte Interamericana em tempos de crise”, *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, [S. l.], v. 16, n. 1, 2024. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/35668>. Acesso em: 28 ago. 2024, p. 29

²³ LIMA, L. C. “A Corte Interamericana em tempos de crise”, *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, [S. l.], v. 16, n. 1, 2024. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/35668>. Acesso em: 28 ago. 2024, p. 32

partir dos atos judiciais, dos pronunciamentos dos tribunais e dos atos de supervisão das decisões.²⁴

Nessa senda, as decisões da Corte Interamericana têm caráter obrigatório para os Estados que ratificaram a CADH, e cabe a eles obedecerem aos dispositivos das sentenças²⁵, corrigindo e reparando as instâncias administrativas responsáveis por elaborar, julgar, investigar e executar políticas públicas, com objetivo de corrigir as violações de direitos humanos em âmbito nacional e prevenir que elas não se repitam.

No que se refere às sentenças proferidas pela Corte IDH contra o Estado brasileiro, importante pontuar que elas são obrigatórias, definitivas e inapeláveis, e não se enquadram no que está estabelecido no art. 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)²⁶, que trata sobre os procedimentos que transpassam a execução de sentenças estrangeiras. Existe uma diferenciação entre sentença estrangeira e sentença internacional que é importante pontuar: as sentenças estrangeiras são aquelas que retiram sua validade de uma soberania estrangeira, e que no Brasil assumem a forma de decisões judiciais, e para serem validadas precisam se sujeitar aos ditames do art. 15 da LINDB.²⁷

No mais, conforme leciona Valério de Oliveira Mazzuoli, os tribunais internacionais são aqueles que conhecem questões jurídicas não susceptíveis de decisão pelas jurisdições nacionais.²⁸ Portanto, as sentenças internacionais se diferenciam das sentenças estrangeiras pois são proferidas por tribunais que têm jurisdição sobre os próprios Estados.²⁹ Esses tribunais são aqueles que, em algum momento, o Estado Brasileiro aceitou sua jurisdição obrigatória, como é o caso da Corte IDH. A ratificação da Convenção Americana pelo Brasil se deu em 25 de setembro de 1992 e a aceitação da competência contenciosa da Corte se deu em 10 de dezembro de 1998.³⁰

Assim, conclui-se que as decisões em que o Brasil for réu perante a Corte IDH devem ser cumpridas imediatamente, sem necessidade de homologação pela jurisdição interna, em atenção ao art. 68, item 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos³¹, cujo dispositivo prevê que Estados que ratificaram a Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte IDH e em atenção ao art. 27 da

²⁴ ARCARO CONCI, L.G.; FIORAMONTE TONET, L. "O controle de convencionalidade feito pelo STF diante decisões da Corte Interamericana De Direitos Humanos", *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, [S. l.], v. 16, n. 2, 2024. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/34695>, Acesso em: 28 ago. 2024.

²⁵ MOREIRA, T.O. *Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*, Edufrn, Natal, 2015, p. 78.

²⁶ BRASIL, "Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942", *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*, Brasília, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm, Acesso em: 19 ago. 2024.

²⁷ AMARANTE DE OLIVEIRA, C. J. A.; MOREIRA, T. O. "A execução das sentenças da corte interamericana de direitos humanos no Brasil: (in)aplicabilidade do art. 15 lei de introdução às normas do direito brasileiro". *Inter – Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ*, Rio de Janeiro, v. 5, nº. 2, p. 8-24, jun. 2022, p. 10.

²⁸ MAZZUOLI, V. O. *Curso de Direito Internacional Público*, Forense, Rio de Janeiro, 12. Ed, 2019, p. 1358.

²⁹ MAZZUOLI, V. O. *Curso de Direito Internacional Público*, Forense, Rio de Janeiro, 12. Ed, 2019, p. 1358.

³⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Carta de submissão: caso Luiza Melinho vs Brasil*, 2023, Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2023/BR_13.021_NdeREs.PDF, Acesso em: 19 ago, 2024, p. 3.

³¹ Artigo 68, Item 1.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*, San Jose, 1969, Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm, Acesso em: 20 ago. 2024.

Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados³², também ratificada pelo Brasil, o qual instrui que a invocação de dispositivos de direito interno não justifica a sua não aplicação pelo Estado.³³ Como exemplo concreto desse entendimento, têm-se a sentença do caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil. Nesse caso, a Corte IDH informa que a Convenção Americana equivale a uma Constituição supranacional em matéria de direitos humanos, e que todos os Estados que a ratificaram devem cumpri-la em todas as esferas internas de poder.³⁴

Além da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Organização dos Estados Americanos também possui diversos outros tratados garantistas, direcionados à tutela de diferentes direitos fundamentais. Sobre esse assunto, é importante elucidar a Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, aprovada pela Assembleia Ordinária da Organização dos Estados Americanos (OEA) na data de 5 de julho de 2013. O documento expõe, em suas considerações iniciais, que a convenção se faz necessária frente aos alarmantes crimes de ódio motivados pela intolerância quanto a sexualidade, identidade de gênero, religião, deficiência e outras condições sociais.³⁵

Essa convenção reconhece a importância de uma sociedade pluralista e democrática que respeite as identidades culturais, linguísticas, religiosas, sexuais e de gênero, que possibilite aos seus membros expressarem, preservarem e desenvolverem suas identidades.³⁶

No mais, é dever de todos os Estados que ratificaram a Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância adotar uma legislação que proíba a discriminação em todas as esferas da vida social e que revogue as legislações que tenham caráter discriminatório; outra garantia é de que os próprios sistemas políticos e jurídicos da sociedade reflitam a pluralidade social;³⁷ a convenção também prevê que os Estados promovam pesquisas para identificar as causas das manifestações de discriminação e intolerância e se comprometam em

³² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS *Convenção de Viena Sobre Direito dos Tratados*, Viena, 1969, Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf. Acesso em: 19 ago. 2024.

³³ AMARANTE DE OLIVEIRA, C. J. A.; MOREIRA, T. O. "A execução das sentenças da corte interamericana de direitos humanos no Brasil: (in)aplicabilidade do art. 15 lei de introdução às normas do direito brasileiro". *Inter – Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ*, Rio de Janeiro, v. 5, nº. 2, p. 8-24, jun. 2022, p. 13.

³⁴ AMARANTE DE OLIVEIRA, C. J. A.; MOREIRA, T. O. "A execução das sentenças da corte interamericana de direitos humanos no Brasil: (in)aplicabilidade do art. 15 lei de introdução às normas do direito brasileiro". *Inter – Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ*, Rio de Janeiro, v. 5, nº. 2, p. 8-24, jun. 2022, p. 13.

³⁵ Considerações Iniciais.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS *Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância*, 2013, Disponível em: https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_Convencao_Interamericana_discriminacao_intolerancia_POR.pdf, Acesso em: 26 ago. 2024.

³⁶ Considerações Iniciais.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS *Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância*, 2013, Disponível em: https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_Convencao_Interamericana_discriminacao_intolerancia_POR.pdf, Acesso em: 26 ago. 2024.

³⁷ Artigo 10.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS *Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância*, 2013, Disponível em: https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_Convencao_Interamericana_discriminacao_intolerancia_POR.pdf, Acesso em: 26 ago. 2024.

adotar ações afirmativas que assegurem o gozo ou exercício dos direitos fundamentais, objetivando promover condições que permitam a igualdade de oportunidades.³⁸ Ocorre que apenas 12 nações haviam assinado essa Convenção e, dessas, apenas três a ratificaram. O Brasil, por sua vez, assinou a Convenção em 6 de junho de 2013, mas até o mês de agosto de 2024 ainda não havia ratificado o documento.³⁹

Destarte, sobre a competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é relevante enunciar a expedição das opiniões consultivas pelo órgão jurisdicional, que podem ser requeridas por algum dos Estados membros da OEA. Para este estudo, é pertinente abordar a Opinião Consultiva de nº 24/2017, solicitada pelo Estado da Costa Rica, no ano de 2016, cujo tema é o reconhecimento da mudança de nome das pessoas, de acordo com sua identidade de gênero, fundada nos artigos 11.2, 18 e 24 da CADH; o Estado também solicitava esclarecimentos sobre o reconhecimento dos direitos patrimoniais originados de um vínculo entre pessoas do mesmo sexo, com fundamento nos artigos 11.2 e 24 da CADH.⁴⁰

Em resposta aos questionamentos da Costa Rica, a Corte IDH expede, em dezembro de 2017, a Opinião consultiva de número 24/2017, esclarecendo que os tratados de direitos humanos são instrumentos que acompanham a evolução dos tempos e as condições de vida atuais.⁴¹ Assim, a Corte atualiza sua interpretação sobre os artigos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, explicando que o princípio fundamental da igualdade e não discriminação encontra-se inserido no domínio do *jus cogens*⁴², ou seja, é uma regra fundamental ligada à consciência universal e inerente a qualquer sociedade internacional.⁴³

Portanto, o conceito de igualdade advém da condição humana, e quaisquer atos que privilegiem um grupo de pessoas em detrimento de outro grupo, considerando este outro inferior, devem ser reprovados.⁴⁴ Dessa forma, as normas de direito interno, as interpretações sobre essas normas e a própria Convenção se sujeitam ao artigo 24 da CADH, que proíbe a discriminação.⁴⁵ É dever dos Estados

³⁸ Artigo 5

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS *Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância*, 2013, Disponível em: https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_Convencao_Interamericana_discriminacao_intolerancia_POR.pdf, Acesso em: 26 ago. 2024.

³⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana Contra Todas As Formas De Discriminação E Intolerância (A-69):* signatários e ratificações, 2024, Disponível em: https://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_A-69_discrimination_intolerance_signatories.asp, Acesso em: 26 ago. 2024.

⁴⁰ CASSIANO DE ARAÚJO, Y. R. *A normatização da sexualidade e da identidade de gênero como um problema jurídico: diálogo entre os marcos normativos internacionais de proteção às pessoas LGBTQIAP+ e a jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos*, 2023, 228 p., Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2023. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/54413>, Acesso em: 26 ago. 2024, p. 137.

⁴¹ Item 69

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Opinião Consultiva nº 24/2017*, San Jose, 2017, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf, Acesso em: 26 ago. 2024.

⁴² Item 61.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Opinião Consultiva nº 24/2017*, San Jose, 2017, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf, Acesso em: 26 ago. 2024.

⁴³ BICHARA, J. *Direito Internacional*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2015, p. 114.

⁴⁴ BICHARA, J. *Direito Internacional*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2015, p. 114.

⁴⁵ Item 65.

proteger seus indivíduos da discriminação em relação a sexualidade e identidade de gênero tanto nas relações entre o Estado e os indivíduos quanto na relação entre indivíduos e terceiros, estando a autoridade estatal obrigada a adotar medidas positivas para reverter ou mudar as situações discriminatórias já existentes.⁴⁶

A Corte assevera que o Artigo 1.1 da CADH, que trata sobre a obrigação de respeitar os direitos, estabelece critérios exemplificativos de motivos de discriminação que os Estados se comprometem a respeitar, e não um rol taxativo. Assim, em atenção ao artigo 29 da CADH, que versa sobre os critérios de interpretação da convenção, e considerando o artigo 1.1 que trata sobre a obrigação de respeitar os direitos, os Estados devem proibir quaisquer normas, atos ou práticas discriminatórias fundadas na orientação sexual ou identidade de gênero dos indivíduos.⁴⁷

No que se refere às opiniões consultivas expedidas pela Corte IDH, conforme leciona a Opinião Consultiva de nº 21/2014, elas também podem ser parâmetro de controle da atuação em âmbito interno por parte do Estado, ou seja, os Estados devem considerá-las quando da edição de suas normas e decisões judiciais.⁴⁸

4. Casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em favor de sujeitos passivos integrantes da sigla LGBTQIAP+

O primeiro caso apreciado pela Corte IDH que envolve a violação de direitos humanos de uma pessoa integrante da sigla LGBTQIAP+ foi o caso *Atala Riffo e Filhas Vs. Chile*, cuja sentença foi proferida em 2012, referente aos acontecimentos iniciados em 2002, quando a vítima, mulher lésbica residente no Chile teve a guarda de suas crianças questionada judicialmente pelo ex marido, em razão de sua sexualidade e de seu relacionamento com outra mulher.⁴⁹

Após divergências nas instâncias internas de julgamento, a demanda foi submetida à suprema corte chilena, que acolheu um recurso interposto pelo ex marido da senhora Atalla, e concedeu a ele a guarda das crianças sob o argumento de que os menores se encontravam em “situação de risco”, pois o ambiente excepcional de convivência com a genitora e sua companheira era diverso do ambiente de seus colegas da escola e vizinhos, podendo afetar seu crescimento.⁵⁰

Nessa senda, o caso foi submetido à Comissão Interamericana em 2008, quando o órgão aprovou o Relatório de Admissibilidade nº 42/08, seguido do

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Opinião Consultiva nº 24/2017*, San Jose, 2017, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf, Acesso em: 26 ago. 2024.

⁴⁶ Item 65.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Opinião Consultiva nº 24/2017*, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf, Acesso em: 26 ago. 2024.

⁴⁷ CASSIANO DE ARAUJO, Y. R. *A normatização da sexualidade e da identidade de gênero como um problema jurídico: diálogo entre os marcos normativos internacionais de proteção às pessoas LGBTQIAP+ e a jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos*, 2023, 228 p., Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2023. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/54413>, Acesso em: 26 ago. 2024, p. 138.

⁴⁸ MOREIRA, T. O. “Aspectos gerais do controle de convencionalidade interamericano”, Participação na UFF, 2022, n. pag.

⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS “Sentença” *Caso Atala Riffo e filhas. vs. Chile*, San Jose, 2012, Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf, Acesso em: 19 ago. 2024, p. 4.

⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS “Sentença” *Caso Atala Riffo e filhas. vs. Chile*, San Jose, 2012, Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf, Acesso em: 19 ago. 2024, p. 21.

Relatório de Mérito nº 139/09, este último que emitiu recomendações a serem cumpridas pelo Estado chileno. Após um ano da expedição, verificado o não cumprimento das recomendações enunciadas pela CIDH, o caso foi submetido a Corte IDH, sob o argumento de que o Chile seria responsável pela discriminação sofrida pela senhora Atala Riffo e suas filhas, assim como pela interferência arbitrária na vida privada e familiar, de forma que não observou o melhor interesses das crianças envolvidas, e descumpriu as recomendações com base em supostos preconceitos e discriminações.⁵¹

O Estado negou sua responsabilização perante a Corte, e solicitou a desconsideração de todas as reparações solicitadas na denúncia.⁵² No decorrer do processo foram colhidas provas e ouvidas testemunhas do caso, inclusive as crianças, e em fevereiro de 2012 foi prolatada a sentença responsabilizando o Chile pela violação do direito à igualdade e à não discriminação, que se encontra consignado no art. 24 da CADH, assim como o direito à vida privada (art. 11.2 da CADH), direito de a vítima ser ouvida, violação da garantia de imparcialidade (art. 8.1 da CADH), relacionada às investigações disciplinares realizadas em detrimento da senhora Atalla Riffo e violação ao direito das crianças previstos no art. 19.⁵³

Posteriormente a esta sentença, em 2014 a Corte IDH recebeu o caso Duque vs. Colômbia, no qual a vítima é um homem homossexual que pleiteava o recebimento de pensão pelo falecimento de seu companheiro, que ocorrera no ano de 2002. Ademais, o caso foi submetido à CIDH em 2005, cuja atuação resultou no Relatório de Mérito nº 5/14⁵⁴, fundado no argumento de que a negativa de concessão da pensão a ser recebida teve como fundamento a orientação sexual do falecido e do beneficiário, portanto, alegava a CIDH que o senhor Duque havia sido vítima de discriminação pelo motivo de sua orientação sexual, fundado tanto no conceito restritivo de família adotado pelo Estado colombiano⁵⁵ quanto em uma legislação sobre seguridade social que dispunha de um viés estereotipado e restritivo.⁵⁶

A conclusão do órgão jurisdicional nesse caso pontuou que nenhuma norma ou decisão de direito interno poderia diminuir ou restringir os direitos individuais em razão de identidade de gênero ou orientação sexual, pois essas são categorias protegidas pela Convenção Americana.⁵⁷ Em sentença proferida no ano de 2016, a

⁵¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS "Sentença" *Caso Atala Riffo e filhas. vs. Chile*, San Jose, 2012, Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf, Acesso em: 19 ago. 2024, p. 4.

⁵² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS "Sentença" *Caso Atala Riffo e filhas. vs. Chile*, San Jose, 2012, Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf, Acesso em: 19 ago. 2024, p. 4.

⁵³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*, San Jose, 1969, Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm, Acesso em: 20 ago. 2024.

⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS "Sentença" *Caso Ángel Alberto Duque vs. Colômbia*, San Jose, 2016, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf, Acesso em: 20 ago. 2024, p. 4.

⁵⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS "Sentença" *Caso Ángel Alberto Duque vs. Colômbia*, San Jose, 2016, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf, Acesso em: 20 ago. 2024, p. 4.

⁵⁶ CASSIANO DE ARAÚJO, Y. R.; GURGEL, Y. M. P.; MOREIRA, T. O. "O princípio da igualdade e não discriminação no combate a discriminação em razão de orientação sexual e identidade de gênero a partir das decisões da Corte IDH" em (GURGEL, Y. M. P.; MAIA, C.; MOREIRA, T. O.), *Direito Internacional dos Direitos Humanos e Pessoas em Situação de Vulnerabilidade*. Polimatia, nº. 3., Natal, 2022, p. 310.

⁵⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS "Sentença" *Caso Ángel Alberto Duque vs. Colômbia*, San Jose, 2016, Disponível em:

Corte IDH também utiliza como fundamento o direito à igualdade e não discriminação, como previsto no artigo 24 da CADH, e, nesse caso aplicada a situação da pensão por morte. No mais, também compõe o fundamento da sentença os direitos a respeito à integridade física, psíquica e moral e à vida.⁵⁸

No caso Duque foram também impostas medidas de reparação a serem cumpridas pela Colômbia, que dizem respeito ao tratamento prioritário conferido ao caso concreto, pelo sistema previdenciário estatal, no que diz respeito à pretensão de recebimento da pensão por morte, assim como o pagamento, a título de dano imaterial, e uma indenização de USD\$ 10.000 dólares, devendo ser comprovado o cumprimento de todos os fundamentos da sentença no prazo de um ano.⁵⁹ Em 2018 a Corte publicou uma resolução de cumprimento informando que a decisão foi cumprida apenas parcialmente pela Colômbia, que havia implantado a pensão por morte dois meses após a expedição da sentença, porém não havia adimplido com os juros moratórios.⁶⁰ Em 2020 a Corte emitiu um relatório informando do pagamento dos juros moratórios, declarando concluído o caso Duque vs. Colômbia, em decorrência da obediência integral por parte do Estado das medidas de reparação estabelecidas na sentença.⁶¹

O próximo caso de pessoa LGBTQIAP+ julgado pela Corte IDH, estabelecido a partir do critério cronológico de expedição da sentença, é o caso da Sra. Azul Rojas Marín, ocorrido no Peru. O caso tem como objeto a violência policial contra a vítima, resultando em sua detenção arbitrária e discriminatória, e manifestada pela crueldade em que a vítima fora tratada pelas autoridades policiais na delegacia em que fora detida⁶², brutalidade essa que esteve relacionada com a identificação ou percepção de Azul Rojas Marín, naquele momento, como homem gay. Ressalta-se que atualmente ela se entende como uma mulher transexual.⁶³

O caso chegou à Corte IDH por meio do Relatório de Mérito nº 24/18, emitido pela CIDH, informando que além de identificar o preconceito no caso, a Comissão Interamericana havia emitido recomendações ao Estado, de reparação à situação das

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf, Acesso em: 20 ago. 2024, p. 33.

⁵⁸ O direito à vida se encontra consagrado no artigo 4.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, enquanto o respeito à integridade física, psíquica e moral encontra-se elencado no artigo 5.1 do mesmo dispositivo.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*, San Jose, 1969, Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm, Acesso em: 20 ago. 2024.

⁵⁹ RAUPP RIOS, R. "O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a discriminação contra pessoas LGBTTI: panorama, potencialidade e limites", *Revista Direito e Práxis*, 2017, nº. 2, Disponível em: <https://doi.org/10.12957/dep.2017.28033>, ISSN 2179-8966, Acesso 21 agosto 2024, p. 1562.

⁶⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Relatório de monitoramento do caso Duque Vs. Colômbia*, San Jose, 2018, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/duque_22_11_18.pdf, Acesso em: 20 ago. 2024, p. 33.

⁶¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Relatório de monitoramento do caso Duque Vs. Colômbia*, San Jose, 2018, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/duque_22_11_18.pdf, Acesso em: 20 ago. 2024, p. 33.

⁶² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS "Sentença", *Caso Azul Rojas Marín e Outros. vs. Peru*, San Jose, 2020, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf, Acesso em: 20 ago. 2024, p. 4.

⁶³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS "Sentença", *Caso Azul Rojas Marín e Outros. vs. Peru*, San Jose, 2020, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf, Acesso em: 20 ago. 2024, p. 16.

peças LGBTQIAP+. O estado apresentou, perante a CIDH, informações sobre medidas adotadas contra discriminação, com objetivo de que o caso de violência policial não se repetisse, mas não apresentou nenhuma política de reparação a vítima do caso em específico.⁶⁴ Munida destas informações, a CIDH fundamentou a denúncia perante a Corte, que resultou em uma sentença expedida no ano de 2020.

É importante pontuar, na decisão desse caso, que a Corte IDH considerou, além das provas e dos relatos incutidos na sentença, a situação geral das pessoas LGBTQIAP+ na Colômbia. Mediante a análise dos dados coletados pelo Instituto Nacional de Estatística e Informática, referentes ao ano de 2017, a Corte tomou conhecimento que 62,7% das pessoas LGBTQIAP+ pesquisadas indicaram já terem sido vítimas de situações de violência ou discriminação no país, sendo 17,7% vítimas de violência sexual. Sobre a comunicação às autoridades, verificou-se que apenas 4,4% do número total de vítimas reportou as violências, e, desses, 24,4% indicaram ter sido maltratados no estabelecimento onde prestaram queixa.⁶⁵

A reunião dos dados do caso concreto e da situação das pessoas LGBTQIAP+ na Colômbia fundamentaram a sentença proferida em março do ano de 2020, quando a Corte rejeita a argumentação do Estado que as instâncias internas não haviam sido esgotadas, assim como entende que foram violados os direitos à liberdade e segurança pessoais, artigo 7.1 da CADH; privação da liberdade física, artigo 7.2 da CADH; detenção e encarceramento arbitrário, artigo 7.3 da CADH; garantia inerente a todas as pessoas detidas de serem informadas as razões de sua detenção, artigo 7.4 da CADH.⁶⁶

Outrossim, a Corte também entendeu que o Peru violou a integridade física, psíquica e moral da vítima, conforme artigo 5.1 da CADH; direito à não submissão a torturas, artigo 5.2 da CADH; proteção da honra e da dignidade, artigo 11 da CADH; artigos 1 e 6 da Convenção Interamericana contra a Tortura⁶⁷, em prejuízo da vítima Sra. Azul Rojas Marín; violação do direito de ser ouvido, artigo 8.1 da CADH; violação do direito a proteção judicial, artigo 25.1.⁶⁸ Nesse caso, a Corte também decidiu pela violação do direito consagrado no artigo 5.1 (respeito a integridade física, psíquica e moral), em prejuízo de Juana Rosa Tanta Marín, mãe de Azul.⁶⁹

Em 2020, foi publicado o primeiro relatório de supervisão de cumprimento da sentença, o qual verificou que o Estado do Peru publicou e difundiu a sentença no Diário Oficial "El Peruano" e nos jornais "La Republica" e "La Industria", assim como manteve publicado o conteúdo integral da sentença no sítio oficial do Ministério da

⁶⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS "Sentença", *Caso Azul Rojas Marín e Outros. vs. Peru*, San Jose, 2020, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf, Acesso em: 20 ago. 2024, p. 4.

⁶⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS "Sentença", *Caso Azul Rojas Marín e Outros. vs. Peru*, San Jose, 2020, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf, Acesso em: 20 ago. 2024, p. 15.

⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS "Sentença", *Caso Azul Rojas Marín e Outros. vs. Peru*, San Jose, 2020, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf, Acesso em: 20 ago. 2024, p. 77.

⁶⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS *Convenção Interamericana Para Prevenir e Punir A Tortura*, Cartagena, 1985, Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/tortura.pdf>, Acesso em: 23 ago. 2024.

⁶⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*, San Jose, 1969, Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm, Acesso em: 20 ago. 2024.

⁶⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS "Sentença", *Caso Azul Rojas Marín e Outros. vs. Peru*, San Jose, 2020, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf, Acesso em: 20 ago. 2024, p. 77.

Justiça e Direitos Humanos.⁷⁰ Em 2022 foi realizado um ato público de reconhecimento de responsabilidade por parte do Estado, onde participou a vítima e autoridades do Peru, como o ministro da justiça e dos direitos humanos, ocasião em que a corte consolidou, mediante relatório publicado no mesmo ano, que esse ponto fora cumprido pelo Estado peruano.⁷¹

Outrossim, em 30 de abril de 2024 a Corte emitiu um novo relatório de cumprimento, reconhecendo o cumprimento da medida de reconhecimento, e reiterando que outras medidas integrantes da sentença ainda restam pendentes, como a promoção das investigações para apurar a responsabilidade da violência sofrida pela senhora Azul, a disponibilização de tratamento psicológico e psiquiátrico para a vítima, a adoção de um protocolo de investigação e administração da justiça para casos de processo penal envolvendo pessoas LGBTI+ vítimas de violência.⁷²

Também resta ao Peru criar e implantar um plano de conscientização dos funcionários da polícia nacional, disseminar um sistema de coleta de dados dos casos de violência, eliminar dos planos de segurança cidadã o "indicador de erradicação de homossexuais e travestis"⁷³ e pagar as indenizações conferidas pela Corte às vítimas, assim como ressarcir as custas e gastos processuais.⁷⁴

É importante enunciar todas essas medidas de reparação emitidas pelo órgão jurisdicional, pois elas traçam um panorama de como a Corte se atenta a proteção integral do ambiente e dos indivíduos, em especial quando se trata de coletividades de grupos vulneráveis. Imagina-se, que no caso da Luiza Melinho, submetido à Corte IDH, o órgão deva explorar o sistema de saúde de forma ampla e, conforme sentenciado no caso Azul Rojas, deve condenar o Estado brasileiro a implantar um plano de conscientização dos funcionários da saúde pública, assim como dispor de um sistema de coleta de dados dos atendimentos de saúde da população LGBTQIAP+, com destaque para as pessoas transexuais que necessitam de atenção multidisciplinar.

Seguindo a análise dos casos julgados, em 2013 a CIDH emitiu o Relatório de Mérito nº 81/13 acerca do caso Homero Flor Freire vs. Equador. Trata-se do caso de um militar que, no ano de 2000, foi aposentado de suas atividades militares por supostamente ser homossexual. Para este caso são apresentadas duas versões, a dos militares que acusam Flor Freire de ter relações sexuais dentro do quartel e a da

⁷⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Resolução de supervisão de cumprimento do Caso Azul Rojas Marín vs. Peru*, San Jose, 2022, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/azulrojas_05_04_22.pdf, Acesso em: 20 de agosto de 2024.

⁷¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Resolução de supervisão de cumprimento do Caso Azul Rojas Marín vs. Peru*, San Jose, 2022, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/azulrojas_05_04_22.pdf, Acesso em: 20 de agosto de 2024, p. 2-3.

⁷² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Resolução de supervisão de cumprimento do Caso Azul Rojas Marín vs. Peru*, San Jose, 2022, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/azulrojas_05_04_22.pdf, Acesso em: 20 de agosto de 2024, p. 8.

⁷³ Essa nomenclatura se encontra descrita na resolução de supervisão de cumprimento, tratando-se de um índice anteriormente adotado pelo Estado.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Resolução de supervisão de cumprimento do Caso Azul Rojas Marín vs. Peru*, San Jose, 2022, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/azulrojas_05_04_22.pdf, Acesso em: 20 de agosto de 2024, p. 8.

⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Resolução de supervisão de cumprimento do Caso Azul Rojas Marín vs. Peru*, San Jose, 2022, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/azulrojas_05_04_22.pdf, Acesso em: 20 de agosto de 2024, p. 8.

vítima que afirma que estava ajudando um colega militar bêbado, e que a presença dos dois no mesmo quarto foi interpretada errado pelo major superior hierárquico.⁷⁵

Ao julgar o caso, a Corte IDH condenou o Estado do Equador por violar o direito de igualdade perante a lei, conforme artigo 24 da CADH; pela violação dos direitos à honra, dignidade e imparcialidade, conforme art. 8.1 da CADH.⁷⁶ Estabeleceu como forma de reparação a recondução do militar ao seu posto, lhe concedendo todos os direitos e benefícios sociais. Também condenou o Estado ao pagamento dos valores referentes a contribuições previdenciárias conforme a vítima teria direito caso houvesse se aposentado voluntariamente, e a eliminação de todas as referências ao processo do senhor Flor Freire de seus registros militares.⁷⁷ Adicionalmente, o Estado foi condenado a garantir que nenhuma medida administrativa ou processo disciplinar venha a violar os direitos reconhecidos na Convenção Americana.⁷⁸

O último caso a ser analisado é o assassinato de uma mulher transexual no Estado de Honduras. O caso Vicky Hernández vs. Honduras é emblemático por ser o primeiro caso de responsabilização de um Estado, pela jurisdição da Corte IDH, onde o sujeito passivo era uma pessoa transsexual.

O assassinato acontece na madrugada de um golpe de Estado ocorrido no ano de 2009 em Honduras. A vítima era uma ativista reconhecida por defender os direitos da população LGBTQIAP+, trabalhava como profissional do sexo e já havia sofrido violência anteriormente.⁷⁹ Ocorre que, na data dos fatos, ela se encontrava fora de casa durante a determinação do toque de recolher, que vigoraria das 21 horas até as 6 horas da manhã, juntamente com duas amigas. Os relatos apontam que a vítima e suas amigas andavam nas ruas quando policiais que realizavam patrulha as avistaram e tentaram prendê-las. As outras duas pessoas se evadiram do local, e Vicky foi encontrada no dia seguinte, sem vida, tendo como causa aparente de óbito uma laceração cerebral decorrente de perfuração por arma de fogo.⁸⁰

O caso foi submetido à Corte IDH em 30 de abril de 2019, e a Comissão Interamericana ressaltou que uma das características presentes no homicídio diz respeito a comunicar uma mensagem de exclusão e de subordinação à comunidade LGBTQIAP+. Em sua exposição dos fatos a CIDH explica que a violência motivada pelo preconceito e discriminação tem como objetivo impedir ou anular o

⁷⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS “Sentença” Caso Flor Freire vs. Equador, San Jose, 2016, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf, Acesso em: 23 de agosto de 2024, p. 4-5.

⁷⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, San Jose, 1969, Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm, Acesso em: 20 ago. 2024.

⁷⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS “Sentença” Caso Flor Freire vs. Equador, San Jose, 2016, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf, Acesso em: 23 de agosto de 2024, p. 72.

⁷⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS “Sentença” Caso Flor Freire vs. Equador, San Jose, 2016, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf, Acesso em: 23 de agosto de 2024, p. 72.

⁷⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS “Sentença” Caso Vicky Hernández y otros. vs. Honduras, San Jose, 2021, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf, Acesso em: 23 de agosto de 2024, p. 16.

⁸⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS “Sentença” Caso Vicky Hernández y otros. vs. Honduras, San Jose, 2021, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf, Acesso em: 23 de agosto de 2024, p. 16.

reconhecimento, o gozo e o exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais das vítimas.⁸¹

A sentença foi proferida em março de 2021, e a Corte IDH ressaltou o contexto social de discriminação e violência policial como fundamental para a decisão. O tribunal entende que o Estado de Honduras é responsável pela violação do “dever de garantir o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade, vida pessoal, vida privada, liberdade de expressão e o nome”⁸² das pessoas transexuais. Por isso, o Estado de Honduras foi condenado com fundamento no artigo 3 da CADH, que trata do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica; violação do direito à vida (artigo 4.1 da CADH); o direito a integridade pessoal, que compreende a integridade física, psíquica e moral (prevista no artigo 5.1 da CADH⁸³), e que também é aplicado em prejuízo dos familiares de Vicky Hernández, devido ao sofrimento causado por seu assassinato e pela demora em encontrar o responsável.⁸⁴

Outro tratado utilizado para fundamentar a sentença da Corte foi a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra as mulheres⁸⁵, conhecida como Convenção de Belém do Pará, que possui em seu artigo 7º a previsão de que os Estados membros condenam todas as formas de violência contra a mulher, e se prontificam a adotar, “por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência”⁸⁶.

Também foram sujeitos da sentença os familiares de Vicky Hernandez, em especial sua genitora e sua sobrinha, com quem a vítima convivia quando foi assassinada. Dentre as medidas que deveriam ser adotadas pelo Estado de Honduras estava o dever de promover todos os esforços necessários para averiguar a responsabilidade pelo assassinato de Vicky Hernández, e realizar o julgamento dos responsáveis, aplicando-lhes as sanções cabíveis;⁸⁷ deve também conceder uma bolsa de estudos a Johana Reyes Ríos, sobrinha de Vicky, e tal bolsa deverá ser paga mensalmente, compreendendo as despesas integrais de educação em uma instituição de ensino secundário público e ensino técnico ou universitário em Honduras.⁸⁸ O

⁸¹ CASTRO MELO, A. V.; CASSIANO DE ARAÚJO, Y. R.; CANUTO, E. “Caso Vicky Hernández e outros vs. Honduras” *Direito e Gênero*, Polimatia, Natal, 2023, p. 64.

⁸² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS “Sentença” *Caso Vicky Hernández y otros. vs. Honduras*, San Jose, 2021, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf, Acesso em: 23 de agosto de 2024, p. 35.

⁸³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*, San Jose, 1969, Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm, Acesso em: 20 ago. 2024.

⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS “Sentença” *Caso Vicky Hernández y otros. vs. Honduras*, San Jose, 2021, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf, Acesso em: 23 de agosto de 2024, p. 54.

⁸⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS “Convenção De Belém Do Pará” *Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar A Violência Contra A Mulher*, Brasil, 1994, Disponível em: <https://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>, Acesso em: 24 ago. 2024.

⁸⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS “Convenção De Belém Do Pará” *Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar A Violência Contra A Mulher*, Brasil, 1994, Disponível em: <https://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>, Acesso em: 24 ago. 2024.

⁸⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS “Sentença” *Caso Vicky Hernández y otros. vs. Honduras*, San Jose, 2021, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf, Acesso em: 23 de agosto de 2024, p. 55-57.

⁸⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS “Sentença” *Caso Vicky Hernández y otros. vs. Honduras*, San Jose, 2021, Disponível em:

Estado também foi condenado a reparar financeiramente as vítimas, a título de danos morais e materiais, e custear as despesas atinentes ao atendimento psicológico e/ou psiquiátrico das vítimas.⁸⁹

Para que o caso não se repita, Honduras também terá que realizar um ato público de responsabilidade internacional pelo assassinato de Vicky; criar uma bolsa educacional intitulada "Vicky Hernández", que deve ser oferecida para mulheres transexuais com objetivo de afastá-las da marginalização; o Estado deve capacitar os agentes estatais de segurança mediante um plano permanente de capacitação; e adotar um procedimento de reconhecimento da identidade de gênero, que proporcione a alteração dos dados nos documentos de identificação e registros públicos.⁹⁰

Assim, após a análise dos cinco casos, é essencial apontar que a Corte IDH se preocupa bastante com o direito à igualdade, em seu aspecto material, entre os membros de uma sociedade, não se restringindo à noção de igualdade formal, ou igualdade perante a lei.

O conceito de igualdade meramente formal esbarra nas dificuldades já presentes na sociedade e não contribui para sua diminuição, ao contrário da igualdade material que atua como agente transformadora de ideias.⁹¹ A perspectiva material da igualdade aponta que é dever dos Estados oferecerem oportunidades iguais a todos os indivíduos para que eles possuam condições para se desenvolver, por meio de ações afirmativas e condições jurídicas.⁹²

As sentenças da Corte IDH, por sua vez, têm esse caráter de igualdade material, pois apresentam prestações positivas que visam minimizar as diferenças sociais e buscam uma justiça social por meio do direito à diferença. Esse direito à diferença consiste na garantia do respeito a identidade individual e ao tratamento digno.

5. Entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre pessoas LGBTQIAP+ no Brasil

Dentro do objeto de pesquisa deste artigo cumpre explicitar o entendimento da Corte Constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal (STF), acerca dos direitos especificamente de pessoas que fazem parte da comunidade LGBTQIAP+ no Brasil. Sob essa ótica, são abordados os seguintes casos que foram julgados pelo STF: a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275/Distrito Federal⁹³; o Recurso

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf, Acesso em: 23 de agosto de 2024, p. 55-57.

⁸⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS "*Sentença*" *Caso Vicky Hernández y otros. vs. Honduras*, San Jose, 2021, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf, Acesso em: 23 de agosto de 2024, p. 55-57.

⁹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS "*Sentença*" *Caso Vicky Hernández y otros. vs. Honduras*, San Jose, 2021, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf, Acesso em: 23 de agosto de 2024, p. 55-57.

⁹¹ GURGEL, Y. M. P. *Direitos Humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho*, Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 45.

⁹² GURGEL, Y. M. P. *Direitos Humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho*, Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 59.

⁹³ BRASIL, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, *Acórdão ADI nº 4275/DF*, Relator: Ministro Marco Aurélio, *Processo Eletrônico Dje-045 Divulg 06-03-2019 Public 07-03-2019*, Brasília/DF, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>, Acesso em: 22 ago. 2024.

Extraordinário nº 670.422/Rio Grande do Sul⁹⁴; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/Distrito Federal⁹⁵; e os Embargos de Declaração no Mandado de Injunção nº 4733/Distrito Federal⁹⁶.

No que concerne à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275/DF, seu julgamento em março de 2018 pelo Tribunal Pleno da Corte Constitucional brasileira determinou que o direito à igualdade, em seu aspecto de não haver discriminações negativas, abarca a identidade de gênero e, por isso mesmo, a pessoa transgênero que comprove a sua expressão de gênero distinta daquela que lhe foi determinada ao nascer, possui o direito fundamental à alterar seu prenome, como também o seu gênero no registro civil, seja por meio administrativo ou judicial, sem a necessidade de procedimentos cirúrgicos ou de tratamentos hormonais.⁹⁷ A Corte julgou procedente a ADI nº 4.275/DF para que houvesse uma interpretação do art. 58 da Lei nº 6.015/73⁹⁸ em conformidade com a Constituição Federal de 1988⁹⁹ e o Pacto de São José da Costa Rica¹⁰⁰, de modo a assegurar o direito à alteração do prenome e do gênero no registro civil da pessoa transgênero.¹⁰¹

São destacados no julgamento da ADI nº 4.275/DF os seguintes dispositivos constitucionais: o artigo 1º, inciso III, que destaca como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro o princípio jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana¹⁰²; o art. 3º, inc. IV, ao assegurar como um dos objetivos fundamentais da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos e sem qualquer forma de discriminação de caráter negativo, isto é, que prejudique

⁹⁴ BRASIL, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, *Acórdão RE nº 670422/RS*, Relator: Ministro Dias Toffoli, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito Dje-051 Divulg 09-03-2020 Public 10-03-2020, Brasília/DF, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752185760>, Acesso em: 22 ago. 2024.

⁹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26/ Distrito Federal*, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 13 de junho de 2019, *Processo Eletrônico Dje-243*, Brasília, 06 out. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>, Acesso em: 22 ago. 2024.

⁹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Embargos de Declaração no Mandado de Injunção nº 4.733/Distrito Federal*, Brasília, DF, 22 de agosto de 2023, *Processo Eletrônico Dje-S/N Divulg 08-09-2023 Public 11-09-2023*, Brasília, 11 set. 2023, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=770595336>, Acesso em: 22 ago. 2024.

⁹⁷ BRASIL, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, *Acórdão ADI nº 4275/DF*, Relator: Ministro Marco Aurélio, *Processo Eletrônico Dje-045 Divulg 06-03-2019 Public 07-03-2019*, Brasília/DF, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>, Acesso em: 22 ago. 2024. p. 1-3.

⁹⁸ BRASIL, *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm, Acesso em: 22 ago. 2024.

⁹⁹ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, Acesso em: 22 ago. 2024.

¹⁰⁰ BRASIL, *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*, Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm, Acesso em: 22 ago. 2024.

¹⁰¹ BRASIL, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, *Acórdão ADI nº 4275/DF*, Relator: Ministro Marco Aurélio, *Processo Eletrônico Dje-045 Divulg 06-03-2019 Public 07-03-2019*, Brasília/DF, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>, Acesso em: 22 ago. 2024. p. 1-3.

¹⁰² BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, Acesso em: 22 ago. 2024.

as pessoas¹⁰³, e o *caput* do art. 5º, que explicita o direito à igualdade de todas as pessoas, e seu inc. X, ao determinar a inviolabilidade do direito à intimidade, vida privada, honra e a imagem das pessoas, com garantia de indenização pelo dano material ou moral em consequência da violação desse direito¹⁰⁴, da Carta Magna de 1988. Em conformidade com esses dispositivos constitucionais que tem de ser interpretado o já supracitado art. 58 da Lei nº 6.015/73¹⁰⁵, para aplicá-lo de modo a assegurar o prenome social da pessoa transgênero como também com a alteração do gênero no registro civil.¹⁰⁶

Quanto à Convenção Americana de Direitos Humanos, é destacado no julgado¹⁰⁷ a aplicabilidade do artigo 1.1 desse Pacto, que determina aos Estados-Partes o dever de respeitar os direitos e liberdades de todas as pessoas, sem discriminação prejudicial por qualquer motivo ou condição social.¹⁰⁸ Nesse ponto, observa-se que pode ser traçada uma ligação com o caso da Luiza Melinho vs. Brasil, pois o próprio STF em sua decisão acerca de direitos de pessoa transgênero fundamentou o julgado com base na Convenção Americana.¹⁰⁹

Posteriormente, em agosto de 2018, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, analisando o julgamento do Recurso Extraordinário nº 670.422/Rio Grande do Sul, complementou o julgamento anteriormente examinado no âmbito da ADI nº 4.275/DF¹¹⁰. Dessa forma, no RE nº 670.422/RS confirmou-se o direito da pessoa transgênero à alteração do seu prenome e do gênero no registro civil. O tribunal também destaca que tal alteração necessita ser realizada à margem do registro de nascimento, sem a inclusão da palavra “transexual” ou observações sobre a origem do ato, salvo as situações de requerimento da própria pessoa interessada ou decisão judicial.¹¹¹ Logo, o julgamento do RE nº 670.422/RS assegura garantias no

¹⁰³ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, Acesso em: 22 ago. 2024.

¹⁰⁴ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, Acesso em: 22 ago. 2024.

¹⁰⁵ BRASIL, *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm, Acesso em: 22 ago. 2024.

¹⁰⁶ BRASIL, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, *Acórdão ADI nº 4275/DF*, Relator: Ministro Marco Aurélio, *Processo Eletrônico Dje-045 Divulg 06-03-2019 Public 07-03-2019*, Brasília/DF, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>, Acesso em: 22 ago. 2024. p. 4-8.

¹⁰⁷ BRASIL, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, *Acórdão ADI nº 4275/DF*, Relator: Ministro Marco Aurélio, *Processo Eletrônico Dje-045 Divulg 06-03-2019 Public 07-03-2019*, Brasília/DF, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>, Acesso em: 22 ago. 2024. p. 73.

¹⁰⁸ BRASIL, *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*, Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm, Acesso em: 22 ago. 2024.

¹⁰⁹ BRASIL, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, *Acórdão ADI nº 4275/DF*, Relator: Ministro Marco Aurélio, *Processo Eletrônico Dje-045 Divulg 06-03-2019 Public 07-03-2019*, Brasília/DF, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>, Acesso em: 22 ago. 2024. p. 73.

¹¹⁰ BRASIL, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, *Acórdão ADI nº 4275/DF*, Relator: Ministro Marco Aurélio, *Processo Eletrônico Dje-045 Divulg 06-03-2019 Public 07-03-2019*, Brasília/DF, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>, Acesso em: 22 ago. 2024.

¹¹¹ BRASIL, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, *Acórdão RE nº 670422/RS*, Relator: Ministro Dias Toffoli, *Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito Dje-051 Divulg 09-03-2020 Public 10-03-2020*, Brasília/DF, Disponível em:

procedimento de alteração do prenome e do gênero no registro civil da pessoa que fez essa solicitação de mudança assegurando-se os direitos da personalidade.¹¹² Pontua-se que nesse julgado também é citada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 24, que determina a igualdade de todas as pessoas perante a lei, sem discriminação^{113, 114}.

No que se refere ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/Distrito Federal (ADO nº 26/DF), julgada em junho de 2019, a Corte Constitucional brasileira decidiu que são necessárias ações preventivas e repressivas com relação aos atos eivados de preconceito ou discriminação contra pessoas da comunidade LGBTI+, tendo por fundamento jurídico o art. 13, §5º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos^{115, 116}. Dessa forma, o STF entende que as práticas homofóbicas e transfóbicas devem ser consideradas como ilícitos penais, tendo em vista o art. 5º, incisos XLI e XLII, da Constituição Federal de 1988¹¹⁷, sendo essas práticas configuradas como racismo em sua dimensão social, e aplicando-se a Lei nº 7.716/1989¹¹⁸ quanto à incriminação; além de constituir circunstância que qualifica o homicídio doloso (art. 121, §2º, inc. I, do Código Penal¹¹⁹); até que haja a edição pelo Congresso Nacional de uma lei mais específica que trate da matéria.¹²⁰

Ademais, também explicita-se que o Supremo Tribunal Federal julgou, no contexto dos Embargos de Declaração no Mandado de Injunção nº 4733/Distrito

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752185760>, Acesso em: 22 ago. 2024. p. 1-4.

¹¹² BRASIL, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, *Acórdão RE nº 670422/RS*, Relator: Ministro Dias Toffoli, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito Dje-051 Divulg 09-03-2020 Public 10-03-2020, Brasília/DF, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752185760>, Acesso em: 22 ago. 2024. p. 1-4.

¹¹³ BRASIL, *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*, Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm, Acesso em: 22 ago. 2024.

¹¹⁴ BRASIL, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, *Acórdão RE nº 670422/RS*, Relator: Ministro Dias Toffoli, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito Dje-051 Divulg 09-03-2020 Public 10-03-2020, Brasília/DF, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752185760>, Acesso em: 22 ago. 2024. p. 22.

¹¹⁵ BRASIL, *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*, Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm, Acesso em: 22 ago. 2024.

¹¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26/ Distrito Federal*, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 13 de junho de 2019, *Processo Eletrônico Dje-243*, Brasília, 06 out. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>, Acesso em: 22 ago. 2024. p. 1-12.

¹¹⁷ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, Acesso em: 22 ago. 2024.

¹¹⁸ BRASIL, *Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989*, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm, Acesso em: 22 ago. 2024.

¹¹⁹ BRASIL, *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal Brasileiro*, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, Acesso em: 22 ago. 2024.

¹²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26/ Distrito Federal*, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 13 de junho de 2019, *Processo Eletrônico Dje-243*, Brasília, 06 out. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>, Acesso em: 22 ago. 2024. p. 1-12.

Federal¹²¹, em decisão de agosto de 2023, que como a injúria racial consiste em uma das formas de manifestação do crime de racismo, por consequência, atos homofóbicos e transfóbicos podem ser tipificados como crime de injúria racial.¹²² Esse julgamento dos Embargos de Declaração no Mandado de Injunção nº 4733/DF terminou por complementar o entendimento da Corte no julgamento anterior da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF¹²³, na medida em que delimitou a aplicabilidade da injúria racial às práticas homofóbicas e transfóbicas.

Conforme observa-se da análise desses julgados do Supremo Tribunal Federal, há uma jurisprudência robusta e recente que concretiza os direitos das pessoas LGBTQIAP+, e que pode ser utilizada inclusive como um avanço do ordenamento jurídico brasileiro, que reconhece situações de violação do direito à igualdade e não discriminação desse grupo vulnerável, e que dá subsídio jurídico para o encaminhamento favorável, de modo análogo, para o caso da Luiza Melinho. No sentido do reconhecimento do direito da senhora Melinho diante da mora administrativa e judicial em ser concedida, via sistema público de saúde, o procedimento cirúrgico de redesignação sexual; como também o reembolso pelo tratamento realizado via sistema particular de saúde.

6. Conclusão

Acerca dos possíveis desdobramentos do caso Luiza Melinho vs. Brasil no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, conclui-se que no contexto do ordenamento jurídico brasileiro não foram concretizados os direitos humanos da senhora Melinho, em especial o direito à igualdade e não-discriminação, ao ser negada a livre expressão de gênero, considerando-se os reiterados indeferimentos administrativos e judiciais pelas instâncias brasileiras para que fosse realizada a cirurgia de redesignação sexual da autora. Isso é deduzido a partir da denúncia já realizada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que relata a gravidade da situação, com a respectiva carta de submissão do caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2023.

A análise de casos anteriores paradigmáticos de pessoas da comunidade LGBTQIAP+ no contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, demonstrou como a jurisprudência da Corte Interamericana é favorável ao pleito da senhora Luiza Melinho, com fundamento nas normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Importante destacar que a Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância elucida que é dever de todos os Estados adotar uma legislação e políticas públicas que proíbam a discriminação em todas as esferas da vida social, o que não foi respeitado pelo sistema de saúde brasileiro no caso em tela. A Opinião Consultiva de número 24/2017 também reconhece o direito a mudança de nome como um aspecto importante da personalidade individual, e defende que o Estado proteja seus indivíduos de quaisquer atitudes discriminatórias

¹²¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Embargos de Declaração no Mandado de Injunção nº 4.733/Distrito Federal*, Brasília, DF, 22 de agosto de 2023, *Processo Eletrônico Dje-S/N Divulg 08-09-2023 Public 11-09-2023*, Brasília, 11 set. 2023, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=770595336>, Acesso em: 22 ago. 2024.

¹²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Embargos de Declaração no Mandado de Injunção nº 4.733/Distrito Federal*, Brasília, DF, 22 de agosto de 2023, *Processo Eletrônico Dje-S/N Divulg 08-09-2023 Public 11-09-2023*, Brasília, 11 set. 2023, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=770595336>, Acesso em: 22 ago. 2024. p. 1-5.

¹²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26/ Distrito Federal*, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 13 de junho de 2019, *Processo Eletrônico Dje-243*, Brasília, 06 out. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>, Acesso em: 22 ago. 2024.

infundadas, como se verifica na mora administrativa do Estado em garantir o acesso a saúde de Luiza Melinho.

Adicionalmente, também se verificou que a própria jurisprudência da Corte Constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal, tem sido favorável ao direito à igualdade e não discriminação das pessoas da comunidade LGBTQIAP+.

Nesse sentido, tendo por base o quadro normativo vigente, assim como a jurisprudência da Corte Interamericana e do Supremo Tribunal Federal, confirmou-se a hipótese levantada no início de pesquisa de que o encaminhamento jurídico mais adequado para o caso consiste na responsabilização internacional do Estado brasileiro pela mora em fornecer os procedimentos cirúrgicos para a Luiza Melinho, além do dever de indenizar a vítima por todas as situações negativamente discriminatórias que sofreu, chegando-se a resultar até mesmo na automutilação da vítima, tendo em vista a gravidade que as circunstâncias do caso alcançaram com a mora no fornecimento de tratamento de saúde adequado.

Ressaltou-se que a denúncia da Comissão Interamericana de Direitos Humanos do caso para a Corte Interamericana, com fundamento na não observância do Pacto de São Jose da Costa Rica merece prosperar com a devida condenação do Estado brasileiro, pela violação do direito à integridade pessoal, do direito a garantias judiciais, da proteção da honra e da dignidade, do direito à igualdade perante a lei, do direito à proteção judicial, além dos direitos econômicos, sociais e culturais, todos explícitos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conforme indicado pela Comissão Interamericana. Além disso, considerando-se as reiteradas decisões do Estado brasileiro em não fornecer a cirurgia de redesignação sexual, como também em não reembolsar a Luiza Melinho pelos gastos cirúrgicos que teve que desembolsar no sistema privado de saúde. Demonstrou-se que recentemente, no mês de agosto de 2024, o caso estava pendente de contestação pelo Estado brasileiro.

Conforme destacado, quando for decidida a situação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos o Brasil deve dar cumprimento imediato à decisão, sem a necessidade de homologação pela jurisdição nacional, conforme o art. 68, item 1, da Convenção Americana e tendo em vista que o País aceitou a jurisdição obrigatória da Corte, com a ratificação da Convenção Americana em 1992 e com a subsequente aceitação da competência contenciosa da Corte no ano 1998.

Por fim, conforme visto, a partir do quadro normativo e jurisprudencial abordado, sendo a autora parte de um grupo vulnerável, a população LGBTQIAP+, a perspectiva esperada é de que a Corte Interamericana deva explorar o sistema de saúde brasileiro de modo amplo, assim como no caso análogo analisado da sentença da senhora Azul Rojas, com a condenação do Brasil e a ordem judicial de que seja implantado um plano de conscientização e atualização dos profissionais da saúde pública quanto ao adequado atendimento das pessoas LGBTQIAP+, além de um sistema de coleta de dados desses atendimentos, com atenção especial para as pessoas transexuais, sendo imprescindível um tratamento de saúde multidisciplinar.

Referências bibliográficas

- AMARANTE DE OLIVEIRA, C. J. A.; MOREIRA, T. O. "A execução das sentenças da corte interamericana de direitos humanos no Brasil: (in)aplicabilidade do art. 15 lei de introdução às normas do direito brasileiro". *Inter – Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ*, Rio de Janeiro, v. 5, nº. 2, p. 8-24, jun. 2022, p. 10.
- ARCARO CONCI, L.G.; FIORAMONTE TONET, L. "O controle de convencionalidade feito pelo STF diante decisões da Corte Interamericana De Direitos Humanos", *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, [S. l.], v. 16, n. 2, 2024. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/34695>, Acesso em: 28 ago. 2024.

- BICHARA, J. *Direito Internacional*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2015, p. 493.
- BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, Acesso em: 22 ago. 2024.
- BRASIL, *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*, Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm, Acesso em: 22 ago. 2024.
- BRASIL, *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal Brasileiro*, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, Acesso em: 22 ago. 2024.
- BRASIL, *Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*, Brasília, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm, Acesso em: 19 ago. 2024.
- BRASIL, *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm, Acesso em: 22 ago. 2024.
- BRASIL, *Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989*, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm, Acesso em: 22 ago. 2024.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26/ Distrito Federal*, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 13 de junho de 2019, *Processo Eletrônico Dje-243*, Brasília, 06 out. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>, Acesso em: 22 ago. 2024.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Embargos de Declaração no Mandado de Injunção nº 4.733/Distrito Federal*, Brasília, DF, 22 de agosto de 2023, *Processo Eletrônico Dje-S/N Divulg 08-09-2023 Public 11-09-2023*, Brasília, 11 set. 2023, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=770595336>, Acesso em: 22 ago. 2024.
- BRASIL, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, *Acórdão ADI nº 4275/DF*, Relator: Ministro Marco Aurélio, *Processo Eletrônico Dje-045 Divulg 06-03-2019 Public 07-03-2019*, Brasília/DF, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>, Acesso em: 22 ago. 2024.
- BRASIL, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, *Acórdão RE nº 670422/RS*, Relator: Ministro Dias Toffoli, *Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito Dje-051 Divulg 09-03-2020 Public 10-03-2020*, Brasília/DF, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752185760>, Acesso em: 22 ago. 2024.
- CASSIANO DE ARAÚJO, Y. R. *A normatização da sexualidade e da identidade de gênero como um problema jurídico: diálogo entre os marcos normativos internacionais de proteção às pessoas LGBTQIAP+ e a jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos*, 2023, 228 p., Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2023. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/54413>, Acesso em: 26 ago. 2024.
- CASSIANO DE ARAÚJO, Y. R.; GURGEL, Y. M. P.; MOREIRA, T. O. "O princípio da igualdade e não discriminação no combate a discriminação em razão de orientação sexual e identidade de gênero a partir das decisões da Corte IDH" em (GURGEL, Y. M. P.; MAIA, C.; MOREIRA, T. O.), *Direito Internacional dos Direitos Humanos e Pessoas em Situação de Vulnerabilidade*. Polimatia, nº. 3., Natal, 2022, p. 310.

- CASTRO MELO, A. V.; CASSIANO DE ARAÚJO, Y. R.; CANUTO, E. "Caso Vicky Hernández e outros vs. Honduras" *Direito e Gênero*, Polimatia, Natal, 2023.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Carta de submissão: caso Luiza Melinho vs Brasil*, 2023, Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2023/BR_13.021_NdeREs.PDF, Acesso em: 19 ago, 2024.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS "Sentença" *Caso Atala Riffo e filhas. vs. Chile*, San Jose, 2012, Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf, Acesso em: 19 ago. 2024.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS "Sentença" *Caso Ángel Alberto Duque vs. Colômbia*, San Jose, 2016, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf, Acesso em: 20 ago. 2024.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS "Sentença" *Caso Flor Freire vs. Equador*, San Jose, 2016, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf, Acesso em: 23 de agosto de 2024.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Opinião Consultiva nº 24/2017*, San Jose, 2017, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf, Acesso em: 26 ago. 2024.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Relatório de monitoramento do caso Duque Vs. Colômbia*, San Jose, 2018, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/duque_22_11_18.pdf, Acesso em: 20 ago. 2024.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS "Sentença", *Caso Azul Rojas Marín e Outros. vs. Peru*, San Jose, 2020, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf, Acesso em: 20 ago. 2024.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS "Sentença" *Caso Vicky Hernández y otros. vs. Honduras*, San Jose, 2021, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf, Acesso em: 23 de agosto de 2024.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Caderno de Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: controle de convencionalidade*, nº. 7, San José, 2021, ISBN 978-9977-36-276-2, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/fortalecimiento_institucional.cfm?lang=pt&n=56, Acesso em: 24 ago. 2024.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Resolução de supervisão de cumprimento do Caso Azul Rojas Marín vs. Peru*, San Jose, 2022, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/azulrojas_05_04_22.pdf, Acesso em: 20 de agosto de 2024.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Relatório de Trâmite do Caso Luiza Melinho vs Brasil*, 2024, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/luiza_melinho.pdf, Acesso em: 24 ago. 2024.
- GURGEL, Y. M. P. *Direitos Humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho*, Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 59.
- LIMA, L. C. "A Corte Interamericana em tempos de crise", *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, [S. l.], v. 16, n. 1, 2024. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/35668>. Acesso em: 28 ago. 2024.

- MAZZUOLI, V. O. *Curso de Direito Internacional Público*, Forense, Rio de Janeiro, 12. Ed, 2019.
- MOREIRA, T. O. *Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*, Edufrn, Natal, 2015.
- MOREIRA, T. O. "Aspectos gerais do controle de convencionalidade interamericano", *Participação na UFF*, 2022, n. pag.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS *Convenção de Viena Sobre Direito dos Tratados*, Viena, 1969, Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf. Acesso em: 19 ago. 2024.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*, San Jose, 1969, Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm, Acesso em: 20 ago. 2024.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS *Convenção Interamericana Para Prevenir e Punir A Tortura*, Cartagena, 1985, Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/tortura.pdf>, Acesso em: 23 ago. 2024.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS "Convenção De Belém Do Pará" *Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar A Violência Contra A Mulher*, Brasil, 1994, Disponível em: <https://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>, Acesso em: 24 ago. 2024.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana Contra Todas As Formas De Discriminação E Intolerância (A-69): signatários e ratificações*, 2024, Disponível em: https://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_A-69_discrimination_intolerance_signatories.asp, Acesso em: 26 ago. 2024.
- RAUPP RIOS, R. "O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a discriminação contra pessoas LGBTTI: panorama, potencialidade e limites", *Revista Direito e Práxis*, 2017, nº. 2, Disponível em: <https://doi.org/10.12957/dep.2017.28033>, ISSN 2179-8966, Acesso 21 agosto 2024, p. 1562.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 25. Núm. Extraordinario (2024), pp. 361-383
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Constitucionalismo brasileiro e natureza em crise: ecofeminismo para evitar o fim do mundo?

Braslian constitutionalism and nature in crises: ecofeminism to avoid the end of the world?

Kyvia Celine Chevalley¹

Patrícia Borba Vilar Guimarães²

Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito Constitucional e ecofeminismo: onde se interseccionam? 2.1 As mulheres e a natureza. 2.2 O direito e o ecofeminismo. 3. Do antropocentrismo ao ecocentrismo: as experiências constitucionais latino-americanas. 4. *Eco-fem* para um futuro “sustentável”. 5. Considerações finais.

Resumo: A crise climática causada pelo modelo capitalista de produção e consumo se sustenta na exploração da natureza e dos corpos femininos, assim, a pesquisa busca soluções jurídicas na teoria ecofeminista para a degradação ambiental. Para tanto, analisa a lenta virada dos ordenamentos constitucionais da América Latina do antropocentrismo para o ecocentrismo, que vislumbra a natureza como sujeito de direitos. O objetivo geral é apontar como a perspectiva ecofeminista pode estabelecer novos parâmetros para o direito constitucional ambiental brasileiro. O método empregado é o hipotético-dedutivo, a pesquisa é descritiva e exploratória e tem abordagem qualitativa. Concluiu-se que o direito ambiental brasileiro permite uma interpretação ecocêntrica e ecofeminista e que o constitucionalismo equatoriano e boliviano, o Buen Vivir, fornece um modelo de ordenamento jurídico que reúne características ecofeministas constroi as bases para o desenvolvimento sustentável que efetivamente proteja a natureza para as futuras gerações.

¹ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Membro do Grupo de Pesquisa do CNPq Direito, Desenvolvimento Sustentável e Inovação. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8629976921767153>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0008-9130-948X> E-mail: kyviaceline@hotmail.com

² Advogada. Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, no Departamento de Direito Processual e Propedêutica (DEPRO). Líder da Base de Pesquisa Direito e Desenvolvimento (UFRN-CNPq). Professora vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito (UFRN) e ao Programa de Pós-Graduação em Gestão de Processos Institucionais (UFRN). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3134219236556237>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9130-3901>. E-mail: patricia.borba@ufrn.br.

Palavras-chave: Direito constitucional. Meio ambiente. Ecofeminismo latino-americano. Sustentabilidade.

Abstract: The climate crisis caused by the capitalist model of production and consumption is based on the exploitation of nature and women's bodies. Thus, this research seeks legal solutions in ecofeminist theory for environmental degradation. To this end, it analyzes the slow shift in Latin American constitutional systems from anthropocentrism to ecocentrism, which views nature as a subject of rights. The general objective is to point out how the ecofeminist perspective can establish new parameters for Brazilian environmental constitutional law. The method used is hypothetical-deductive, the research is descriptive and exploratory, and has a qualitative approach. It was concluded that Brazilian environmental law allows for an ecocentric and ecofeminist interpretation, and that Ecuadorian and Bolivian constitutionalism, Buen Vivir, provides a model of legal system that brings together ecofeminist characteristics and builds the foundations for sustainable development that effectively protects nature for future generations.

Keywords: Constitutional law. Environment. Latin American ecofeminism. Sustainability.

1. Introdução

A dramaticidade no título deste trabalho não foi uma escolha aleatória, afinal, esta pesquisa visa analisar possibilidades jurídicas para evitar o “fim do mundo”. A escolha deste termo, que parece ter saído de um filme apocalíptico hollywoodiano, tem por função atrair o olhar acadêmico para as crises que a sociedade contemporânea enfrenta constantemente, por esta razão, pautar o “fim do mundo” se mostra cada vez menos cinematográfico e cada vez mais realístico. Assim, o fim do mundo deve ser compreendido como o fim de algo — do modelo de sociedade atual —, ou, tomando emprestadas as palavras de Ailton Krenak³, como “uma breve interrupção de um estado de prazer extasiante”.

A sociedade atual enfrenta constantes crises que, em razão do processo de globalização ocorrido a partir do século XX, deixaram de ter características locais/regionais e se tornaram mundiais. Assim, as crises do século XXI são marcadas pelo entrelaçamento de problemas globais e regionais interseccionais e multidimensionais, que se sobrepõem uns aos outros e se intensificam quando as propostas de soluções não conseguem ser igualmente interseccionais e multidimensionais. É nesse sentido que, no título deste trabalho, optou-se pelo uso no plural (“crises”), afinal, a região da América Latina enfrenta e continuará enfrentando problemas de órbitas complexas que requerem profundas transformações no direito, na sociedade e na maneira como se imagina o futuro.

No Brasil e no continente sul-americano como um todo, algumas temáticas precisam ser analisadas em conjunto. A crise climática somente pode ser observada no contexto do modelo econômico capitalista de produção e consumo, que, por sua vez, se sustenta na exploração da natureza e dos corpos, especialmente do feminino. Por esta razão, o feminismo e o ecologismo se tornam indispensáveis para transformar a realidade latino-americana, permitindo que novas práticas e novos valores sejam inseridos na sociedade, que vem sofrendo com as consequências devastadoras das mudanças climáticas.

Diante disso, o presente trabalho busca soluções na teoria ecofeminista, que une pautas feministas e ecológicas, para o desequilíbrio ambiental e as pressões intergeracionais sobre o direito humano ao meio ambiente sadio, que é posto como direito fundamental pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e se

³ KRENAK, A. *Ideias para adiar o fim do mundo*. 2ª ed. Companhia das Letras, São Paulo, 2020, p. 30.

faz presente nos ordenamentos jurídicos de diversos países da América Latina. A discussão deve pautar, inevitavelmente, a lenta virada latino-americana da interpretação jurídica antropocêntrica (na qual o meio ambiente é tido como direito do ser humano, não sendo sujeito de direitos por si próprio) para a interpretação jurídica ecocêntrica (na qual, tanto os seres humanos quanto a natureza são sujeitos de direitos).

Pode-se dizer, a título introdutório, que o paralelismo entre ecofeminismo e ecocentrismo deriva do fato de que as duas teorias possuem características em comum, apesar de suas diferenças: buscam a reaproximação entre o ser humano e a natureza, com a continuidade do equilíbrio ecológico e a proteção dos seres vivos em um sentido mais amplo, considerando não só o ser humano. O pensamento ecofeminista, em específico, se propõe a analisar as discriminações sobre a mulher no contexto da dominação do homem sobre a natureza e sobre os corpos femininos, assim como a relação entre as mulheres e o meio ambiente natural, divergindo, neste ponto, do ecocentrismo, que insere o ser humano (independentemente do gênero) como parte da natureza.

Nesse sentido, a pesquisa se debruça em responder o seguinte questionamento: como a perspectiva ecofeminista pode levar a um futuro ambientalmente equilibrado, ampliando a proteção da natureza e garantindo os direitos das presentes e futuras gerações? Para se chegar a esta resposta, precisa-se analisar qual a abordagem ecofeminista é a mais apropriada para influenciar o contexto jurídico e social, ao mesmo tempo em que se investiga os avanços nos ordenamentos jurídicos ecocêntricos de alguns países latino-americanos, que trazem consigo, de forma implícita, algumas características ecofeministas.

Cada vez mais, as consequências das mudanças climáticas geram crises climática, social e econômica que afetam as pessoas em diferentes partes do globo, em especial as mulheres. O desequilíbrio ambiental causado pela exploração desenfreada dos bens naturais exige medidas multidimensionais para que a temperatura terrestre se reduza — ou, pelo menos, não aumente mais —, assim como soluções para os impactos negativos que já afligem a população latino-americana. Por esta razão, o estudo sobre o feminismo ligado ao ecologismo se mostra essencial.

Assim, o objetivo geral do estudo é apontar como a perspectiva ecofeminista ecocêntrica pode estabelecer novos parâmetros para a interpretação e aplicação das normas de direito ambiental no Brasil, com inspirações nos ordenamentos jurídicos de outros países do sul-americano. Para esse fim, primeiramente deve-se caracterizar a teoria ecofeminista e contextualizá-la no ordenamento jurídico brasileiro, estabelecendo seus limites e possíveis avanços necessários à legislação brasileira, configurando-se esta análise como um dos objetivos específicos a serem desenvolvidos.

O segundo objetivo específico se voltará a compreender os avanços (e desafios) das legislações latino-americanas que se distanciam do antropocentrismo e se aproximam do ecocentrismo na forma como ocorre a proteção da natureza e dos bens naturais. Esse objetivo demanda a análise, ainda que breve, do *Buen Vivir*, modelo de constitucionalismo adotado pelo Equador e Bolívia, no entanto, a exploração dos ordenamentos jurídicos latino-americanos não se restringirá a esses dois países, buscando influências ecofeministas para as normas brasileiras em outros exemplos internacionais.

Já o terceiro objetivo específico busca unir o ecofeminismo às novas pautas ecológicas trazidas aos ordenamentos jurídicos latino-americanos pelo ecocentrismo, estabelecendo discussões sobre a sustentabilidade, proteção da natureza e o que deve ser transformado para que as futuras gerações possam usufruir dos mesmos direitos fundamentais das gerações atuais. Desta forma, a pesquisa será repartida em três seções gerais, que refletem os objetivos parciais traçados acima, e subseções específicas.

Diante da complexidade dos temas envolvidos, o método utilizado é o hipotético-dedutivo, que adota hipóteses como ponto inicial da investigação científica e se

alcançam respostas temporárias, que podem ser falseáveis, aos problemas propostos⁴. Espera-se que, com a incorporação de características da teoria ecofeminista ao direito ambiental brasileiro, seja possível realizar transformações sociais e jurídicas que corroborem para a mitigação das consequências negativas decorrentes da crise climática e das demais crises que a envolvem.

O artigo consiste em uma pesquisa descritiva, pois tem como propósito descrever e caracterizar o ecofeminismo e o ecocentrismo em sua primeira e segunda seções, e exploratória, já que a terceira seção busca esclarecer e desenvolver possíveis soluções para a problemática apresentada. Portanto, a abordagem é qualitativa, pois não é possível analisar o tema unicamente por dados numéricos, buscando compreender as informações de forma global e interconectada e privilegiando o contexto em que a crise climática está inserida na sociedade.

Por fim, este estudo não espera que o ecofeminismo forneça todas as respostas possíveis para o “fim do mundo”, no entanto, a aproximação entre o feminismo e o ecologismo sugere que a mulher pode ter papel fundamental na transição do modelo atual e produção e consumo, com suas características exploratórias, para um modelo mais equilibrado, que promova a proteção dos ecossistemas terrestres e da vida humana. Trata-se, portanto, de uma forma de pensamento crítico sobre o desequilíbrio ambiental.

2. Direito Constitucional e ecofeminismo: onde se interseccionam?

A Organização das Nações Unidas⁵ define a crise climática como uma sucessão de graves adversidades que ocorrem globalmente, causadas pelas mudanças climáticas, que abarcam eventos extremos, desastres naturais, acidificação dos oceanos, aumento do nível do mar, secas, ondas de calor, insegurança alimentar e hídrica, riscos à saúde das pessoas, colapso do equilíbrio dos ecossistemas naturais e perda de biodiversidade. Essas crises aproximam a humanidade do ponto de inflexão (ou *tipping point*), quando as mudanças no clima se tornarão irreversíveis.

Nesse contexto de crise ambiental, as mulheres são mais vulneráveis e as primeiras a serem prejudicadas pelo desequilíbrio de seus meios de vida, causado por desastres naturais. Não é à toa que a perspectiva de desenvolvimento sustentável estabelecida internacionalmente se fundamenta no tripé ambiental, social e econômico, ou seja, os direitos humanos implicam necessariamente na inclusão de todos, sem exceções ou discriminações. As nuances das desigualdades de gênero, assim, são trabalhadas no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 5 da Agenda 2030⁶, estabelecida pela Organização das Nações Unidas (ONU) durante a Rio+20, conferência esta ocorrida em 2015, no Rio de Janeiro⁷.

Ainda assim, as análises sobre a proteção ambiental ocorrem sem que se avalie as diferenças dos impactos sobre os gêneros feminino e masculino, havendo poucas políticas ambientais que levem em consideração as mulheres, seja o contexto de maior vulnerabilidade na qual elas estão inseridas ou a capacidade feminina de gerar transformações sustentáveis⁸. Portanto, essa seção se dedica a compreender as propostas ecofeministas, em um primeiro momento, e, posteriormente, discutir sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro.

⁴ RODRIGUES SOUSA, P. H. M.; GERMANO ALVES, F. *Pesquisa científica: aspectos práticos*. Insigne Acadêmica, Natal, 2024. (Coleção Arquivos Insigne), p. 54-55.

⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. The Climate Dictionary: na everyday guide to climate change. 2023. Disponível em: <https://climatepromise.undp.org/news-and-stories/climate-dictionary-everyday-guide-climate-change>. Acesso em: 28 ago. 2024.

⁶ Objetivo do Desenvolvimento Sustentável 5: Igualdade de gênero. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS, 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 31 jul. 2024.

⁷ ANJOS COSTA, W. O. S.; BÓSIO CAMPELLO, L. G. “A agenda 2030 como foco na efetivação do direito humano à igualdade das identidades de gênero e seus reflexos para o greening universitário”, *Cardernos de Dereito Actual*, n. 16, 2021, p. 53-54.

⁸ PULEO, A. *Ecofeminismo para otro mundo posible*. Ediciones Cátedras, Barcelona, 2011, *passim*.

2.1 As mulheres e a natureza

A relação entre a mulher e a natureza é tão antiga que se confunde com o desenvolvimento das primeiras civilizações humanas. Em várias culturas, de diferentes partes do globo, há a associação direta entre a Terra e a figura materna, sendo a vida no planeta tida como fruto da Mãe-Terra, de PachaMama (deidade dos povos dos Andes centrais), de Gaia (a deusa dos gregos antigos); já algumas tradições ancestrais da China, da Índia e das Américas fazem referência a uma provedora maternal. Em todos esses casos, uma característica se mantém: a Mãe-Terra é vista como infundável, cheia de beleza e fartura, enquanto a imagem masculina (paterna) pouco aparece ou, quando aparece, normalmente se relaciona à destruição e/ou dominação⁹.

Como os feminismos, o ecofeminismo tem características interdisciplinares e diversas correntes de pensamento que se modificam e se complementam ao longo do tempo, desde o seu surgimento na década de 1970, como fruto dos movimentos ecológicos e de emancipação feminina. As teorias ecofeministas se tornaram mais populares e diversificadas no contexto dos numerosos protestos contra a destruição ambiental que ocorreram na década de 1980 em diferentes partes do planeta, que tinham ativa participação de mulheres. Nesse período, os movimentos ecofeministas também traziam discursos sobre paz, rompimento com o patriarcado capitalista e libertação das mulheres¹⁰.

Não é coincidência que parte das ecofeministas dos anos 1970-80 se aproximassem das ideias da Mãe-Terra, considerando a capacidade de dar à luz como um fator determinante para que as mulheres estivessem mais próximas e conectadas com a natureza. Portanto, no ecofeminismo “clássico”, houve a revalorização da experiência com a maternidade, o que, em oposição ao feminismo da igualdade, acabou por reafirmar os tradicionais discursos patriarcais, dos estereótipos femininos e da divisão sexual do trabalho. Apesar disto, discutiam-se os impactos das novas tecnologias sobre a saúde da mulher e trabalharam sobre as hipóteses do matriarcado primitivo, que relembra as antigas tradições religiosas/mitológicas sobre deusas, formação da vida e da natureza¹¹.

De forma similar, o ecofeminismo “espiritual” buscava reconstruir os conhecimentos femininos sobre a natureza que foram perdidos durante o período das caças às bruxas, entre os séculos XIV e XVII. A restauração dessa sabedoria secular seria uma forma de liberação da mulher e da natureza do patriarcado destrutivo, daí a aproximação desta corrente com a espiritualidade — algumas teóricas comentavam até sobre a recriação da religião baseada em uma deusa, um espírito feminino que seria a força-vital para tudo¹². Uma parcela dessas ecofeministas defendiam que a agressividade e destruição era uma tendência inata aos homens, enquanto outras retomavam a cosmologia indígena, com forma de ativismo ecologista, feminista e pacifista¹³.

Neste ponto, é preciso fazer alguns ressaltos. O primeiro deles é o fato de que o ecofeminismo espiritual se desenvolveu majoritariamente nos Estados Unidos e foi duramente criticado por ecofeministas de outras partes do mundo. Por um lado, as críticas ressaltavam os aspectos fantasiosos dessa vertente, enquanto que, por outro lado, autoras do Sul global — de países de “terceiro mundo” — pontuavam o distanciamento do pensamento estadunidense sobre espiritualidade ecofeminista da verdadeira espiritualidade ecológica presente em culturas como a indiana, asiática e latino-americana, com destaque às tradições dos povos originários dessas regiões.

⁹ KRENAK, A. *Ideias para adiar o fim do mundo*. 2ª ed. Companhia das Letras, São Paulo, 2020, p. 30.

¹⁰ MIES, M.; SHIVA, V. *Ecofeminism*. 2ª ed. Zed Books, London, 2014, p. 16-17.

¹¹ PULEO, A. *Ecofeminismo para otro mundo posible*. Ediciones Cátedras, Barcelona, 2011, *passim*.

¹² MIES, M.; SHIVA, V. *Ecofeminism*. 2ª ed. Zed Books, London, 2014, p. 17-18.

¹³ PULEO, A. *Ecofeminismo para otro mundo posible*. Ediciones Cátedras, Barcelona, 2011, *passim*.

A discussão sobre espiritualidade pode, em um primeiro momento, parecer deslocada em um artigo que se propõe a discutir o direito constitucional, mas ela se faz necessária para analisar os impactos socioculturais sobre a ciência jurídica, na construção do pensamento ecofeminista e na forma como se observa a crise climática. Daí se chega ao segundo ressaltado necessário: o *sumak kawsay*, conceito dos povos originários latino-americanos, que se traduz em *Buen Vivir*, foi incorporado à Constituição do Equador na reforma realizada entre os anos de 2007 e 2008. Portanto, o *sumak kawsay* tem seus fundamentos espirituais, sociais e ecológicos recepcionados pelo constitucionalismo do Equador, além de fazer parte do ordenamento jurídico de outros países da América Latina, como se discorrerá com maior profundidade na segunda seção desta pesquisa.

De modo geral, o ecofeminismo latino-americano, apesar de retomar a cosmologia de alguns povos tradicionais e ter aspectos de espiritualidade, é principalmente marcado pela defesa da ecojustiça. A ecojustiça é compreendida como uma forma de justiça social, em defesa dos mais pobres e vulneráveis às mudanças climáticas, por meio da proteção do meio ambiente e da compreensão de que todos os seres humanos, todos os animais e demais seres vivos se inserem no ecossistema e merecem respeito¹⁴. Percebe-se, portanto, que o ecofeminismo latino-americano se afasta do pensamento antropocêntrico e possui características ecocêntricas, que visam o empoderamento das mulheres e o respeito à natureza em sua diversidade.

As teorias ecofeministas mais recentes têm como peculiaridade a crítica à modernidade, essencialmente a crítica ao racionalismo técnico-científico moderno. O ecofeminismo “construtivista” não tem bases espiritualistas fortes, apesar de ressaltar a necessária reaproximação entre o ser humano e a natureza, já que somente assim seria possível a mudança nos padrões éticos da sociedade em um momento de crise. A transformação da ética social implica em superar a ideia de que a natureza é composta por recursos disponíveis para a exploração humana, passando a tratá-la como sujeito de direitos, afinal a crise ecológica exige que se limite o uso dos recursos naturais, antes considerados como inesgotáveis¹⁵.

O cenário de exploração ambiental pelo ser humano — pelo *homem* — é reforçado pela busca constante do desenvolvimento econômico, da ideia de que o bem-estar social somente é possível pelo progresso na economia, no formato como ele ocorre em países com alto grau de desenvolvimento. A partir do fim da Segunda Guerra Mundial, o crescimento da globalização exportou para os países menos desenvolvidos a concepção de uma “trilha”, um caminho que necessariamente deveria ser seguido por todas as nações pobres caso estas desejassem atingir os níveis de desenvolvimento e bem-estar social presentes nos ricos países do norte global.

Esse caminho do liberalismo econômico é chamado por Maria Mies e Vandana Shiva¹⁶ de *catching-up development* ou, em uma tradução literal, “desenvolvimento para recuperar o atraso”, definido pelas autoras como um mito que em lugar nenhum levou ao objetivo desejado. Trata-se de um mito por se basear em uma evolução linear da história, estabelecendo que alguns países já chegaram no pico de evolução — ao atingirem altos níveis de urbanização, industrialização e avanço tecnológico —, enquanto outros países, do sul global, ainda não chegaram nesse estágio, mas poderão, caso consigam “copiar” a fórmula, tornando-se econômica e tecnologicamente desenvolvidos.

No entanto, a história não é linear e o *catching-up development* não leva em consideração que as regiões mais desiguais do planeta foram, entre os séculos XV e XX, colônias de exploração para as nações que hoje possuem mais altos níveis de desenvolvimento. Nesse sentido, pode-se comentar sobre a África, a América Latina e a Ásia, continentes de países colonizados que, na atualidade, ainda devem lidar com as consequências dos séculos de exploração e dependência em relação às suas ex-

¹⁴ PULEO, A. *Ecofeminismo para otro mundo posible*. Ediciones Cátedras, Barcelona, 2011, *passim*.

¹⁵ PULEO, A. *Ecofeminismo para otro mundo posible*. Ediciones Cátedras, Barcelona, 2011, *passim*.

¹⁶ MIES, M.; SHIVA, V. *Ecofeminism*. 2ª ed. Zed Books, London, 2014, p. 16-18.

metrópole, dentre elas os as profundas desigualdades sociais e de gênero, além de sofrerem com os danos ao meio ambiente causados por um modelo de desenvolvimento no qual foram tardiamente inseridos, pouco aproveitando de seus efeitos positivos¹⁷.

O *catching-up development* estabelece que todos os países do mundo devem seguir um caminho de industrialização e desenvolvimento tecnológico, aumentando a qualidade de vida de suas populações com a inserção dessas pessoas no mercado de produção e consumo adotado hoje pelos países mais ricos¹⁸. Porém, esse modelo é impossível de ser atingido, pois se contrapõe aos limites ecológicos do planeta, aproximando a humanidade cada vez mais do ponto de inflexão. Nesse contexto de crise, as mulheres e crianças são as primeiras vítimas da destruição sistemática dos ecossistemas planetários, especialmente no sul global onde os reflexos dos impactos climáticos são mais intensos¹⁹.

Assim, a crítica ecofeminista à modernidade estabelece que a crise ecológica não será resolvida apenas com os avanços tecnológicos que garantam a fabricação de instrumentos menos poluidores (como carros elétricos, que se tornam cada vez mais populares), muito menos com a transição energética verde (produção de energia de fontes renováveis), pois essas tecnologias não conseguem transformar os estilos de vida dominantes²⁰. Ao contrário, ousa-se dizer que essas novas tecnologias, apesar de serem um passo positivo, geram a ilusão de que a crise climática poderá ser resolvida só por elas, sem que haja verdadeiras mudanças na ética social das pessoas.

Nesse sentido, a crise climática somente poderá encontrar respostas fortes quando a sociedade passar a examinar as limitações das formas dominantes de racionalidade econômica e tecnológica que possui suas bases no sistema capitalista de produção e consumo e na hiperseparação do ser humano e da natureza, em um modelo antropocêntrico que pode ser descrito como uma "fantasia"²¹. Em um contexto de desastres ambientais cada vez mais frequentes, a separação antropocêntrica, que coloca o ser humano como detentor da natureza, se torna cada vez mais tênue, exigindo-se que se observe essa relação de forma ecocêntrica, de cooperação e subsistência, que rompa com o "desenvolvimento" desenfreado da modernidade.

Conclui-se que o ecofeminismo propõe uma nova perspectiva na relação entre o ser humano e o meio ambiente, se contrapondo à dominação patriarcal sobre os corpos femininos e a natureza ao ter características ecocêntricas, mas também feministas, pois analisa a problemática ambiental pela perspectiva da mulher. Apesar de suas vertentes variadas, as teorias ecofeministas estão de acordo em dois pontos: a) a conjuntura capitalista se organiza de forma que os corpos femininos, especialmente os pobres e periféricos, sofram mais fortemente com as degradações ambientais; e b) a solução para problemas sociais e ecológicos somente serão possíveis com o empoderamento das mulheres na tomada de decisões sobre seus corpos, suas comunidades e seus futuros.

Assim sendo, as teorias ecofeministas, apesar de suas diferentes concepções e correntes filosóficas, possuem alguns atributos gerais e relativamente unânimes: a) analisa as características das conexões entre a dominação sobre os corpos femininos e a natureza; b) critica as visões científicas e filosóficas patriarcais, generalistas, brancas e do Norte global; c) busca alternativas ecológicas fora dessas filosofias patriarcais, que normalmente trazem soluções pensadas por homens que não correspondem às

¹⁷ MIES, M.; SHIVA, V. *Ecofeminism*. 2ª ed. Zed Books, London, 2014, p. 55-56.

¹⁸ MIES, M.; SHIVA, V. *Ecofeminism*. 2ª ed. Zed Books, London, 2014, p. 57-58.

¹⁹ PULEO, A. *Ecofeminismo para otro mundo posible*. Ediciones Cátedras, Barcelona, 2011, *passim*.

²⁰ PULEO, A. *Ecofeminismo para otro mundo posible*. Ediciones Cátedras, Barcelona, 2011, *passim*.

²¹ PULEO, A. *Ecofeminismo para otro mundo posible*. Ediciones Cátedras, Barcelona, 2011, *passim*.

necessidades femininas²². Em suma, compreende-se que a ecojustiça somente será possível quando mulheres e homens possam coexistir em igualdade.

2.2 O direito e o ecofeminismo

O ecofeminismo surge de movimentos sociais e ambientais a partir dos anos 1970 e se desenvolve na filosofia, literatura, artes e, eventualmente, no direito. Essa evolução, porém, ocorreu de forma gradativa e, em muitos ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, a proteção ambiental é realizada de forma neutra e imparcial, sem considerar os impactos mais profundos da crise climática nos corpos e na vida de mulheres e meninas. Ainda assim, até certo ponto, é possível compreender que a teoria ecofeminista — ou, pelo menos, algumas características dela — está positivada no ordenamento jurídico brasileiro.

É preciso pontuar que o direito, como uma ciência social, reflete essencialmente a ética dominante, capitalista e patriarcal, que se construiu ao longo do tempo e sofre impactos pela forma como cada nação foi inserida nesse modelo ético, seja como colonizadora ou colonizada. Assim, a luta pelo direito das mulheres se amplificou ao longo do século XX e, aos poucos, as liberdades femininas foram inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, até estar expressamente disposto no art. 5º, inciso I, da Constituição Brasileira de 1988 que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações²³.

Entretanto, apesar da igualdade jurídica, as desigualdades de gênero e a violência contra as mulheres se mantêm em níveis elevados, havendo uma dissonância entre o que está disposto em lei e a realidade fática. Esse desequilíbrio se torna ainda mais evidente quando se observa as mulheres que sofrem com a convergência de desigualdades: corpos femininos pobres e periféricos, negros, indígenas, quilombolas, especialmente. A união de vulnerabilidades é intensificada no contexto de crise climática, que pouco tem mudado, apesar dos avanços legislativos nas últimas décadas.

As legislações brasileiras de proteção da natureza foram escassas até a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que traz em seu art. 225²⁴ o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito de todos, em sentido amplo, e estabelece que sua preservação é um dever tanto do Estado quanto da coletividade. Na época, a inclusão constitucional desse direito fundamental seguiu influências internacionais geradas pelo aumento das discussões sobre a futura crise climática, especialmente após a divulgação do Relatório de Brundtland (*Our Common Future*) de 1987, que introduziu o conceito de “desenvolvimento sustentável” como a única forma capaz de permitir a vida digna das futuras gerações do planeta Terra.

Nesse sentido, o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, no Brasil, adquire características de direito-dever e impõe a responsabilidades sobre o Poder Público e a sociedade de preservar a natureza para as gerações atuais e futuras, de forma que seja garantida a vida digna para todos, tendo em vista que o equilíbrio ecológico é essencial à dignidade humana e manutenção da vida²⁵. No entanto, o principal problema enfrentado na crise climática está no desequilíbrio entre o direito e dever: enquanto alguns núcleos economicamente poderosos da sociedade geram fortes

²² BOAS REIS, E. V.; LEMGRUBER, V. “Ecofeminismo interseccional a decolonial no direito brasileiro: a nova política estadual de segurança de barragens de Minas Gerais”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 3, 2020, p. 316. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6903>. Acesso em: 20 ago. 2024.

²³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília-DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 ago. 2024.

²⁴ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília-DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 ago. 2024.

²⁵ SOUZA DUARTE, M. C. *Meio ambiente sadio: direito fundamental*. Juruá, Curitiba, 2003, p. 90-91.

impactos ambientais, as parcelas mais vulneráveis da população arcam com o dever de resiliência e adaptação frente aos eventos climáticos extremos.

Apesar dos problemas ecológicos não serem restritos a fronteiras nem a um determinado gênero, afetando a todos, é possível perceber que as mulheres são mais afetadas pela contaminação do solo, das águas e do ar, ao mesmo tempo em que carregam o peso das consequências derivadas das catástrofes ambientais. Dessas consequências, pode-se destacar as atividades de cuidado realizadas majoritariamente por mulheres — e, muitas vezes, invisibilizado —, que consiste em cuidar de crianças, idosos e outras pessoas dependentes no cotidiano, algo que se torna mais trabalhoso quando há a deterioração do meio ambiente no entorno dessas mulheres²⁶.

Percebe-se, assim, que apesar da igualdade de gêneros e do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de *todos* serem direitos fundamentais, a realidade prática se distancia da ideal de ecojustiça que se deseja. Portanto, o ecofeminismo é sustentado pela legislação brasileira quando se observa que, diante da crise climática, a igualdade entre homens e mulheres e a proteção ambiental se interconectam, pois se torna impossível a igualdade enquanto há a escalada na deterioração ecológica pelas razões citadas acima, ao mesmo tempo, o empoderamento feminino surge como uma das formas de estabelecer o equilíbrio ecológico.

Desta forma, o art. 225 da Constituição Brasileira de 1988 surgiu como um avanço na ordem política e jurídica do Brasil, no entanto, inicialmente, a tutela jurídica do meio ambiente se voltava à proteção do meio ambiente somente como requisito para garantia do direito fundamental de todos. Esse caráter antropocêntrico em sua essência demonstra que o ser humano estava no centro do sistema jurídico e que o intuito primordial para resguardar a natureza não era pelo fato de ela ser titular de um direito de proteção, mas sim por ela ser um bem indispensável ao ser humano.

Atualmente, apesar da visão antropocêntrica ainda prevalece, a ciência jurídica brasileira já caminha para a compreensão de que ela não é mais suficiente para o contexto de crise climática, havendo uma aproximação jurisprudencial com o biocentrismo (ou antropocentrismo alargado), com aumento da proteção da fauna e flora²⁷. No entanto, a observância do direito ambiental brasileiro pelo ecofeminismo demonstra que se faz necessário expandir o ecocentrismo, uma corrente filosófica mais ampla que o biocentrismo, em que a natureza é sujeito de direitos e a proteção ambiental abrange fatores bióticos — fauna e flora — e abióticos — águas, solo, ar.

Além disso, o ecocentrismo pode ser constatado quando se faz a leitura conjunta dos parágrafos e incisos do art. 225 do texto constitucional brasileiro, que têm por característica uma proteção mais ampla ao meio ambiente, dispondo sobre a tutela da fauna e flora, vedação de tratamentos cruéis aos animais e condutas que levem à extinção de espécies, assim como proteção de seus patrimônios genéticos e a observância dos processos ecológicos ou ciclos regenerativos²⁸. Pela interpretação ecocentrista do artigo fundamental do direito ambiental brasileiro, é possível estabelecer condutas políticas e jurídicas que condizem com o futuro percebido pelas teorias ecofeministas.

Já no plano internacional, a relação entre direito e ecofeminismo — ou, especificamente, entre direito ambiental e a problemática de gênero — teve como marco a II Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável de 1992, conhecida como Rio-92, que gerou a Agenda 21, definida como um instrumento de planejamento para as sociedades possam se desenvolver de forma

²⁶ PULEO, A. *Ecofeminismo para otro mundo posible*. Ediciones Cátedras, Barcelona, 2011, *passim*.

²⁷ ALENCAR XAVIER, Y. M.; PINTO, K.; ROCHA FRANÇA, V. "Estudo sobre o direito à liberdade econômica e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: conflitos e aproximações", *Veredas do Direito*, v. 20, 2023. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/vd/a/b3NLsk4gdXdzW5sT7gnGPCH/?lang=pt>. Acesso em: 10 ago. 2024.

²⁸ CAMPOS MELLO, P. P.; FAUNDES PEÑAFIEL, J. J. "Povos indígenas e a proteção da natureza: a caminho de um 'giro hermenêutico econcêntrico'", *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 3, n. 3, 2020, p. 232-233. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v10i3.7240>. Acesso em: 11 ago. 2024.

sustentável. Já o movimento ecofeminista se fez presente no Fórum Global das ONGs, evento que ocorreu simultaneamente à Rio-92, e, dentre os tópicos discutidos, pontuou-se sobre a importância da educação ambiental para dar visibilidade às pautas femininas dentro do contexto da proteção do meio ambiente²⁹.

A Agenda 21 trouxe, em seu Capítulo 24, ações para o desenvolvimento equitativo, que promoviam a participação da mulher no manejo dos ecossistemas e no controle da degradação ambiental, por meio do empoderamento feminino, assim com mecanismos de implementação de políticas públicas ecológicas e feministas, direitos sexuais e reprodutivos, políticas de saúde da mulher, políticas para a redução do analfabetismo, criação de creches visando a divisão igualitária do trabalho doméstico, estimular a implementação de grupos de mulheres para capacitação sobre recursos ambientais, dentre tantas outras medidas que dialogam com a essencialidade da teoria ecofeminista³⁰.

O Brasil, assim como a maioria dos países que compareceram à Rio-92, se comprometeu com as metas e objetivos da Agenda 21, o que gerou mudanças legislativas e novas políticas públicas de valorização da mulher e enfrentamento das desigualdades de gênero, porém, muitas das metas estabelecidas não conseguiram ser cumpridas em sua integridade. Já em 2015, um novo compromisso internacional foi firmado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, dando surgimento à Agenda 2030 que trouxe 189 metas, divididas em 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), consistindo em um salto considerável em comparação com os 8 objetivos e 21 metas instauradas pela Agenda 21³¹.

Na Agenda 2030, a relação entre as desigualdades de gênero e as respostas à crise climática se tornou mais evidente com o ODS 5, que especificamente trata sobre a igualdade de gênero e dispõe sobre metas para o empoderamento das mulheres nos âmbitos global, regional e local. As metas buscam a melhoria da qualidade de vida feminina por meio do acesso a políticas de saúde específicas, fortalecimento da agricultura de subsistência conduzida por mulheres, eliminação de todas as formas de discriminação e promover o acesso feminino a iguais recursos socioeconômicos³².

Para além do ODS 5, os outros objetivos da Agenda 2030 também trazem atenção especial aos corpos femininos, como no ODS 6, que visa alcançar o saneamento básico equitativo até 2030, com observância às necessidades das mulheres e meninas; ou no ODS 11, que almeja tornar as cidades inclusivas, seguras, resilientes e sustentáveis, garantindo que pessoas em situação de vulnerabilidade, mulheres, crianças e idosos tenham acesso a um sistema de transporte seguro e acessível³³. Além destas, a Agenda 2030 traz diversas metas que visam colocar em prática o aporte teórico ecofeminista, reforçando o diálogo sobre as consequências da crise climática sobre as mulheres.

O enfoque desta seção foi analisar com brevidade as teorias ecofeministas e suas características centrais e, posteriormente, analisá-las no contexto do direito brasileiro, inclusive relacionando duas importantes convenções internacionais do qual o Brasil é signatário. No entanto, o ecofeminismo tem em sua essência não só a reaproximação

²⁹ FRAXE TAVARES, J. M.; PACÍFICO MICHELES, M. "Aspectos jurídicos do movimento ecofeminista", *Revista Terceira Margem Amazônia*, v. 15, n. 13, 2019, p. 205-206. Disponível em: <https://doi.org/10.36882/2525-4812.2019v5i13p%25p>. Acesso em: 10 ago. 2024.

³⁰ FRAXE TAVARES, J. M.; PACÍFICO MICHELES, M. "Aspectos jurídicos do movimento ecofeminista", *Revista Terceira Margem Amazônia*, v. 15, n. 13, 2019, p. 205-206. Disponível em: <https://doi.org/10.36882/2525-4812.2019v5i13p%25p>. Acesso em: 10 ago. 2024.

³¹ ANJOS COSTA, W. O. S.; BÓSIO CAMPELLO, L. G. "A agenda 2030 como foco na efetivação do direito humano à igualdade das identidades de gênero e seus reflexos para o greening universitário", *Cardernos de Direito Actual*, n. 16, 2021, p. 48-49.

³² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em: 10 ago. 2024.

³³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em: 10 ago. 2024.

do ser humano e da natureza, mas também a superação das amarras colonialistas e a revalorização de conhecimentos tradicionais, geralmente relacionados à espiritualidade. Desta forma, a próxima seção discorrerá sobre legislações latino-americanas que se distanciam do antropocentrismo patriarcal e se aproximam do ecocentrismo.

3. Do antropocentrismo ao ecocentrismo: as experiências constitucionais latino-americanas

Os países da América Latina são culturalmente diversos e suas formações como nações após o período da colonização ibérica ocorreu de maneira diferente, entretanto, algumas peculiaridades são similares e mantém a proximidade sociocultural da região. Assim sendo, o esverdeamento dos ordenamentos jurídicos ocorreu em larga escala no mundo entre o fim dos anos 1980 e início dos anos 1990, porém o constitucionalismo ecológico latino-americano decorre do amadurecimento de movimentos sociais, ambientais e políticos ocorridos após o fim das Ditaduras Militares que aconteceram entre os anos 1960 e 1990 no continente³⁴.

Desta forma, o novo ciclo constitucionalista na América Latina reflete as desigualdades e lutas sociais do período imediatamente anterior, buscando o bem-estar e a proteção da dignidade da pessoa humana. Por este motivo, o constitucionalismo latino-americano, marcadamente ecológico e social, iniciou-se com o Brasil, em 1988, e evoluiu pelas Constituições do continente: Colômbia e Paraguai (1991 e 1992, respectivamente), Venezuela (1999) e, finalmente, chega-se ao modelo constitucional do *Buen Vivir*, do Equador (2008) e *Vivir Bien* da Bolívia (2009), que resgatam a visão ecocêntrica ancestral dos povos originários³⁵.

Como comentado anteriormente, o *Buen Vivir* resgata o conceito de *sumak kawsay*, de origem *kíchwa*, que propõe a quebra de paradigmas e a superação do fatalismo do modelo capitalista moderno, buscando a reconexão entre o ser humano e a natureza e a revalorização de culturas tradicionais, consideradas como "sub-desenvolvidas"³⁶. *Sumak* significa a plenitude, o magnífico, enquanto *kawsay* refere-se à vida, ou seja, *sumak kawsay* pode ser compreendido como vida em plenitude, em equilíbrio interno (espiritual) e externo (comunidades). Essa ideia de equilíbrio faz oposição à lógica capitalista de produção-consumo e se fundamenta na convivência harmônica com a natureza³⁷.

O *Buen Vivir* busca a ressignificação da ideia de desenvolvimento, rompendo com as raízes coloniais do *catching-up development* para a emergência de um modelo de desenvolvimento construído coletivamente por meio de espaços comunitários que permitam formas ativas de organização social³⁸. Essas características dialogam diretamente com a proposta ecofeminista de cidadania ecológica, que enfatiza as obrigações de sustentabilidade, tanto no âmbito público quanto no privado, e se relaciona à pegada ecológica, ou seja, a quantidade de terras, água e outros recursos naturais utilizados para que se mantenha determinado estilo de vida³⁹. A pegada

³⁴ COSTA POLI, L. "Buen vivir: uma alternativa para o desenvolvimento sustentável", em MIRANDA, J. (coord.); QUEIROZ CAÚLA, B. et al. (org.), *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*. v. 3, tomo II, Lumes Juris, Rio de Janeiro, 2015, p. 20-21.

³⁵ COSTA POLI, L. "Buen vivir: uma alternativa para o desenvolvimento sustentável", em MIRANDA, J. (coord.); QUEIROZ CAÚLA, B. et al. (org.), *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*. v. 3, tomo II, Lumes Juris, Rio de Janeiro, 2015, p. 20-21.

³⁶ SILVA JACQUES, F. V. "O 'buen vivir' e a construção de uma nova sociedade", *Novos Cadernos NAEA*, v. 23, n. 3, p. 108. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5801/ncn.v23i3.8481>. Acesso em: 10 ago. 2024.

³⁷ COSTA POLI, L. "Buen vivir: uma alternativa para o desenvolvimento sustentável", em MIRANDA, J. (coord.); QUEIROZ CAÚLA, B. et al. (org.), *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*. v. 3, tomo II, Lumes Juris, Rio de Janeiro, 2015, p. 22.

³⁸ SILVA JACQUES, F. V. "O 'buen vivir' e a construção de uma nova sociedade", *Novos Cadernos NAEA*, v. 23, n. 3, p. 110. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5801/ncn.v23i3.8481>. Acesso em: 10 ago. 2024.

³⁹ PULEO, A. *Ecofeminismo para otro mundo posible*. Ediciones Cátedras, Barcelona, 2011, *passim*.

ecológica de sociedades mais consumeristas (“desenvolvidas”) é maior, mas as consequências, na forma de desastres naturais, afetam com maior força as sociedades com pequenas pegadas ecológicas.

De acordo com Alicia Puleo⁴⁰, as obrigações da cidadania ecológica são suportadas majoritariamente pelo coletivo feminino, pois essas responsabilidades ocorrem no âmbito privado, na participação ativa. Em contrapartida, a cidadania ambiental — que se distingue da cidadania ecológica — é exercida no âmbito público e consiste na exigência de direitos ambientais, sendo esta cidadania a mais comum nos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo e, ao mesmo tempo, aquela que é menos cumprida para as populações mais vulneráveis. As duas cidadanias são compatíveis e complementares e estão presentes no modelo constitucionalista do *Buen Vivir*.

O constitucionalismo do Equador e da Bolívia são inerentemente ecocêntricos e considera que a humanidade está inserida na natureza, como parte dela, que sofre as consequências de sua destruição. Portanto, o *Buen Vivir* retoma os conhecimentos ancestrais e refere-se a um modelo de vida em pequena escala, que consegue garantir a dignidade de todos por meio da sustentabilidade; ainda, expressa-se na política da vida comunitária, fortalecimento da socialização, dos espaços comuns como parques, jardins e hortas urbanas, cooperativas de produção e consumo consciente, pontuando a diversidade e o respeito. Nesse sistema, a natureza e os seres humanos são igualmente sujeitos de direito⁴¹.

Essa concepção da natureza como sujeito de direitos gera repercussões no tratamento político-jurídico que é dado a ela. Nesse sentido, a Constituição do Equador prevê em seu art. 71 que os direitos da natureza — ou direitos da *PachaMama* — podem ter o cumprimento exigido por qualquer pessoa da comunidade, portanto, qualquer residente equatoriano, atuando em seu nome, pode acionar mecanismos jurídicos dispostos para a proteção da natureza⁴², garantindo os direitos de respeito integral e de regeneração dos ciclos vitais e processos evolutivos da *PachaMama*.

Percebe-se que o modelo de *Buen Vivir* do Equador e Bolívia são os exemplos clássicos de ecocentrismo jurídico na América Latina, mas não os únicos. Os avanços na ciência jurídica têm mostrado uma recente modificação na interpretação das normas ambientais latino-americanas e cada vez mais países têm se afastado do antropocentrismo puro, dentre eles a Colômbia. A Constituição Colombiana de 1991 compõe o novo constitucionalismo latino-americano, ecológico e social, trazendo normas específicas de proteção do meio ambiente que, em similitude com a Constituição Brasileira de 1988, é originalmente antropocêntrica e a natureza não figura como sujeito de direitos.

A preocupação com a problemática ambiental aparece como um tema transversal em todo o texto constitucional colombiano e há a garantia de proteção da biodiversidade e da participação comunitária sobre decisões relacionadas ao meio ambiente, entretanto, o aspecto ecocêntrico do direito ambiental da Colômbia não pode ser depreendido de forma expressa da Constituição, mas sim através da jurisprudência do país. Assim, em decisões dos tribunais, elementos da natureza — rios, florestas e parques — passaram a figurar como sujeitos de direitos em uma aproximação com o ecocentrismo⁴³.

O caso mais emblemático é a decisão da Corte Constitucional Colombiana que, em 2016, atribuiu personalidade jurídica ao Rio Atrato, com uma das maiores bacias

⁴⁰ PULEO, A. *Ecofeminismo para otro mundo posible*. Ediciones Cátedras, Barcelona, 2011, *passim*.

⁴¹ SILVA JACQUES, F. V. “O ‘buen vivir’ e a construção de uma nova sociedade”, *Novos Cadernos NAEA*, v. 23, n. 3, p. 111-112. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5801/ncn.v23i3.8481>. Acesso em: 10 ago. 2024.

⁴² RENDÓN OSORIO, K. V. “La naturaleza en el ordenamiento jurídico colombiano: ¿del antropocentrismo al ecocentrismo?”, *Revista Derecho del Estado*, v. 58, 2024, p. 340. Disponível em: <https://doi.org/10.18601/01229893.n58.12>. Acesso em: 20 ago. 2024.

⁴³ RENDÓN OSORIO, K. V. “La naturaleza en el ordenamiento jurídico colombiano: ¿del antropocentrismo al ecocentrismo?”, *Revista Derecho del Estado*, v. 58, 2024, p. 347-349. Disponível em: <https://doi.org/10.18601/01229893.n58.12>. Acesso em: 20 ago. 2024.

hidrográficas do país, rica em ouro e madeira e garantidora de uma região de ampla fertilidade para a agricultura. As margens do Rio Atrato são a moradia de milhares de pessoas, reunidas em comunidades de diversas etnias, que habitam a bacia hidrográfica há séculos e possuem uma relação de dependência e ancestralidade com o rio, pois é o garantidor da agricultura, caça e pesca que mantém a subsistência dessas populações⁴⁴.

A personalização do Rio Atrato veio em um contexto de crise ambiental advinda da extração mineral ilegal e da poluição tóxica das águas, que passou a afetar a vida e a saúde das comunidades ribeirinhas, levando a morte de crianças e proliferação de doenças. O descaso do Poder Público colombiano com a bacia hidrográfica e as consequências da degradação ambiental sobre as comunidades que habitam a região podem ter sido os argumentos que levaram ao ajuizamento da ação, no entanto, ao reconhecer sua personalidade jurídica, o rio passou a ser valorado por si mesmo, constituindo um passo importante para a proteção ambiental, compreendendo as águas não como um recurso do processo produtivo, mas como um ecossistema vivo que precisa ser respeitado⁴⁵.

A decisão colombiana sobre o Rio Atrato gerou repercussões internacionais e se tornou um *leading-case* ecocentrista na América Latina, mas não é o único caso em que tribunais da Colômbia nesse sentido. Em 2018, a Corte Suprema de Justiça declarou como sujeito de direitos a Amazônia colombiana, com finalidade de mitigar o desflorestamento, usando como argumentos o princípio da precaução, a equidade geracional e a solidariedade. De forma semelhante, em 2020, foram reconhecidos os direitos do parque Vía Isla Salamanca e da lagoa de Tota, dentre outros casos similares⁴⁶.

O reconhecimento da personalidade jurídica dos rios colombianos deve servir como motivo para reflexão e transformação do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente após a tragédia ambiental e humana causada pelo rompimento da Barragem do Fundão em 2015, no município de Mariana, em Minas Gerais, que derramou milhões de metros cúbicos de lama de mineração na bacia hidrográfica do Rio Doce e gerou impactos ecológicos incalculáveis⁴⁷. Quatro anos depois, em 2019, outra barragem de rejeitos minerais se rompe, desta vez no município de Brumadinho, também em Minas Gerais, deixando em sua devastação mais de 270 mortos e outra bacia hidrográfica devastada, já que utilização da água e as atividades de pesca continuam proibidas em toda a bacia⁴⁸.

O presente trabalho não tem pretensões de se aprofundar nesses dois casos de desastres ambientais causados por seres humanos, pois são situações complexas que merecem investigações próprias. No entanto, a citação do rompimento das duas barragens em território brasileiro deve ser feita em paralelo com a discussão sobre a atribuição de personalidade jurídica à natureza, como vem ocorrendo em outros países

⁴⁴ STELA CÂMARA, A.; MARIA FERNANDES, M. "O reconhecimento jurídico do Rio Atrato como Sujeito de Direitos: reflexões sobre a mudança de paradigma nas relações entre o ser humano e a natureza", *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, v. 12, n. 1, p. 228-229. Disponível em: <https://doi.org/10.21057/10.21057/repamv12n1.2018.27788>. Acesso em: 20 ago. 2024.

⁴⁵ STELA CÂMARA, A.; MARIA FERNANDES, M. "O reconhecimento jurídico do Rio Atrato como Sujeito de Direitos: reflexões sobre a mudança de paradigma nas relações entre o ser humano e a natureza", *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, v. 12, n. 1, p. 228-229. Disponível em: <https://doi.org/10.21057/10.21057/repamv12n1.2018.27788>. Acesso em: 20 ago. 2024.

⁴⁶ RENDÓN OSORIO, K. V. "La naturaleza en el ordenamiento jurídico colombiano: ¿del antropocentrismo al ecocentrismo?", *Revista Derecho del Estado*, v. 58, 2024, p. 348-350. Disponível em: <https://doi.org/10.18601/01229893.n58.12>. Acesso em: 20 ago. 2024.

⁴⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS – MPMG. Rompimento da barragem de Fundão, em Mariana: resultados e desafios cinco anos após o desastre, 2020. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/portal/menu/comunicacao/noticias/rompimento-da-barragem-de-fundao-em-mariana-resultados-e-desafios-cinco-anos-apos-o-desastre.shtml>. Acesso em: 25 ago. 2024.

⁴⁸ G1. Quatro anos da tragédia de Brumadinho: 270 mortes, três desaparecidos e nenhuma punição, 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2023/01/25/quatro-anos-da-tragedia-em-brumadinho-270-mortes-tres-desaparecidos-e-nenhuma-punicao.ghtml>. Acesso em: 25 ago. 2024.

da América Latina, e o resgate de conceitos ancestrais. Para os povos originários brasileiros de Minas Gerais, as águas já possuíam personalidade há centenas de anos: “o rio Doce, que nós, os Krenak, chamamos de Watu, nosso avô, é uma pessoa, não um recurso como dizem os economistas”⁴⁹.

Além disso, muitas bacias hidrográficas não se restringem aos limites territoriais de um país, sendo, portanto, águas transfronteiriças⁵⁰, que se espalham por dois ou mais Estados e exigem medidas de gestão compartilhada. A América do Sul possui um total de 38 bacias hidrográficas internacionais, que cobrem aproximadamente 60% do território do continente, sendo 9 dessas bacias transfronteiriças compartilhadas pelo Brasil (Amazônica, Chuí, Corantjin/Courantyne, Essequibo, Prata, Lagoa Mirim, Maroni, Oiapoque e Orinoco)⁵¹. Essa característica de um bem natural essencial para a vida humana — a água — ressaltam a importância do tratamento jurídico das bacias hidrográficas como sujeitos de direitos.

Nessa concepção, o ecocentrismo tem em suas bases a reaproximação com raízes ancestrais que não colocam o ser humano como um ente a parte da natureza, mas sim como integrante dela. As ecofeministas, de forma similar, ressaltam que grande parte desses conhecimentos tradicionais sobre a natureza, agricultura e harmonia com a natureza são transmitidos entre diferentes gerações de uma comunidade pelas mulheres, daí a necessidade de empoderamento feminino no contexto de crise climática e retomada da antiga conexão entre os seres humanos e a natureza.

Os exemplos latino-americanos de ecocentrismo jurídico analisados acima levam ao questionamento: e o Brasil? Como comentado anteriormente, de fato, o art. 225 da Constituição Brasileira de 1988 permite diferentes formas de interpretação, inclusive a ecocêntrica. O principal argumento para essa abordagem está no fato de que os incisos e parágrafos daquele artigo citam a proteção da fauna e da flora, do patrimônio genético e dos processos ecológicos necessários à preservação dos ecossistemas, o que demonstra reconhecimento de valor nos elementos naturais e na interação entre eles, considerando seres bióticos e abióticos como dignos de proteção jurídica⁵².

Assim, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro vem utilizando o princípio *in dubio pro natura* há mais de uma década em suas decisões como fundamento na resolução de conflitos gerados pela interpretação e aplicação de normas ambientais, visando a decisão que melhor garante os processos ecológicos e a biodiversidade, ou seja, na dúvida, opta-se pela interpretação jurídica que mais preserva a natureza. A aplicação desse princípio se dá de formas variadas e normalmente é acompanhado por outros princípios ambientais, como o princípio da precaução e do poluidor-pagador; e também já foi utilizado como instrumento de facilitação do acesso à Justiça ou como técnica de proteção às partes processuais mais vulneráveis no momento da produção de provas⁵³.

⁴⁹ KRENAK, A. *Ideias para adiar o fim do mundo*. Ed. 2. Companhia das Letras, São Paulo, 2020, p. 21.

⁵⁰ As águas transfronteiriças também são chamadas de águas transnacionais, algumas internacionais ou águas internacionalmente compartilhadas e constituem não somente as águas de superfície, como também aquelas que se encontram no subsolo ou subterrâneas. PIGNATARO DE OLIVEIRA, D.; ALENCAR XAVIER, Y. M. “As águas transfronteiriças e o direito internacional público: integração necessária à proteção ambiental”, *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, v.1, n. 1, 2013, p. 18. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/4257>. Acesso em: 30 ago. 2024.

⁵¹ PIGNATARO DE OLIVEIRA, D.; ALENCAR XAVIER, Y. M. “As águas transfronteiriças e o direito internacional público: integração necessária à proteção ambiental”, *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, v.1, n. 1, 2013, p. 18. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/4257>. Acesso em: 30 ago. 2024.

⁵² CAMPOS MELLO, P. P.; FAUNDES PEÑAFIEL, J. J. “Povos indígenas e a proteção da natureza: a caminho de um ‘giro hermenêutico econcêntrico’”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 3, n. 3, 2020. p. 232-233. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v10i3.7240>. Acesso em: 11 ago. 2024.

⁵³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. *In dubio pro natura*: mais proteção judicial ao meio ambiente, 2019. Disponível em:

Percebe-se que, apesar de alguns avanços, o direito ambiental brasileiro precisa se inspirar nos modelos constitucionalistas de seus vizinhos latino-americanos no que tange a proteção ecológica e o reconhecimento da natureza como sujeito de direitos. Em um contexto de crise climática, os ordenamentos jurídicos e a interpretação destes devem acolher as proposições filosóficas ecocêntricas, a fim que se controle os efeitos da degradação ambiental da vida das pessoas e dos ecossistemas naturais.

4. Eco-fem para um futuro “sustentável”

A crise climática exige que as mulheres se tornem protagonistas para um novo mundo possível. Alicia Puleo⁵⁴ ressalta que isso não significa que as mulheres são “anjos do ecossistema”, muito menos devem carregar sozinhas a responsabilidade de uma mudança cultural e econômica por uma sociedade mais igualitária e ecológica. Esse trabalho de transformação da ética ecológica tem origens diversas, havendo muitos homens que desempenham papel indispensável nele, enquanto muitas mulheres contribuem entusiasmante com a destruição ambiental, não aderindo à ética ecológica.

Desta forma, as mulheres são, antes de qualquer coisa, indivíduos complexos que têm a liberdade para escolher o caminho da sustentabilidade ou não, ou seja, o ecofeminismo já superou a antiga teoria que discorria sobre vilão e heroína, em que os homens são naturalmente destruidores e as mulheres naturalmente salvadoras. Isto significa que a perspectiva ecofeminista e suas características universais visam a superação da invisibilização da mulher e da exploração desigual de corpos femininos no contexto capitalista, afinal “o efeito invisibilizador do estado de gênero funciona aqui como em todas as outras áreas da cultura e sociedade”⁵⁵.

A crítica ecofeminista ao patriarcado, portanto, não se dá no sentido de demonizar os homens, mas sim de compreender que, por séculos, as decisões sobre o futuro da humanidade foram todas *por* eles e *para* eles, havendo pouco ou nenhuma valorização dos conhecimentos, vivências e perspectivas das mulheres sobre a destruição ambiental⁵⁶. A figura masculina é predominante no âmbito da tomada de decisões, mas também na produção de bens de consumo, enquanto o âmbito doméstico é majoritariamente feminino, já que grande parte das atividades de cuidado não pagas são realizadas por mulheres, gerando uma força de trabalho invisibilizada que sustenta a ordem capitalista⁵⁷.

Não é sem fundamento que Silvia Federici⁵⁸ associa diretamente o forte controle sobre os corpos femininos ocorrido entre os séculos XV, XVI e XVII — por meio das “caças às bruxas” — como elemento essencial para o desenvolvimento do capitalismo mercantil e, posteriormente, ao processo de industrialização europeu. Nesse contexto, construiu-se uma nova ordem socioeconômica essencialmente patriarcal, na qual o corpo feminino passou a ser um recurso econômico, gerando mão-de-obra para ser absorvida pelo mercado, e realizando atividades domésticas e de cuidado não-remuneradas primordiais à manutenção da ordem capitalista.

Daí a discussão ecofeminista sobre a valorização do trabalho de cuidado invisível desempenhado por mulheres no contexto da crise climática. A tendência é o acréscimo

<https://www.stj.jus.br/sites/portallp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2019/In-dubio-pro-natura-mais-protecao-judicial-ao-meio-ambiente.aspx>. Acesso em: 25 ago. 2024.

⁵⁴ PULEO, A. *Ecofeminismo para otro mundo posible*. Ediciones Cátedras, Barcelona, 2011, *passim*.

⁵⁵ PULEO, A. *Ecofeminismo para otro mundo posible*. Ediciones Cátedras, Barcelona, 2011, *passim*.

⁵⁶ PULEO, A. *Ecofeminismo para otro mundo posible*. Ediciones Cátedras, Barcelona, 2011, *passim*.

⁵⁷ BOAS REIS, E. V.; LEMGRUBER, V. “Ecofeminismo intersseccional a decolonial no direito brasileiro: a nova política estadual de segurança de barragens de Minas Gerais”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 3, 2020. p. 316. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6903>. Acesso em: 20 ago. 2024.

⁵⁸ FEDERICI, S. *Calibã e a bruxa: mulheres, corpos e acumulação primitiva*. Editora Elefante, São Paulo, 2019, *passim*.

da carga dessas atividades, tendo em vista que a degradação climática gera mais dependentes, acometidos por doenças, além da desestabilização do modo de vida já difícil de mulheres mais pobres e periféricas faz com que esses trabalhos se tornem mais penosos. Portanto, um dos aspectos primordiais para um futuro sustentável é a igualitária repartição das atividades domésticas e de cuidado, permitindo, inclusive, que a mulher tenha tempo para efetivamente participar da tomada de decisões sustentáveis⁵⁹.

No sistema capitalista, os trabalhos de cuidado desempenhados pelas mulheres são um bem de produção, no entanto, não há o devido reconhecimento de sua importância, já que essas atividades consideradas como improdutivas e/ou não lucrativas⁶⁰. Outro aspecto dessas atividades é o direito ao cuidado, ou seja, todas as pessoas possuem o direito de se cuidarem ou de serem cuidadas de maneira igualitária, porém, a carga desigual de trabalho coloca maior responsabilidade sobre as mulheres, no núcleo privado das famílias, enquanto a responsabilidade coletiva sobre o direito ao cuidado é ignorada⁶¹.

Seja no contexto urbano ou rural, a concepção ecofeminista compreende que o dever de cuidado deve ser transferido das mulheres para uma rede de cuidado coletiva, com ações do Poder Público para que isto se torne possível. Essa proposta se traduz na disponibilização universal e acessível de serviços de creche para que as mulheres não sejam obrigadas a realizar dupla ou tripla jornada — trabalho formal e cuidados com os filhos e desempenho de atividades domésticas —, assim como na criação de espaços comunitários que promovam serviços sociais e de saúde para pessoas idosas e com mobilidade reduzida, integrando-as à sociedade⁶².

As medidas para responsabilização coletiva são um reflexo da cidadania ecológica comentada anteriormente, estabelece obrigações sobre a proteção ambiental e as futuras gerações, e passa, inevitavelmente, por uma educação ambiental efetiva e de qualidade. Deve-se pontuar que a educação ambiental é discutida e desenvolvida desde os anos 1970, já sendo a realidade em muitos países⁶³, incluindo o Brasil, que desde 1999 possui a Política Nacional de Educação Ambiental. Essa política brasileira define dentre os princípios da educação ambiental a concepção do meio ambiente em sua integralidade, considerando a interdependência entre a natureza, o socioeconômico e o cultural⁶⁴.

Assim, pode-se compreender a educação ambiental como aquela que tem como objetivo fundamental conscientizar sobre os limites dos ecossistemas naturais e corrigir os excessos do modelo de produção e consumo em que a sociedade está inserida. Isto significa que a educação ambiental caminha contra os ideais do capitalismo globalizador que estende às crianças de diferentes partes do mundo, com culturas essencialmente diferentes, o mesmo desejo consumista extremo⁶⁵. Neste mesmo sentido, Ailton

⁵⁹ MIES, M.; SHIVA, V. *Ecofeminism*. 2ª ed. Zed Books, London, 2014, p. 318-322.

⁶⁰ CELINE CHEVALLEY, K. *Tributação ambiental como enfrentamento às desigualdades de gênero: uma análise ecofeminista*. Insigne Acadêmica, Natal, 2024, p. 44.

⁶¹ BAYAS FERNÁNDES, B.; BREGOLAT CAMPOS, J. "Ecofeminist proposals for reimagining the city: public and community paths", *Observatori del Deute en la Globalització*, Barcelona, 2021, p. 7-9. Disponível em: <https://odg.cat/en/publication/ecofeminist-proposals-for-reimagining-the-city/>. Acesso em: 10 ago. 2024.

⁶² BAYAS FERNÁNDES, B.; BREGOLAT CAMPOS, J. "Ecofeminist proposals for reimagining the city: public and community paths", *Observatori del Deute en la Globalització*, Barcelona, 2021, p. 7-9. Disponível em: <https://odg.cat/en/publication/ecofeminist-proposals-for-reimagining-the-city/>. Acesso em: 10 ago. 2024.

⁶³ PULEO, A. *Ecofeminismo para otro mundo posible*. Ediciones Cátedras, Barcelona, 2011, *passim*.

⁶⁴ INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE – ICMBio. Programa Nacional de Educação Ambiental (PNEA), [s.d.]. Disponível em: <https://www.icmbio.gov.br/educacaoambiental/politicas/pnea.html>. Acesso em: 30 ago. 2024.

⁶⁵ PULEO, A. *Ecofeminismo para otro mundo posible*. Ediciones Cátedras, Barcelona, 2011, *passim*.

Krenak⁶⁶ esclarece que as pessoas, desde muito jovem, são ensinadas a serem consumidoras e não a serem cidadãos ecológicos em um mundo em crise.

Daí a importância da educação ambiental para gerar cidadãos e cidadãs que compreendam e reivindiquem um padrão de vida fundamentado na justiça ecológica e sustentabilidade. Por este motivo, a educação ambiental não pode se resumir a uma simples disciplina escolar, devendo de forma a integrar perspectivas de diversas áreas a fim que se compreenda as dimensões social, econômica e política da crise ambiental. Portanto, deve estar presente de forma transversal em toda a vida acadêmica dos indivíduos, reconstruindo uma consciência ecológica perdida⁶⁷.

Ainda, é pela educação ambiental que se permite despertar nas pessoas, desde cedo, uma autêntica conexão com o outro, construindo uma visão de humildade e empatia entre seres humanos, algo essencial para a construção de sociedades em que a igualdade entre homens e mulheres não se restringe ao âmbito legal. Percebe-se que a educação ambiental, para as ecofeministas, deve ter o fator afetivo como uma de suas características fundamentais, permitindo que novos valores éticos ecológicos e femininos sejam acessíveis a todos, colaborando para a formação de um futuro sustentável⁶⁸.

A conexão com o outro também é um elemento essencial para a multiculturalidade, que se refere à coexistência de diversas culturas ao mesmo tempo e em um mesmo espaço geográfico, que permite a troca respeitosa de conhecimentos, o resgate de culturas ancestrais dos povos originários e do papel da mulher nessas comunidades. Para a teoria ecofeminista, a valorização da multiculturalidade permite a articulação de demandas coletivas pelos direitos individuais das mulheres, como ocorreu com a constitucionalização do *Buen Vivir* no Equador, que, dentre suas muitas peculiaridades, trouxe direitos há séculos reivindicados por movimentos de mulheres indígenas e camponesas⁶⁹.

Percebe-se, portanto, que o constitucionalismo latino-americano do *Buen Vivir* demonstra a possibilidade de aproximação entre as demandas ecofeministas por um futuro sustentável e igualitário e a ciência jurídica, que deve abraçar a ecojustiça por meio de práticas comunitárias e deliberações coletivas plurinacionais. A plurinacionalidade é exercida em um contexto em que a democracia é marcada pela diversidade de povos e nacionalidades, sendo inclusiva e harmoniosa⁷⁰. Além disso, "culturas e indivíduos são enriquecidos e tornam-se autorreflexivos no contato com os outros"⁷¹, ou seja, a superação de práticas e percepções preconceituosas é um dos primeiros passos para a evolução do direito ambiental em tempos de crise climática.

Os ordenamentos jurídicos latino-americanos, com destaque para o constitucionalismo equatoriano e boliviano e a interpretação ecocentrista em decisões judiciais desses países, mostram o caminho para o direito ambiental, que necessita adaptar-se às demandas causadas pelos eventos climáticos adversos e pelo aquecimento global a fim que as futuras gerações possam usufruir dos mesmos direitos de bem-estar que as gerações atuais. As discussões desta seção sobre as atividades de cuidado desempenhadas por mulheres, a educação ambiental e a multiculturalidade também ressaltam o papel de políticas públicas socioecológicas que efetivem os direitos ambientais já consolidados nas constituições latino-americanas.

⁶⁶ KRENAK, A. *Ideias para adiar o fim do mundo*. Ed. 2. Companhia das Letras, São Paulo, 2020, p. 12.

⁶⁷ PULEO, A. *Ecofeminismo para otro mundo posible*. Ediciones Cátedras, Barcelona, 2011, *passim*.

⁶⁸ PULEO, A. *Ecofeminismo para otro mundo posible*. Ediciones Cátedras, Barcelona, 2011, *passim*.

⁶⁹ PULEO, A. *Ecofeminismo para otro mundo posible*. Ediciones Cátedras, Barcelona, 2011, *passim*.

⁷⁰ SILVA JACQUES, F. V. "O 'buen vivir' e a construção de uma nova sociedade", *Novos Cadernos NAEA*, v. 23, n. 3, p. 105-119. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5801/ncn.v23i3.8481>. Acesso em: 10 ago. 2024.

⁷¹ PULEO, A. *Ecofeminismo para otro mundo posible*. Ediciones Cátedras, Barcelona, 2011, *passim*.

No Brasil, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado trazido pelo art. 225 da Constituição Federal de 1988 não só se relaciona diretamente ao próprio direito à vida digna, saúde e bem-estar das gerações presentes e futuras, também impõe um dever à coletividade e ao Poder Público⁷². Trata-se de um direito fundamental com dimensão objetiva, que estabelece um dever de proteção estatal que inclui a preservação dos processos ecológicos, da diversidade, do patrimônio genético, da fauna e flora, dentre outros; ou seja, o Estado é incumbido do dever amplo de resguardo do meio ambiente, a ser efetivado por ações políticas, administrativas e jurídicas que considere o todo dos processos sociais, econômicos e ecológicos⁷³.

Por estes motivos, ao se tratar sobre desenvolvimento sustentável é preciso se questionar: sustentável para quem? Daí o uso das aspas no título desta seção, afinal, o sistema de produção e consumo capitalista — no qual o direito se inclui como um dos produtos dessa sociedade — veio se adaptando a partir dos anos 1980 para incorporar o desenvolvimento ambientalmente sustentável, no entanto, essas medidas não foram suficientes para desacelerar a crise climática. Nesse sentido, ao direcionar a discussão sobre direito e sustentabilidade para a lógica antropocêntrica, a ciência jurídica “perdeu tempo” de ação para reversão das mudanças climáticas.

Como tratado anteriormente, o modelo do *catching-up development* é falho e ineficaz, pois as possibilidades de desenvolvimento são características de cada região e de seus processos históricos. Resta demonstrado que a padronização do sistema de desenvolvimento é ineficaz, imprudente e impossível⁷⁴ no entanto, o pensamento hegemônico parece ter migrado da economia para a sustentabilidade, já que os países do globo caminham em direções e discursos similares: redução da poluição atmosférica por meio de motores elétricos/híbridos em automóveis, da produção de energia por fontes renováveis e uso de novas tecnologias mais limpas.

A crítica neste ponto não é sobre o uso dessas tecnologias ecológicas em si — afinal, são um passo importante para a construção de um futuro sustentável —, porém, elas são desenvolvidas e difundidas pelo mesmo sistema capitalista patriarcal que vem causando danos irreparáveis à natureza e pouco geram transformações na ética social do mundo. Logo, o capitalismo ecológico, pautado no desenvolvimento sustentável, apresenta riscos ao futuro sustentável que se almeja para o futuro: “o motor do processo produtivo e do próprio desenvolvimento sustentável, nessa concepção, permanece focado nas formas de acumulação de lucro, garantido mediante a produtividade e a concorrência”⁷⁵.

Assim, a narrativa hegemônica se fundamenta na ideia de que, para alcançar o futuro “sustentável”, somente é preciso “resolver” o desafio das alterações climáticas, que se traduz, na prática, em essencialmente reduzir os níveis de emissão de gases do efeito estufa na atmosfera — por meio de uma transição energética de baixo carbono, principalmente. No entanto, esse pensamento ignora a complexidade dos ecossistemas que sustentam a vida e assume que o desenvolvimento tecnológico será suficiente para salvar o planeta do “fim do mundo”, mantendo o distanciamento entre os seres humanos

⁷² SOUZA DUARTE, M. C. *Meio ambiente sadio: direito fundamental*. Juruá, Curitiba, 2003, p. 87.

⁷³ ALBERTO MOLINARO, C.; RAMMÉ, R. “Os deveres de proteção do Estado em matéria ambiental e o controle judicial de proteção insuficiente”, *Revista de Direito Ambiental*, v.18, 2015, p. 8-9.

⁷⁴ COSTA POLI, L. “Buen vivir: uma alternativa para o desenvolvimento sustentável”, em MIRANDA, J. (coord.); QUEIROZ CAÚLA, B. et al. (org.), *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*. v. 3, tomo II, Lumes Juris, Rio de Janeiro, 2015, p. 20-21.

⁷⁵ COSTA POLI, L. “Buen vivir: uma alternativa para o desenvolvimento sustentável”, em MIRANDA, J. (coord.); QUEIROZ CAÚLA, B. et al. (org.), *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*. v. 3, tomo II, Lumes Juris, Rio de Janeiro, 2015, p. 20-21.

e a natureza. Nesse modelo de *tecno-fix*⁷⁶, a aposta em novas e melhores tecnologias vem a reforçar a ordem capitalista global⁷⁷.

Portanto, as teorias ecofeministas buscam o desenvolvimento sustentável, mas é necessário refletir sobre qual desenvolvimento sustentável é o adequado. O modelo de constitucionalismo do *Buen Vivir* se propõe a romper com a concepção de consumismo desenfreado do capitalismo e estabelece uma ponte direta para o bom desenvolvimento sustentável, como se tratou na seção anterior deste trabalho. Neste contexto de “bom” desenvolvimento sustentável e “mau” desenvolvimento sustentável, Vandana Shiva e Maria Mies trazem a concepção da perspectiva da subsistência.

A perspectiva da subsistência proposta pelas autoras ecofeministas ambiciona um modelo econômico que venha a satisfazer as necessidades fundamentais do ser humano sem a criação de uma fantasiosa necessidade de consumo constante, que valorize os mercados locais e regionais na produção desses bens. O princípio dessa nova economia está nas interações harmoniosos: a) interação entre os seres humanos e a natureza, por meio da reaproximação entre ambos e a valorização dos bens naturais, e b) a interação entre pessoas, essencialmente entre homens e mulheres, com transformações na divisão sexual do trabalho e construção de relacionamentos recíprocos, solidários e respeitosos entre os gêneros⁷⁸.

A conjuntura da perspectiva da subsistência também se baseia na promoção da participação democrática e responsabilidade política sobre as decisões comunitárias, abordagens multidimensionais para a resolução de problemas ecológicos (sem dependência de inovações tecnológicas) e um novo paradigma para o desenvolvimento da ciência e tecnologia que revalorize os conhecimentos tradicionais e não reforce desigualdades sociais e de gênero. A perspectiva de subsistência ecofeminista, aqui resumida, assinala ainda o papel masculino: a responsabilidade majoritariamente feminina de preservar a vida no planeta deve ser repartida com os homens, criando novas formas de produção e consumo⁷⁹.

Essa perspectiva compreende que a solução para a crise climática deve ir além da standardização das respostas aos desequilíbrios ecológicos causados pelos seres humanos, que acabam por favorecer as estruturas hegemônicas de poder que, sob um argumento “verde”, criam novos mercados e novas oportunidades de lucro na estrutura capitalista⁸⁰. Assim, é papel do ordenamento jurídico a construção de soluções que efetivamente construam um futuro possível e digno para gerações presentes e futuras, adotando a perspectiva da subsistência para garantir a cidadania ecológica de todos.

Do ponto de vista da hermenêutica constitucional, a adoção da visão ecocentrista pode ser extraída do próprio art. 225, seus parágrafos e incisos, da Constituição brasileira, que revela a característica de proteção ampla ao meio ambiente, citando a tutela da fauna e flora e a proteção dos processos ecológicos (ciclos regenerativos) necessários à preservação dos ecossistemas, o que inclui o solo, as águas e o ar. A interpretação constitucional ecocentrista tem outro efeito: transforma-se a forma como se compreende a dignidade da pessoa humana, que constitui como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme o art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988⁸¹.

⁷⁶ O termo *tecno-fix* refere-se à prática de utilizar novas tecnologias para resolver problemas causados por tecnologias anteriores. RÍQUITO, M. “Para além da narrativa-mestra da modernidade ‘verde’: uma leitura crítica da transição energética”, *Relações Internacionais*, n. 79, p. 28-30. Disponível em: <https://doi.org/10.23906/ri2023.79a03>. Acesso em: 4 jul. 2024.

⁷⁷ RÍQUITO, M. “Para além da narrativa-mestra da modernidade ‘verde’: uma leitura crítica da transição energética”, *Relações Internacionais*, n. 79, p. 28-30. Disponível em: <https://doi.org/10.23906/ri2023.79a03>. Acesso em: 4 jul. 2024.

⁷⁸ MIES, M.; SHIVA, V. *Ecofeminism*. 2ª ed. Zed Books, London, 2014, p. 318-322.

⁷⁹ MIES, M.; SHIVA, V. *Ecofeminism*. 2ª ed. Zed Books, London, 2014, p. 318-322.

⁸⁰ RÍQUITO, M. “Para além da narrativa-mestra da modernidade ‘verde’: uma leitura crítica da transição energética”, *Relações Internacionais*, n. 79, p. 31. Disponível em: <https://doi.org/10.23906/ri2023.79a03>. Acesso em: 4 jul. 2024.

⁸¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília-DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 ago. 2024.

Isso decorre do fato que a dignidade da pessoa humana é essencialmente antropocêntrica, já que reconhece o valor da pessoa humana em si mesma, digna de igual respeito e consideração, ou seja, o ser humano está no centro do sistema jurídico e é o sujeito superior de direitos. No entanto, em uma situação de crise climática, a dignidade da pessoa humana não consegue ser um princípio hermenêutico de orientação constitucional suficiente para controlar os efeitos devastadores trazidos pelo desequilíbrio dos ecossistemas⁸². O antropocentrismo, nesse caso, mostra-se como um sistema de autodestruição, já que a devastação ambiental impacta de forma direta e, muitas vezes, irreversível a vida humana e os aspectos mais complexos de sua dignidade⁸³.

A dignidade da pessoa humana exige condições de vida digna e a garantia do direito à vida, saúde, água potável, ar limpo, alimentação saudável, moradia, dentre tantos outros direitos que não se concretizam em cenários de desequilíbrio ecológico e injustiça ambiental. Portanto, a concepção ecofeminista e ecocêntrica do ordenamento jurídico “não consiste em uma superação do princípio da dignidade da pessoa humana, mas sim uma forma de garanti-lo: *através* da proteção ambiental e do equilíbrio ecológico o ser humano poderá atingir a dignidade plena”⁸⁴.

Espera-se que a análise das propostas ecofeministas ecocêntricas e as possibilidades de sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro sirva de inspiração para as transformações sociais, políticas e ecológicas necessárias a um futuro sustentável — que mantenha a vida humana com dignidade e restabeleça o equilíbrio dos ecossistemas terrestres. Propõe-se como primeiro passo para se chegar a esse futuro seja o extermínio do pensamento antropocêntrico como substituto ao extermínio da natureza.

5. Considerações finais

Neste estudo, tentou-se analisar alternativas ecofeministas para o fim do mundo, levando em consideração os avanços (e desafios) no direito ambiental brasileiro e de demais países do continente sul-americano inseridos no modelo econômico capitalista de produção e consumo. Assim, visava tratar sobre as possibilidades debatidas pela teoria ecofeminista para o enfrentamento à exploração sobre a natureza e os corpos femininos, buscando no ecocentrismo jurídico latino-americano fontes para o desenvolvimento das ideias expostas e traçando soluções que permitam um futuro sustentável.

Portanto, a primeira seção da pesquisa teve como propósito explicar sobre a evolução das teorias ecofeministas a partir de seu surgimento nos anos 1970 e estabelecer as principais características do ecofeminismo. Em um segundo momento, analisou-se a intersecção entre o ecofeminismo e o direito ambiental brasileiro, trazendo como enfoque as normas constitucionais que determinam a igualdade de gênero e a proteção do meio ambiente como direito fundamental ao ser humano. Neste trecho, ressalta-se que a base constitucional do direito ambiental do Brasil — o art. 225 —

⁸² CAMPOS MELLO, P. P.; FAUNDES PEÑAFIEL, J. J. “Povos indígenas e a proteção da natureza: a caminho de um ‘giro hermenêutico econcêntrico’”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 3, n. 3, 2020. p. 232-233. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v10i3.7240>. Acesso em: 11 ago. 2024.

⁸³ CELINE CHEVALLEY, K. “Interpretação para o fim do mundo: hermenêutica jurídica ambiental em tempos de crise climática”, em SILVA LANZILLO, A. S. (coord.); ATHAYDE CHAVES, L.; VILAR GUIMARÃES, P. B. (org.), *Questões atuais em hermenêutica jurídica*, Insigne Acadêmica, Natal, 2024, p. 204-206.

⁸⁴ CELINE CHEVALLEY, K. “Interpretação para o fim do mundo: hermenêutica jurídica ambiental em tempos de crise climática”, em SILVA LANZILLO, A. S. (coord.); ATHAYDE CHAVES, L.; VILAR GUIMARÃES, P. B. (org.), *Questões atuais em hermenêutica jurídica*, Insigne Acadêmica, Natal, 2024, p. 205-206.

permite uma interpretação ecocêntrica, por estabelecer a proteção ampla da fauna, flora e dos ciclos regenerativos dos ecossistemas.

Já a segunda seção se aprofundou em uma das características do ecofeminismo — o ecocentrismo — ao discorrer sobre o constitucionalismo ecológico latino-americano, que tem peculiaridades próprias por se originar do amadurecimento de movimentos sociais, ambientais e políticos ocorridos após o fim das Ditaduras Militares que fizeram parte da maioria dos países da América do Sul. A análise do ecocentrismo jurídico na região passou necessariamente pelo modelo constitucionalista do Equador e Bolívia, o *Buen Vivir*, além de discorrer sobre a jurisprudência colombiana que garantiu personalidade jurídica a bens naturais, como rios, parques naturais e florestas.

Por fim, a terceira seção reuniu algumas importantes propostas ecofeministas para a ciência jurídica e aprimoramento de políticas públicas feministas e ecológicas, examinando a necessidade de valorização das atividades de cuidado desempenhadas por mulheres, propondo a responsabilização coletiva sobre o direito ao cuidado e a divisão sexual do trabalho. Além disso, discutiu-se a importância da educação ambiental, estabelecendo algumas premissas de como ela deve ocorrer para formar cidadãos e cidadãs com ética ecológica e, finalmente, comentou-se sobre a perspectiva de subsistência e um novo modelo de produção e consumo que mantenha o equilíbrio com os processos regenerativos da natureza.

Sendo assim, o objetivo geral do estudo era como a teoria ecofeminista pode impactar a interpretação e aplicação do direito ambiental brasileiro, com inspirações nos ordenamentos jurídicos latino-americanos. Esse objetivo foi plenamente alcançado, já que o ecofeminismo foi pautado com a profundidade cabível em um artigo científico e foi traçado um paralelo entre este movimento e a superação da corrente filosófica antropocêntrica. Concluiu-se que o “bom” desenvolvimento sustentável deve se fundamentar no ecofeminismo, caso contrário, o planeta caminhará para um estágio em que a crise climática será irreversível.

A presente pesquisa em nada extingue a discussão sobre as temáticas analisadas — ao contrário, espera-se que a ciência jurídica brasileira busque inspiração latino-americanas e o debate sobre a intersecção entre o direito e o ecofeminismo possa prosperar. Com este intuito, conclui-se este artigo com algumas perguntas que restam em aberto: como é feita a proteção do direito animal e o quê a teoria ecofeminista discorre sobre a relação entre as mulheres e a produção-consumo de carnes? Como pode-se desenvolver a ética ecológica e a ecojustiça no contexto de desastres ambientais? Finalmente, o que a teoria ecofeminista pode colaborar para a reconstrução de regiões devastadas por eventos climáticos extremos?

REFERÊNCIAS

- ALBERTO MOLINARO, C.; RAMMÊ, R. “Os deveres de proteção do Estado em matéria ambiental e o controle judicial de proteção insuficiente”, *Revista de Direito Ambiental*, v.18, 2015.
- ALENCAR XAVIER, Y. M.; PINTO, K.; ROCHA FRANÇA, V. “Estudo sobre o direito à liberdade econômica e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: conflitos e aproximações”, *Veredas do Direito*, v. 20, 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/vd/a/b3NLsk4gdXdzW5sT7gnGPCH/?lang=pt>. Acesso em: 10 ago. 2024.
- ANJOS COSTA, W. O. S.; BÓSIO CAMPELLO, L. G. “A agenda 2030 como foco na efetivação do direito humano à igualdade das identidades de gênero e seus reflexos para o greening universitário”, *Cadernos de Direito Actual*, n. 16, 2021.
- BAYAS FERNÁNDES, B.; BREGOLAT CAMPOS, J. “Ecofeminist proposals for reimagining the city: public and community paths”, *Observatori del Deute en la Globalització*, Barcelona, 2021, Disponível em: <https://odg.cat/en/publication/ecofeminist-proposals-for-reimagining-the-city/>. Acesso em: 10 ago. 2024.
- BOAS REIS, E. V.; LEMGRUBER, V. “Ecofeminismo interseccional a decolonial no direito brasileiro: a nova política estadual de segurança de barragens de Minas Gerais”,

- Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 3, 2020. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6903>. Acesso em: 20 ago. 2024.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília-DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 ago. 2024.
- CAMPOS MELLO, P. P.; FAUNDES PEÑAFIEL, J. J. "Povos indígenas e a proteção da natureza: a caminho de um 'giro hermenêutico econcêntrico'", *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 3, n. 3, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v10i3.7240>. Acesso em: 11 ago. 2024.
- CELINE CHEVALLEY, K. "Interpretação para o fim do mundo: hermenêutica jurídica ambiental em tempos de crise climática", em SILVA LANZILLO, A. S. (coord.); ATHAYDE CHAVES, L.; VILAR GUIMARÃES, P. B. (org.), *Questões atuais em hermenêutica jurídica*, Insigne Acadêmica, Natal, 2024.
- CELINE CHEVALLEY, K. *Tributação ambiental como enfrentamento às desigualdades de gênero: uma análise ecofeminista*. Insigne Acadêmica, Natal, 2024.
- COSTA POLI, L. "Buen vivir: uma alternativa para o desenvolvimento sustentável", em MIRANDA, J. (coord.); QUEIROZ CAULA, B. et al. (org.), *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*. v. 3, tomo II, Lumes Juris, Rio de Janeiro, 2015.
- FEDERICI, S. *Calibã e a bruxa: mulheres, corpos e acumulação primitiva*. Editora Elefante, São Paulo, 2019.
- FRAXE TAVARES, J. M.; PACÍFICO MICHELES, M. "Aspectos jurídicos do movimento ecofeminista", *Revista Terceira Margem Amazônia*, v. 15, n. 13, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.36882/2525-4812.2019v5i13p%25p>. Acesso em: 10 ago. 2024.
- G1. Quatro anos da tragédia de Brumadinho: 270 mortes, três desaparecidos e nenhuma punição, 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2023/01/25/quatro-anos-da-tragedia-em-brumadinho-270-mortes-tres-desaparecidos-e-nenhuma-punicao.ghtml>. Acesso em: 25 ago. 2024.
- INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE – ICMBio. Programa Nacional de Educação Ambiental (PNEA), [s.d.]. Disponível em: <https://www.icmbio.gov.br/educacaoambiental/politicas/pnea.html>. Acesso em: 30 ago. 2024.
- KRENAK, A. *Ideias para adiar o fim do mundo*. Ed. 2. Companhia das Letras, São Paulo, 2020.
- MIES, M.; SHIVA, V. *Ecofeminism*. 2ª ed. Zed Books, London, 2014.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS – MPMG. Rompimento da barragem de Fundão, em Mariana: resultados e desafios cinco anos após o desastre, 2020. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/portal/menu/comunicacao/noticias/rompimento-da-barragem-de-fundao-em-mariana-resultados-e-desafios-cinco-anos-apos-o-desastre.shtml>. Acesso em: 25 ago. 2024.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em: 10 ago. 2024.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. The Climate Dictionary: na everyday guide to climate change. 2023. Disponível em: <https://climatepromise.undp.org/news-and-stories/climate-dictionary-everyday-guide-climate-change>. Acesso em: 28 ago. 2024.
- PIGNATARO DE OLIVEIRA, D.; ALENCAR XAVIER, Y. M. "As águas transfronteiriças e o direito internacional público: integração necessária à proteção ambiental", *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, v.1, n. 1, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/4257>. Acesso em: 30 ago. 2024.

- PULEO, A. *Ecofeminismo para otro mundo posible*. Ediciones Cátedras, Barcelona, 2011.
- RENDÓN OSORIO, K. V. "La naturaleza en el ordenamiento jurídico colombiano: ¿del antropocentrismo al ecocentrismo?", *Revista Derecho del Estado*, v. 58, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.18601/01229893.n58.12>. Acesso em: 20 ago. 2024.
- RIQUITO, M. "Para além da narrativa-mestra da modernidade 'verde': uma leitura crítica da transição energética", *Relações Internacionais*, n. 79. Disponível em: <https://doi.org/10.23906/ri2023.79a03>. Acesso em: 4 jul. 2024.
- RODRIGUES SOUSA, P. H. M.; GERMANO ALVES, F. *Pesquisa científica: aspectos práticos*. Insigne Acadêmica, Natal, 2024. (Coleção Arquivos Insigne).
- SILVA JACQUES, F. V. "O 'buen vivir' e a construção de uma nova sociedade", *Novos Cadernos NAEA*, v. 23, n. 3. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5801/ncn.v23i3.8481>. Acesso em: 10 ago. 2024.
- SOUZA DUARTE, M. C. *Meio ambiente sadio: direito fundamental*. Juruá, Curitiba, 2003.
- STELA CÂMARA, A.; MARIA FERNANDES, M. "O reconhecimento jurídico do Rio Atrato como Sujeito de Direitos: reflexões sobre a mudança de paradigma nas relações entre o ser humano e a natureza", *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, v. 12, n. 1. Disponível em: <https://doi.org/10.21057/10.21057/repamv12n1.2018.27788>. Acesso em: 20 ago. 2024.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. *In dubio pro natura: mais proteção judicial ao meio ambiente*, 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2019/In-dubio-pro-natura-mais-protecao-judicial-ao-meio-ambiente.aspx>. Acesso em: 25 ago. 2024.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 25. Núm. Extraordinario (2024), pp. 384-401
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A inovação e o uso de inteligência artificial no judiciário brasileiro: uma análise a partir do open justice e do programa justiça 4.0

The innovation and the use of artificial intelligence in the brazilian judiciary: an analysis based on open justice and the justice 4.0 program

Weuder Martins Câmara¹

Patrícia Vilar Borba Guimarães²

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Sumario: 1. Introdução - 2. O open Justice como Movimento de disrupção do judiciário - 3. A criação do programa Justiça 4.0 - 4. Análise das ferramentas implementadas pelo CNJ- 5. Conclusão. Referências.

Resumen: As evoluções tecnológicas, especialmente a internet e as Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs), estão causando mudanças profundas na sociedade, transformando a vida cotidiana, as interações sociais e o funcionamento das instituições. Em particular, no âmbito do judiciário, surge o movimento Open Justice (Justiça Aberta), que busca uma justiça genuinamente aberta, transparente e compreensível, adaptando-se às ferramentas tecnológicas disponíveis. No Brasil, o lançamento do Programa Justiça 4.0 em 2021 visa modernizar e tornar mais eficiente a prestação de serviços judiciais, utilizando ferramentas disruptivas e soluções de Inteligência Artificial (IA). Este trabalho tem como objetivo investigar como o desenvolvimento do Open Justice e do Programa Justiça 4.0, apresentando diversos exemplos de inovações implementadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como a Plataforma Digital do Poder Judiciário, Codex, Sinapses, entre outros. O

¹ Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Licitações e Contratos. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5178629288792756>. E-mail: weuder@mdradvocacia.com.

² Advogada e Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, no Departamento de Direito Processual e Propedêutica (DEPRO). Líder da Base de pesquisa em Direito, Desenvolvimento e Inovação - DINOVA (UFRN-CNPq) Docente vinculada ao Programa de Pós-graduação em Direito (UFRN-Mestrado Acadêmico) e ao Programa de Pós-graduação em Gestão de Processos Institucionais (UFRN- Mestrado Profissional). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3134219236556237>. Email: patricia.borba@ufrn.br.

fortalecimento e aprimoramento dessas ferramentas serão fundamentais para os próximos passos do sistema de justiça brasileiro.

Palabras clave: Inovação; Poder Judiciário; Inteligência Artificial; Open Justice.

Abstract: Technological advancements, especially the internet and Information and Communication Technologies (ICTs), are causing profound changes in society, transforming everyday life, social interactions, and the functioning of institutions. Particularly in the judicial sphere, the Open Justice movement emerges, aiming for genuinely open, transparent, and understandable justice, adapting to available technological tools. In Brazil, the launch of the Justice 4.0 Program in 2021 aims to modernize and make judicial services more efficient, using disruptive tools and Artificial Intelligence (AI) solutions. This study aims to investigate how the development of Open Justice and the Justice 4.0 Program, presenting several examples of innovations implemented by the National Council of Justice (CNJ), such as the Digital Platform of the Judiciary, Codex, Synapses, among others. Strengthening and improving these tools will be crucial for the next steps of the Brazilian justice system.

Keywords: Innovation; Judiciary; Artificial Intelligence; Open Justice.

1. Introdução

As inovações trazidas pela internet e pelas tecnologias de informação e comunicação (TICs) têm gerado mudanças significativas na vida cotidiana e nas relações sociais. Essas tecnologias expandem as possibilidades de conexão entre indivíduos, ao mesmo tempo em que oferecem novas oportunidades para o aprendizado e a troca de informações. Essas transformações também têm um impacto direto no funcionamento interno das diversas instituições.

A internet está construindo uma rede global na qual todos estão interconectados em um único espaço, o ciberespaço³. Essa transformação está mudando fundamentalmente a maneira como nos comunicamos, trabalhamos, nos relacionamos e acessamos informações, criando novas oportunidades e desafios em escala global.

Pierre Lévy⁴ adverte que há uma crescente preocupação em relação às mudanças profundas que estão ocorrendo na cidadania democrática. A transformação que estamos presenciando não apenas reconfigura as estruturas tradicionais de participação cidadã, mas também amplia o conceito de liberdade em diversos níveis. Essa evolução é impulsionada pela capacidade de os cidadãos se organizarem e se expressarem de maneira inédita através do ciberativismo, que vem ganhando força ao redor do mundo.

O ciberativismo, que surgiu como uma resposta às dinâmicas globais, exemplifica o potencial das redes digitais para mobilizar pessoas em torno de causas comuns. Movimentos como a antiglobalização são provas concretas de como essas novas formas de organização digital conseguem transcender fronteiras, conectando indivíduos que compartilham os mesmos ideais e objetivos, independentemente de sua localização geográfica. Esses movimentos utilizam o ciberespaço para promover debates, coordenar ações e pressionar por mudanças em escala global, redefinindo o que significa ser um ativista no século XXI.

Além disso, a criação de cidades e regiões digitais, que operam como comunidades inteligentes, representa outra dimensão dessa transformação. Essas comunidades aproveitam as tecnologias de informação e comunicação (TICs) para desenvolver ambientes urbanos e regionais mais conectados, sustentáveis e

³ CASTELLS, M. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Jorge Zahar Editora, Rio de Janeiro, 2003, p. 8.

⁴ LÉVY, P. *Ciberdemocracia*. Editora Instituto Piaget, Lisboa, 2002, p. 30.

inclusivos. Nessas comunidades, os cidadãos têm a oportunidade de participar ativamente da gestão local, utilizando plataformas digitais para influenciar decisões, colaborar em projetos comunitários e acessar serviços públicos de maneira mais eficiente.

Os avanços dos governos eletrônicos também refletem essa nova era de cidadania digital. Com o uso crescente de plataformas digitais, os governos estão se tornando mais transparentes e orientados para o cidadão. Isso significa que a prestação de serviços públicos está sendo facilitada e democratizada, permitindo que os cidadãos tenham um acesso mais direto às informações e possam interagir com as instituições governamentais de forma mais transparente e eficiente. A transição para governos eletrônicos não só fortalece a confiança pública, mas também promove uma governança mais participativa e responsiva.

Especialmente no que tange ao judiciário, um movimento que surgiu e vem se solidificando nos últimos anos é o Open Justice (Justiça Aberta, em tradução livre). Esse conceito propõe uma justiça que seja autenticamente acessível, sujeita ao escrutínio público e caracterizada por uma transparência que seja não apenas formal, mas verdadeiramente compreensível para todos. A Justiça Aberta também enfatiza a importância da responsabilização das instituições judiciais, garantindo que suas ações possam ser monitoradas e questionadas pela sociedade.

O movimento Open Justice se apoia fortemente no uso de ferramentas tecnológicas disruptivas, que estão transformando a maneira como a justiça é administrada e percebida. Essas tecnologias permitem que processos judiciais sejam mais acessíveis ao público, proporcionando maior clareza sobre como as decisões são tomadas e como os recursos são aplicados. Além disso, promovem a digitalização e a automação de procedimentos judiciais, o que pode contribuir para maior eficiência e celeridade nos julgamentos⁵.

Mais do que um conceito abstrato, ele deve ser compreendido como uma garantia de que a relação entre o público e o Judiciário seja fundamentada na divulgação de informações que possibilitem a efetivação da legitimidade da jurisdição em um contexto real, adaptando-se às ferramentas tecnológicas e conceitos de cada época. Portanto, simplificar o princípio para a mera publicidade de decisões e julgamentos pode não ser suficiente para concretizar o Open Justice no presente, especialmente em um contexto em que termos como inteligência artificial (IA), ciência de dados e algoritmos são parte integrante da prática cotidiana⁶.

Nesse contexto, no Brasil, foi lançado em janeiro de 2021 o Programa Justiça 4.0, visando inaugurar uma "nova realidade para o Judiciário". Sua proposta é melhorar a prestação de serviços judiciais, tornando-os mais eficientes, eficazes e acessíveis à população. A iniciativa prioriza a melhoria da gestão processual nos tribunais, buscando ampliar a automação dos processos eletrônicos, otimizar o uso dos recursos humanos e materiais, reduzir despesas orçamentárias e aumentar a produtividade dos servidores, tudo isso através da implementação de tecnologias disruptivas e soluções baseadas em inteligência artificial.

A questão central desta pesquisa é investigar as medidas que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem tomado, especialmente no que diz respeito à adoção de recursos tecnológicos, para enfrentar desafios como a alta litigiosidade, a demora na tramitação processual, a necessidade de maior transparência, e, consequentemente, a melhoria do acesso à justiça, visando o fortalecimento do Poder Judiciário.

Assim, o objetivo deste estudo é examinar como o desenvolvimento do movimento Open Justice no Brasil, junto com a execução do Programa Justiça 4.0,

⁵ BECKER, D.; WOLKART, E.; BRÍGIDO, J. "Open Justice!" en: Litigation 4.0 (Feigelson, B.; Becker, D.; Rodrigues, M. coord.). Ed. 2021. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 2021, p. 205.

⁶ TORRES, F. B.; BECKER, D. "Do Open Data ao Open Justice: Como e Por Que Promover a Abertura de Dados no Poder Judiciário." en: Open Justice na Era da Hiperconectividade (Lemos, R.; Marques, D. coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 85.

tem acelerado a incorporação de novas tecnologias no sistema judicial. Ao analisar como o Brasil está implementando e ajustando os princípios dessas iniciativas, o estudo busca não só entender o contexto atual, mas também contribuir para a formulação de estratégias e políticas futuras que possam otimizar o funcionamento do sistema judiciário, promovendo uma verdadeira democratização do acesso à justiça e um fortalecimento institucional duradouro.

2. O open justice como movimento de disrupção do judiciário

O desenvolvimento é visto como um processo de mudança que impulsiona a sociedade em direção a um estado mais avançado. Diante da urgência em reduzir despesas e elevar a qualidade dos serviços administrativos, a eficiência na gestão pública tornou-se imprescindível, orientando-se pelo atendimento às necessidades dos cidadãos de forma mais econômica, e, desse modo, se tornando um instrumento ao desenvolvimento⁷.

Desde o início do século XXI, a civilização humana tem se expandido para uma dimensão global, impulsionada pela crescente importância da dimensão virtual, que se ampliou de forma significativa nos últimos anos. Esse contexto torna necessário considerar fenômenos como a transnacionalização da economia e, particularmente, as mudanças e inovações que ocorrem em uma rede globalizada. Essa rede conecta o mundo de maneira tão integrada que as fronteiras tradicionais são eliminadas, enfraquecendo ou até mesmo tornando obsoletas as jurisdições nacionais. Nesse cenário, em meio a debates sobre a natureza e o papel da humanidade no universo, as inovações tecnológicas desafiam as noções tradicionais de tempo e espaço, trazendo à tona novas questões sobre os limites de aplicação do Direito. Essas transformações colocam em dúvida a eficácia das estruturas jurídicas convencionais, exigindo uma reavaliação dos conceitos e práticas que têm guiado a aplicação da justiça em um mundo cada vez mais interconectado e sem fronteiras físicas claras⁸.

Na sociedade contemporânea, impulsionada pelos avanços tecnológicos e pelo crescente acesso à informação, há uma demanda crescente por uma relação mais colaborativa com as estruturas governamentais. Os cidadãos querem não apenas entender o processo de tomada de decisões, mas também participar da formulação de políticas públicas. Além disso, buscam garantir que os recursos públicos sejam geridos de forma eficiente e com integridade.

Como dito por Castells⁹, o setor público é a esfera da sociedade em que as novas tecnologias de comunicação são menos difundidas e as barreiras à inovação e à rede são mais evidentes. Por isso, a reforma do setor público lidera todo o resto, no processo de moldagem produtiva da sociedade em rede.

Como parte fundamental do aparato estatal, o setor da justiça também se vê afetado pela atual sensação de desconexão entre instituições e sociedade. Não é por acaso que a busca por estratégias para promover maior transparência e uma interação mais direta entre o sistema judicial e a população tem ganhado destaque. A necessidade de reformar e aproximar o Judiciário da sociedade se torna evidente diante dos desafios que ele enfrenta na atualidade.

Entre esses desafios, a morosidade processual se destaca, sendo em grande parte consequência da sobrecarga do sistema judicial, da burocracia excessiva e do elevado número de demandas. Para ilustrar a gravidade da situação, o Poder Judiciário brasileiro encerrou o ano de 2022 com impressionantes 81,4 milhões de

⁷ GUIMARÃES, P. B. V.; GARCIA, T. "A eficiência como objeto de desenvolvimento." *REJUR - Revista Jurídica da Ufersa*, Mossoró, v. 3, n. 5, p. 21-44, jan./jun. 2019, p. 34.

⁸ COSTA, C.; ENGELMANN, W. E. "Os avanços tecnológicos e a relativização do tempo e do espaço: Impactos no papel do direito e na função do jurista: Impacts on the role of law and function of jurists." *Cadernos de Direito Actual*, nº 24 (junho), p. 256-277, 2024, p. 257-258.

⁹ CASTELLS, M. "A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política." em: *A Sociedade em Rede: do conhecimento à ação política* (Castells, M.; Cardoso, G. coord.). Belém. Imprensa Nacional, 2005, p. 27.

processos em tramitação, todos aguardando uma resolução definitiva. Esse cenário se agravou nos últimos anos, com o Judiciário enfrentando uma nova onda de aumento de casos pendentes desde 2020. Entre 2021 e 2022, por exemplo, houve um crescimento de 1,8 milhão de processos pendentes, evidenciando a crescente pressão sobre o sistema e a necessidade urgente de reformas que possam mitigar esses problemas¹⁰.

O aumento constante no número de casos dificulta a capacidade do Judiciário em oferecer julgamentos rápidos e eficientes. Isso deságua no próprio direito ao acesso à justiça. Segundo os dados¹¹ mesmo que não entrassem novos processos e que os magistrados e os servidores trabalhassem no mesmo ritmo, seriam precisos aproximadamente quase 3 anos de trabalho para acabar com o estoque processual.

A transformação tecnológica no Poder Judiciário vai muito além de uma simples atualização de processos; ela representa uma adaptação essencial a uma nova realidade global marcada pela interconexão digital e pela crescente expressão social¹². Este processo de mudança envolve não apenas a adoção de tecnologias que visam otimizar os procedimentos judiciais, mas também uma reconfiguração mais profunda do sistema, alinhada com os paradigmas modernos de eficiência, transparência e maior acessibilidade à justiça.

Reduzir o conceito de Open Justice à mera publicidade de decisões e julgamentos não é suficiente para atender às necessidades da sociedade contemporânea. Em um cenário onde a inteligência artificial, a ciência de dados e os algoritmos desempenham papéis centrais na prática jurídica, é necessário aplicar essas tecnologias de maneira mais abrangente e estratégica. A incorporação dessas ferramentas não só aprimora a eficiência operacional do Judiciário, como também redefine a forma como as instituições interagem com os cidadãos, promovendo uma transparência que vai além do simples acesso à informação, e que busca uma verdadeira compreensão e participação pública no processo judicial¹³.

Adicionalmente, o conceito de inovação dentro do Judiciário tem evoluído. Tradicionalmente, a inovação era vista como um processo fechado, restrito ao desenvolvimento de ideias dentro das próprias instituições. No entanto, o novo paradigma de inovação aberta reconhece que soluções inovadoras podem e devem vir tanto de dentro quanto de fora das organizações. Este modelo valoriza a colaboração e sugere que as instituições judiciais podem se beneficiar significativamente da integração de conhecimentos e práticas externas, seja do setor privado, da academia, ou da sociedade civil. Para o Judiciário, isso significa que a modernização não deve se limitar às melhorias internas, mas deve abraçar contribuições externas que possam expandir e enriquecer a capacidade do sistema de justiça.

Nos últimos anos, o Poder Judiciário brasileiro tem experimentado um crescente uso de tecnologias inovadoras, como inteligência artificial, big data e algoritmos de automação, com o objetivo de aumentar a eficiência e acelerar a tramitação processual. Essas tecnologias têm sido aplicadas em várias frentes, desde a análise preditiva de casos até a automação de tarefas rotineiras. Algoritmos avançados são capazes de processar vastas quantidades de dados em um curto espaço de tempo, auxiliando juízes e advogados a tomarem decisões mais bem fundamentadas, além de identificar tendências e padrões em jurisprudências

¹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números 2023*. Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 2023, p. 92.

¹¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números 2023*. Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 2023, p. 95.

¹² FARIA, R. M. "Os núcleos de justiça 4.0 como instrumentos de cooperação judiciária para a gestão de demandas repetitivas." *Revista Eletrônica dos Grupos de Estudos da EJEJ*, v. 1, n. 3, 2022, p. 2.

¹³ TORRES, F. B.; BECKER, D. "Do Open Data ao Open Justice: Como e Por Que Promover a Abertura de Dados no Poder Judiciário." em: *Open Justice na Era da Hiperconectividade* (Lemos, R.; Marques, D. coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 85.

passadas¹⁴.

Apesar dos benefícios claros, a aplicação dessas tecnologias no contexto do Open Justice também levanta importantes questões éticas e de segurança. A proteção dos dados pessoais dos cidadãos, a prevenção de vieses nos algoritmos e a garantia de acesso equitativo às tecnologias são preocupações fundamentais que precisam ser abordadas. É crucial assegurar que a modernização do Judiciário não comprometa a justiça e a equidade, evitando que as novas ferramentas criem disparidades ou perpetuem desigualdades.

Em conclusão, a incorporação de novas tecnologias e a promoção de uma cultura de inovação são indispensáveis para a evolução do sistema judicial. A adoção de um modelo de inovação aberta, que incentiva a colaboração entre o Judiciário, a sociedade civil, outras instituições do Estado e o setor privado, é essencial para a implementação efetiva do Open Justice. Esse modelo não apenas potencializa a eficiência e a transparência do sistema, mas também fortalece a legitimidade e a confiança da sociedade no Judiciário, promovendo uma democratização real do acesso à justiça e garantindo que o sistema esteja preparado para enfrentar os desafios futuros¹⁵.

3. A criação do programa de justiça 4.0

Ao longo da história, o Poder Judiciário evoluiu de forma gradativa, refletindo as mudanças sociais, tecnológicas e econômicas de cada época. Essa evolução pode ser melhor compreendida através das fases conhecidas como Justiça 1.0, 2.0, 3.0 e 4.0¹⁶, que se correlacionam diretamente com as revoluções industriais e suas respectivas inovações. Cada uma dessas fases representa uma transformação significativa no modo como a justiça é administrada e aplicada, marcando o progresso do Judiciário em resposta às demandas de cada era.

A Justiça 1.0¹⁷ representa a fase clássica do sistema judiciário, que remonta ao século XIX e continua parcialmente em vigor em muitas partes do mundo. Nesse estágio, o sistema judicial era profundamente enraizado em métodos tradicionais, caracterizados pelo uso extensivo de papel, arquivos físicos e procedimentos burocráticos rígidos. As interações entre os atores do sistema judicial—juízes, advogados, partes envolvidas e outros—ocorriam predominantemente de forma presencial. Essa era a era da "burocracia de papel", onde os processos eram lentos, morosos e muitas vezes ineficientes, devido à dependência de registros físicos e da necessidade de presença física para a execução de praticamente todas as etapas processuais. Esse modelo, enquanto sólido em sua época, começou a mostrar limitações com o crescimento populacional e o aumento da complexidade dos casos.

A transição para a Justiça 2.0 marcou o início de uma modernização do Judiciário. Essa fase trouxe a incorporação de tecnologias eletrônicas, como telefones, fax e máquinas de escrever eletrônicas, que começaram a transformar a maneira como o Judiciário operava. Embora esses avanços tenham trazido maior eficiência ao sistema, permitindo uma comunicação mais rápida e um processamento mais ágil dos casos, muitas das práticas tradicionais ainda persistiram. A introdução dessas tecnologias representou um avanço significativo

¹⁴ ELENA, S.; MERCADO, G. "Justicia Abierta en la alianza para el Gobierno Abierto: un camino en expansión." en: Justicia Abierta: Aportes para una Agenda en Construcción (Mercado, G. et al. coord.). 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones SAIJ, 2018, p. 31.

¹⁵ ELENA, S.; MERCADO, G. "Justicia Abierta en la alianza para el Gobierno Abierto: un camino en expansión." en: Justicia Abierta: Aportes para una Agenda en Construcción (Mercado, G. et al. coord.). 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones SAIJ, 2018, p. 32.

¹⁶ SCHWAB, K. "La Cuarta Revolución Industrial." *Futuro Hoy*, vol. 1, nro. 1, pp. 6-10. Fondo Editorial de la Sociedad Secular Humanista del Perú, 2020, p. 6.

¹⁷ CORVALÁN, J. G.; ZEICHEN, G. S. "Justicia 4.0: el uso de inteligencia artificial para acercar la justicia a los ciudadanos." en: Justicia Abierta: Aportes para una Agenda en Construcción (Mercado, G. et al. coord.). 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones SAIJ, 2018, p. 143-144.

em relação à Justiça 1.0, mas foi apenas um passo intermediário rumo a um sistema verdadeiramente moderno e eficiente.

A verdadeira revolução ocorreu com a chegada da Justiça 3.0, que foi impulsionada pela revolução digital. Este período trouxe mudanças qualitativas e quantitativas profundas ao sistema judiciário. Com a digitalização, as tecnologias de informação e comunicação (TICs) passaram a ocupar um lugar central no funcionamento do Judiciário. A introdução dos computadores pessoais, a interconexão através da internet e o uso crescente de software especializado permitiram uma transição significativa de uma "burocracia de papel" para uma "burocracia digital". Nessa nova era, os processos começaram a ser armazenados digitalmente, facilitando o acesso e o compartilhamento de informações. Portais eletrônicos, aplicativos móveis e redes sociais começaram a ser utilizados para gerenciar dados e comunicar decisões, tornando o Judiciário mais acessível e transparente. Esta fase não só acelerou o tempo de tramitação dos processos, mas também democratizou o acesso à informação judicial, permitindo que um público mais amplo se envolvesse no processo.

Com a chegada da Justiça 4.0, entramos na era da Quarta Revolução Industrial, que traz consigo uma nova dimensão para o funcionamento do sistema judicial. Inspirada pelo conceito de "Indústria 4.0"¹⁸, que surgiu na Alemanha em 2011, a Justiça 4.0 incorpora tecnologias avançadas como inteligência artificial (IA), robótica, big data, internet das coisas (IoT) e computação em nuvem. Essas tecnologias estão começando a revolucionar o modo como o Judiciário opera, introduzindo sistemas com maior capacidade de autogestão e automação. A IA, por exemplo, pode ser usada para analisar grandes volumes de dados, prever resultados de casos com base em jurisprudências anteriores e até mesmo automatizar tarefas rotineiras, liberando recursos humanos para se concentrarem em funções mais complexas. Robôs e algoritmos avançados estão sendo desenvolvidos para auxiliar em decisões judiciais, enquanto o big data permite uma análise mais aprofundada das tendências jurídicas, identificando padrões que podem influenciar o julgamento de casos futuros.

Além das melhorias tecnológicas, a Justiça 4.0 exige uma mudança na forma como entendemos o próprio conceito de justiça. No contexto social atual, onde os conflitos surgem em uma velocidade e volume muito maiores do que nas épocas anteriores, é necessário repensar o papel do Judiciário e sua capacidade de oferecer justiça de maneira rápida, eficiente e justa. A tradicional definição de justiça como a simples atribuição de direitos individuais precisa ser ampliada para considerar as novas realidades do mundo globalizado e digitalizado. O sistema judicial precisa não só resolver conflitos, mas também prevenir que eles surjam, o que requer uma abordagem proativa e adaptativa¹⁹.

Essa evolução também demanda uma reflexão sobre como o Estado fornecerá seus serviços fundamentais, especialmente a prestação jurisdicional. A crescente complexidade e interconectividade da sociedade moderna exigem que o Judiciário seja mais dinâmico e responsivo, capaz de lidar com novos tipos de disputas que não existiam quando os princípios tradicionais da justiça foram estabelecidos. O sistema jurídico deve evoluir para responder às necessidades de uma população que espera soluções rápidas e eficazes, ao mesmo tempo em que mantém a integridade e a equidade que são fundamentais para o Estado de Direito.

No Brasil, o Judiciário passa por uma fase de contínua transformação, refletindo a necessidade de adaptação às demandas contemporâneas. Foi nesse contexto que, em janeiro de 2021, o Programa Justiça 4.0 foi lançado, com o objetivo de inaugurar uma "nova realidade para o Judiciário". A principal proposta desse programa é tornar a prestação de serviços judiciais mais eficiente, eficaz e

¹⁸ PEREIRA, A.; DE OLIVEIRA SIMONETTO, E. "Indústria 4.0: conceitos e perspectivas para o Brasil." *Revista da Universidade Vale do Rio Verde*, v. 16, n. 1, 2018, p. 2.

¹⁹ ARAÚJO, V. S. de; GABRIEL, A. de P.; PORTO, F. R. "Justiça 4.0: a Transformação Tecnológica do Poder Judiciário Deflagrada pelo CNJ no Biênio 2020-2022." *Revista Eletrônica Direito Exponencial - DIEX*, v. 1, n. 1, 2022, p. 22.

acessível para a sociedade como um todo. Para alcançar esses objetivos, o programa foca na otimização da gestão processual nos tribunais, promovendo a ampliação da automação do processo eletrônico, a utilização mais eficiente dos recursos humanos e materiais, a redução das despesas orçamentárias e o aumento da produtividade dos servidores.

O ministro Luiz Fux, responsável pelo lançamento do programa destacou que “com a assinatura desse documento temos o cumprimento efetivo de uma promessa constitucional, de vários direitos fundamentais, dentre eles o da segurança jurídica”. Essa declaração sublinha a importância do Justiça 4.0 como um mecanismo para garantir que os direitos constitucionais, especialmente a segurança jurídica, sejam efetivamente cumpridos através da modernização do Judiciário.

Uma das abordagens mais inovadoras do Justiça 4.0 é a sua estratégia colaborativa. O programa disponibiliza plataformas nacionais que permitem aos tribunais compartilhar soluções tecnológicas, consolidando assim uma política nacional para a gestão do Processo Judicial Eletrônico (PJe). Essa colaboração entre os tribunais evita a duplicação de iniciativas para demandas semelhantes, promovendo um uso mais racional e eficiente dos recursos. Além disso, o programa assegura transparência através da divulgação de dados e informações em painéis completos, acessíveis e fáceis de usar, tanto pelos órgãos de Justiça quanto pela sociedade em geral. Isso facilita o acompanhamento e a fiscalização das atividades judiciais, promovendo uma maior confiança no sistema.

O Programa Justiça 4.0 define suas áreas de ação em vários pontos chave que são fundamentais para a modernização e o aprimoramento do sistema judiciário brasileiro. Em primeiro lugar, a inovação e a tecnologia são colocadas no centro das atenções, com o objetivo de introduzir soluções disruptivas que não apenas modernizem o Judiciário, mas também melhorem significativamente a prestação de serviços à população. Esse foco inclui o desenvolvimento e a implementação de novas ferramentas tecnológicas que facilitam o trabalho dos servidores e oferecem um acesso mais ágil e transparente à justiça.

Em segundo lugar, o programa enfatiza a gestão da informação e a formulação de políticas judiciais. Este eixo concentra-se na criação, implementação e monitoramento de políticas baseadas em evidências, que são essenciais para fortalecer a promoção dos direitos humanos e garantir que as decisões judiciais sejam fundamentadas em dados concretos e verificáveis. A abordagem baseada em evidências também visa melhorar a eficiência do sistema judicial, permitindo que as decisões sejam tomadas de maneira mais informada e precisa.

O terceiro eixo de ação do programa foca na prevenção e no combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, além da recuperação de ativos. O Justiça 4.0 busca reforçar a capacidade do Judiciário de atuar eficazmente contra esses crimes, através de uma gestão mais eficiente de dados e informações. Isso inclui a otimização da pesquisa de ativos em bancos de dados, o que é crucial para a localização e recuperação de recursos envolvidos em atividades ilícitas.

Finalmente, o programa dedica-se ao fortalecimento das capacidades institucionais do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Isso envolve a transferência de conhecimentos e soluções para o CNJ e outros órgãos do Judiciário, com um foco particular na segurança jurídica, na sustentabilidade dos projetos em andamento e na eficiência da prestação jurisdicional. Ao capacitar melhor o CNJ e outros órgãos judiciais, o programa busca garantir que o sistema de justiça seja mais robusto, sustentável e capaz de atender às demandas da sociedade de maneira eficaz e equitativa.

Os postulados da governança e gestão estão intimamente ligados e formados por várias noções e categorias sob a luz de diferentes princípios e mandatos de otimização, como os de preparação tecnológica, inovação inclusiva, cultura digital, alfabetização digital, governança eletrônica, inclusão digital, solidariedade digital, entre muitos outros, que visam alcançar um desenvolvimento sustentável, conforme se reflete em diversas recomendações dos principais organismos internacionais

como a ONU²⁰.

Diante desse cenário, a iniciativa busca introduzir inovações tecnológicas para acelerar a prestação jurisdicional, reduzir despesas orçamentárias e promover maior eficiência. A justiça digital, propiciada por esse programa, contribui para aprimorar a governança, aumentar a transparência e favorecer o acesso à justiça para toda a população. Nas próximas seções, iremos abordar alguns projetos e ações implementadas no contexto do Programa Justiça 4.0, como grandes reflexos do Open Justice no Brasil.

4. Análise das ferramentas implementadas pelo cnj

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como parte do Programa Justiça 4.0, desenvolveu a Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ-Br), instituída pela Resolução n. 335/2020. Lançada oficialmente em 10 de agosto de 2021, essa plataforma visa criar uma base comum de operações, conectando os sistemas dos 90 tribunais distribuídos pelo país.

O propósito central é estabelecer um padrão de convergência, promovendo o desenvolvimento colaborativo e a padronização de fluxos de trabalho. Isso envolve a implementação de tecnologias inovadoras, como código aberto, interoperabilidade de sistemas e dados, computação em nuvem e inteligência artificial para a automação de processos eletrônicos judiciais, transformando o PJe um sistema multisserviço que permita aos tribunais fazer adequações conforme suas necessidades e que garanta, ao mesmo tempo, a unificação do trâmite processual no país.

O conceito de interoperabilidade, em resumo, expressa a necessidade de sistemas serem integrados, intuitivos, de fácil manuseio e capazes de proporcionar uma comunicação eficiente com outros sistemas que estejam logicamente conectados em um determinado fluxo de trabalho ou em uma linha de produção²¹.

Com frequência, ouve-se relatos de advogados que enfrentam dificuldades para acessar sistemas processuais em diferentes estados da federação, pois são completamente distintos. A PDPJ-Br representa a solução para, enfim, integrar em breve as funcionalidades de diversos sistemas públicos, padronizar, em longo prazo, o uso do PJe como solução nacional e, sobretudo, inibir o uso de sistemas custosos pelos tribunais que ainda persistem em fazê-lo²².

Essa abordagem possibilita um avanço na implementação da inteligência artificial e de sistemas de automação, visando promover uma redução na taxa de congestionamento dos processos e uma melhoria significativa na qualidade dos serviços prestados pelo Poder Judiciário. Em essência, a plataforma funcionará como um marketplace do Judiciário, abrangendo diversos módulos e funcionalidades essenciais para a modernização e eficiência do sistema.

Pontos cruciais destacados pela Resolução que instituiu a plataforma incluem a proibição da contratação de sistemas privados em um futuro a ser determinado, reforçando a tradição de não dependência tecnológica estabelecida pelo Conselho Nacional de Justiça. Reconhece-se que os sistemas públicos desenvolvidos internamente pelos tribunais são válidos e não estão totalmente em desconformidade com a política pública de consolidação da Plataforma Digital, desde que novos desenvolvimentos sigam o modelo da nova ferramenta.

A Resolução também estabelece que a plataforma tecnológica de processo

²⁰ CORVALÁN, J. G.; ZEICHEN, G. S. "Justicia 4.0: el uso de inteligencia artificial para acercar la justicia a los ciudadanos." en: Justicia Abierta: Aportes para una Agenda en Construcción (Mercado, G. et al. coord.). 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones SAIJ, 2018, p. 145.

²¹ AYÃO, L. F.; MARCONDES, C. H. "O desafio da interoperabilidade e as novas perspectivas para as bibliotecas digitais." *Transinformação*, v. 20, p. 133-148, 2008, p. 134.

²² GABRIEL, A. de P.; ABREU, A. L. de; PORTO, F. R. "Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro: a ponte para Justiça 4.0." *Revista CNJ, Brasília*, v. 5, n. 1, p. 12-30, 2021, p. 22.

judicial é considerada uma política pública. Segundo Secchi, Coelho e Pires²³, de maneira conceitual, uma política pública é descrita como uma diretriz elaborada com o propósito de enfrentar um desafio de interesse coletivo. Elas são concebidas para promover o bem-estar coletivo, solucionar dilemas sociais complexos e obter resultados positivos em várias áreas, como educação, saúde, segurança, meio ambiente, entre outras.

A PDPJ atende plenamente aos requisitos apresentados, sendo considerada também uma política pública, contemplando um conjunto de medidas concretas para conferir celeridade ao processo judicial e ampliar o acesso à jurisdição.

Além disso, prevê alocações específicas de recursos, como exemplificado pela designação específica de elementos de despesa relacionados à informatização do processo judicial, integrando-se a um "quadro geral de ação" junto com outras medidas para alcançar esses objetivos, com metas definidas em atos normativos²⁴.

Assim, fica claro que a Plataforma Digital do Poder Judiciário está destinada a ser um catalisador e guia para a transformação digital no sistema judicial brasileiro. Para atingir esse objetivo, é essencial que todos os tribunais se envolvam na compreensão dos princípios fundamentais dessa política e se comprometam com sua implementação a longo prazo. Isso inclui não apenas participar ativamente na governança dos serviços disponibilizados pela plataforma, mas também gerenciar as atividades de desenvolvimento e garantir a sustentabilidade financeira dos custos associados a ela²⁵.

A adoção da inteligência artificial (IA) no sistema judiciário brasileiro representa uma revolução paradigmática, marcada por avanços significativos e desafios complexos. Sob a égide do Conselho Nacional de Justiça, o Programa Justiça 4.0 tem sido o principal propulsor dessa transformação, buscando modernizar e otimizar os processos judiciais por meio da aplicação de tecnologias emergentes.

É importante ressaltar que nossa abordagem não visa encontrar meios de substituir a função do julgador como intérprete das leis, nem negligenciar a cautela necessária na análise de casos individuais. Pelo contrário, busca-se aprimorar as atividades judiciais por meio da utilização de mecanismos econômicos de medição e consulta, sem desconsiderar a dimensão humana e interpretativa inerente ao exercício do direito (Andrade; Rosa; Pinto, 2020, p. 3-4).²⁶

Uma das aplicações mais promissoras é a utilização de algoritmos para identificar padrões em grandes volumes de dados processuais, auxiliando juízes na tomada de decisões mais informadas e ágeis. Além disso, sistemas de IA podem ser empregados na triagem de processos, na análise de petições e na gestão de precedentes judiciais, contribuindo para reduzir o tempo de tramitação dos casos e aumentar a eficiência do sistema.

No Brasil, a IA tem sido desenvolvida em diversas frentes. Um dos marcos iniciais foi o estudo realizado, fruto de uma parceria entre CNJ, Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS-Rio) e a Universidade de Columbia, que elaborou uma estrutura de governança colaborativa para integrar as iniciativas de IA no Poder Judiciário brasileiro, que posteriormente desaguou em todas as iniciativas do Programa Justiça 4.0.

²³ SECCHI, L.; COELHO, F. S.; PIRES, V. *Políticas Públicas: conceitos, casos práticos, questões de concursos*. São Paulo: Cengage, 2019, p. 2.

²⁴ GABRIEL, A. de P.; ABREU, A. L. de; PORTO, F. R. "Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro: a ponte para Justiça 4.0." *Revista CNJ*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 12-30, 2021, p. 25.

²⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números 2023*. Brasília: CNJ, 2023, p. 16.

²⁶ ANDRADE, M. D.; ROSA, B. de C.; PINTO, E. R. G. de C. "Legal tech: analytics, Inteligência artificial e as novas perspectivas para a prática da advocacia privada." *Revista Direito GV*, vol. 16, n.1, São Paulo, mar. 2020, p. 3-4.

O documento apresenta alguns objetivos²⁷. Um dos principais é estabelecer um panorama abrangente que permita mapear e categorizar as diversas ferramentas de IA já existentes no sistema judiciário, possibilitando um estudo comparativo e a criação de um modelo de integração e padronização dessas tecnologias. Além disso, há a intenção de projetar uma estrutura de governança colaborativa que viabilize uma maior cooperação e colaboração entre os diferentes setores do Judiciário, especialmente alinhada com o Processo Judicial Eletrônico (PJe) e suas ferramentas complementares.

O Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução nº 332, de 2020, que trata sobre "a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário, e dá outras providências." O mencionado ato normativo foi fundamentado em cinco princípios essenciais delineados na "Carta Ética Europeia sobre o uso da Inteligência Artificial nos Sistemas Judiciais e seu Ambiente" da Comissão Europeia para Eficiência da Justiça (CEPEJ) do Conselho da Europa, e na "Recomendação do Conselho sobre Inteligência Artificial" da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Com essa medida, o CNJ busca incorporar algoritmos e processos envolvendo Machine Learning na prestação jurisdicional, visando a celeridade e a economia processual, desde que dentro dos limites legais e em conformidade com os direitos fundamentais.

Fornasier, Silva e Schwede²⁸ fazem pertinentes comentários sobre a referida resolução. A Resolução estabelece seus objetivos no Capítulo I, onde o artigo 2º destaca o propósito das ferramentas de inteligência artificial no âmbito judiciário, visando não apenas o bem-estar das partes envolvidas, mas também uma prestação jurisdicional mais justa, ao mesmo tempo em que busca facilitar os processos necessários para alcançar tais metas. No subsequente artigo 3º, são apresentadas definições básicas sobre IA, como Algoritmo e Modelo de IA, além de diferenciar os diferentes tipos de usuários, tanto internos quanto externos, o que contribui para uma melhor compreensão dos sistemas inteligentes.

Já no Capítulo II, compreendido entre os artigos 4º e 6º, destaca-se a importância do respeito aos direitos fundamentais, exigindo que a utilização das ferramentas de IA esteja em conformidade com esses direitos, sejam eles previstos em tratados ou protegidos constitucionalmente. No capítulo III, explorado no artigo 7º e seus parágrafos, ressalta-se a necessidade de não discriminação por parte das Inteligências Artificiais, enquanto o capítulo IV aborda a relevância da publicidade e transparência.

Seguindo adiante, o capítulo V discute sobre governança e qualidade, o VI versa sobre segurança, e o VII aborda o controle do usuário. O capítulo VIII abrange pesquisa, desenvolvimento e implantação de serviços de IA, enquanto o IX trata da prestação de contas e responsabilização em casos de condutas inadequadas dos algoritmos. Por fim, o capítulo X estabelece que as disposições da resolução aplicam-se tanto a projetos de IA em desenvolvimento quanto aos já em uso, garantindo uma abrangência normativa para todas as etapas do processo.

De acordo com levantamento do Conselho Nacional de Justiça, divulgado pelo presidente Luiz Fux em 14 de junho 2022, o Poder Judiciário registrou um notável aumento no número de projetos de inteligência artificial em 2022 (desde a institucionalização do Programa Justiça 4.0). Segundo a pesquisa, foram identificados 111 projetos em desenvolvimento ou já implementados nos tribunais, representando um aumento de 171% em relação ao ano anterior, quando apenas 41 iniciativas foram relatadas.

Além disso, houve um crescimento significativo no número de órgãos que

²⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ); INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO (ITS-Rio); COLUMBIA UNIVERSITY - SCHOOL OF INTERNATIONAL AND PUBLIC AFFAIRS (SIPA). *O Futuro da IA no Sistema Judiciário Brasileiro*, 2020, p. 8.

²⁸ FORNASIER, M. de O.; SILVA, F. V. da; SCHWEDE, M. A. "A utilização de ferramentas de inteligência artificial no judiciário brasileiro e a Resolução 332/2020 do CNJ." *Revista Jurídica Cesumar*, v. 23, n. 2, p. 275-288, 2023, p. 282.

estão utilizando a IA, com 53 tribunais desenvolvendo soluções com base nessa tecnologia. Na pesquisa anterior, apenas 32 órgãos haviam declarado ter projetos relacionados à inteligência artificial. O estudo também destaca que mesmo os tribunais sem iniciativas nessa área, em sua maioria tribunais eleitorais e trabalhistas, já se beneficiam de soluções implementadas por Tribunais Superiores ou por seus respectivos conselhos superiores.

A plataforma Sinapses desempenha um papel fundamental ao possibilitar a padronização e compartilhamento dos modelos de inteligência artificial desenvolvidos nos tribunais. Essa ferramenta oferece recursos para armazenamento, treinamento, auditoria e distribuição dos algoritmos de IA, promovendo a interoperabilidade e o aproveitamento comum desses modelos. Assim, o Sinapses contribui para a eficiência e a uniformidade na aplicação da IA no contexto judicial, facilitando o desenvolvimento e a utilização de soluções inovadoras em todo o sistema judiciário brasileiro. Foi oficializada, como parte integrante do PDPJ-Br, em agosto de 2020, através da Resolução n. 332/2020.

As disposições contidas nos artigos 10, 11 e 12 da Resolução buscam promover a transparência e o compartilhamento de conhecimento entre os órgãos do Poder Judiciário em relação ao uso e desenvolvimento de sistemas de inteligência artificial. O artigo 10 estabelece a obrigação de informar ao Conselho Nacional de Justiça sobre todas as etapas relacionadas à IA, desde a pesquisa até a implementação, com o intuito de garantir a prestação de contas e o acompanhamento dos resultados alcançados. Por sua vez, o artigo 11 determina que o CNJ divulgue publicamente os modelos de IA desenvolvidos pelos tribunais, promovendo a transparência e facilitando o acesso à informação para todos os interessados. Já o artigo 12 visa facilitar a interoperabilidade entre os sistemas de IA, ao estabelecer a necessidade de uma interface de programação de aplicativos (API) padronizada, o que permite a integração e utilização desses modelos por outros sistemas. Essas medidas visam garantir uma maior comunicação e colaboração entre os tribunais, contribuindo para o avanço e aprimoramento das iniciativas de IA no âmbito do Judiciário brasileiro.

Dessa forma, a Resolução n. 332/2020, ao estabelecer a plataforma Sinapses e a responsabilidade pela continuidade dos projetos de inteligência artificial, estabelece mecanismos concretos de accountability²⁹. Isso visa evitar problemas semelhantes aos enfrentados na criação e implementação de sistemas de processos eletrônicos, bem como evitar o desperdício de recursos públicos causado pelo abandono ou interrupção de projetos de IA e pela duplicação de modelos já existentes devido a mudanças na gestão dos tribunais.

Dados de junho de 2023 apontam que a Plataforma Sinapses abriga cento e cinquenta modelos ativos de Inteligência Artificial (IA), desenvolvidos por 29 tribunais e conselhos. Através do Programa Justiça 4.0, em colaboração com o PNUD, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem aprimorado a estrutura do Sinapses, transformando-o em um catálogo avançado e plataforma eficiente para o treinamento e utilização de modelos de IA pelos órgãos judiciais.

Para que o Sinapses funcione de forma integrada entre os tribunais, foi necessário o desenvolvimento de uma outra ferramenta, chamada de Codex. Esse mecanismo virtual é responsável por capturar e processar dados automaticamente, alimentando a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário (DataJud) e transformando decisões judiciais, petições e outros documentos do processo em texto puro, pronto para subsidiar modelos de inteligência artificial. Ao atuar como uma espécie de robô atualizador do DataJud, o sistema se servirá como um grande

²⁹ MURTA, J. C.; RODRIGUES, M. V. J. "A Plataforma Sinapses e a Continuidade dos Modelos de IA no Poder Judiciário." en: *Inteligência Artificial e Aplicabilidade Prática no Direito* (Araújo, V. S. de, & Gomes, M. L. coord.). Organização: Canen, D. CNJ, 2022, p. 181.

data lake³⁰.

A plataforma foi criada pelo Tribunal de Justiça de Rondônia em parceria com o Conselho Nacional de Justiça e fez com que, desde março de 2022, todos os dados de processos judiciais eletrônicos em tramitação estejam presentes na ferramenta, alcançando, em junho de 2023 144 milhões de processos judiciais armazenados no repositório central do órgão. De acordo com o monitoramento do Justiça 4.0, 92 tribunais brasileiros e Conselhos — o que representa 99% do Judiciário — possuem, pelo menos, uma fonte de dados integrada ao Codex.

Tais dados podem ser utilizados em diversos cenários, como em modelos de inteligência artificial, na condução de pesquisas inteligentes, na automação da geração de dados estatísticos e na produção de painéis e relatórios de inteligência de negócios (business intelligence).

5. Conclusões

O conceito de interoperabilidade, em resumo, expressa a necessidade de sistemas serem integrados, intuitivos, de fácil manuseio e capazes de proporcionar uma comunicação eficiente com outros sistemas que estejam logicamente conectados em um determinado fluxo de trabalho ou em uma linha de produção.

Com frequência, ouve-se relatos de advogados que enfrentam dificuldades para acessar sistemas processuais em diferentes estados da federação, pois são completamente distintos. A PDPJ-Br representa a solução para, enfim, integrar em breve as funcionalidades de diversos sistemas públicos, padronizar, em longo prazo, o uso do PJe como solução nacional e, sobretudo, inibir o uso de sistemas custosos pelos tribunais que ainda persistem em fazê-lo³¹.

Essa abordagem possibilita um avanço na implementação da inteligência artificial e de sistemas de automação, visando promover uma redução na taxa de congestionamento dos processos e uma melhoria significativa na qualidade dos serviços prestados pelo Poder Judiciário. Em essência, a plataforma funcionará como um marketplace do Judiciário, abrangendo diversos módulos e funcionalidades essenciais para a modernização e eficiência do sistema.

Pontos cruciais destacados pela Resolução que instituiu a plataforma incluem a proibição da contratação de sistemas privados em um futuro a ser determinado, reforçando a tradição de não dependência tecnológica estabelecida pelo Conselho Nacional de Justiça. Reconhece-se que os sistemas públicos desenvolvidos internamente pelos tribunais são válidos e não estão totalmente em desconformidade com a política pública de consolidação da Plataforma Digital, desde que novos desenvolvimentos sigam o modelo da nova ferramenta.

A Resolução também estabelece que a plataforma tecnológica de processo judicial é considerada uma política pública. Segundo Secchi, Coelho e Pires³², de maneira conceitual, uma política pública é descrita como uma diretriz elaborada com o propósito de enfrentar um desafio de interesse coletivo. Elas são concebidas para promover o bem-estar coletivo, solucionar dilemas sociais complexos e obter resultados positivos em várias áreas, como educação, saúde, segurança, meio ambiente, entre outras.

A PDPJ atende plenamente aos requisitos apresentados, sendo considerada também uma política pública, contemplando um conjunto de medidas concretas para conferir celeridade ao processo judicial e ampliar o acesso à jurisdição.

Além disso, prevê alocações específicas de recursos, como exemplificado pela designação específica de elementos de despesa relacionados à informatização do

³⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ); PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). *Relatório final gestão Ministro Luiz Fux: programa Justiça 4.0*. Brasília: CNJ, 2022, p. 38.

³¹ GABRIEL, A. de P.; ABREU, A. L. de; PORTO, F. R. "Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro: a ponte para Justiça 4.0." *Revista CNJ*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 12–30, 2021, p. 22.

³² SECCHI, L.; COELHO, F. S.; PIRES, V. *Políticas Públicas: conceitos, casos práticos, questões de concursos*. São Paulo: Cengage, 2019, p. 2.

processo judicial, integrando-se a um "quadro geral de ação" junto com outras medidas para alcançar esses objetivos, com metas definidas em atos normativos (Gabriel; Abreu; Porto, 2021, p. 25).³³

Assim, fica claro que a Plataforma Digital do Poder Judiciário está destinada a ser um catalisador e guia para a transformação digital no sistema judicial brasileiro. Para atingir esse objetivo, é essencial que todos os tribunais se envolvam na compreensão dos princípios fundamentais dessa política e se comprometam com sua implementação a longo prazo. Isso inclui não apenas participar ativamente na governança dos serviços disponibilizados pela plataforma, mas também gerenciar as atividades de desenvolvimento e garantir a sustentabilidade financeira dos custos associados a ela³⁴.

A adoção da inteligência artificial (IA) no sistema judiciário brasileiro representa uma revolução paradigmática, marcada por avanços significativos e desafios complexos. Sob a égide do Conselho Nacional de Justiça, o Programa Justiça 4.0 tem sido o principal propulsor dessa transformação, buscando modernizar e otimizar os processos judiciais por meio da aplicação de tecnologias emergentes.

É importante ressaltar que nossa abordagem não visa encontrar meios de substituir a função do julgador como intérprete das leis, nem negligenciar a cautela necessária na análise de casos individuais. Pelo contrário, busca-se aprimorar as atividades judiciais por meio da utilização de mecanismos econômicos de medição e consulta, sem desconsiderar a dimensão humana e interpretativa inerente ao exercício do direito³⁵.

Uma das aplicações mais promissoras é a utilização de algoritmos para identificar padrões em grandes volumes de dados processuais, auxiliando juízes na tomada de decisões mais informadas e ágeis. Além disso, sistemas de IA podem ser empregados na triagem de processos, na análise de petições e na gestão de precedentes judiciais, contribuindo para reduzir o tempo de tramitação dos casos e aumentar a eficiência do sistema.

No Brasil, a IA tem sido desenvolvida em diversas frentes. Um dos marcos iniciais foi o estudo realizado, fruto de uma parceria entre CNJ, Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS-Rio) e a Universidade de Columbia, que elaborou uma estrutura de governança colaborativa para integrar as iniciativas de IA no Poder Judiciário brasileiro, que posteriormente desaguou em todas as iniciativas do Programa Justiça 4.0.

O documento apresenta alguns objetivos³⁶. Um dos principais é estabelecer um panorama abrangente que permita mapear e categorizar as diversas ferramentas de IA já existentes no sistema judiciário, possibilitando um estudo comparativo e a criação de um modelo de integração e padronização dessas tecnologias. Além disso, há a intenção de projetar uma estrutura de governança colaborativa que viabilize uma maior cooperação e colaboração entre os diferentes setores do Judiciário, especialmente alinhada com o Processo Judicial Eletrônico (PJe) e suas ferramentas complementares.

O Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução nº 332, de 2020, que trata sobre "a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário, e dá outras providências." O mencionado ato normativo foi fundamentado em cinco princípios essenciais delineados na "Carta

³³ GABRIEL, A. de P.; ABREU, A. L. de; PORTO, F. R. "Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro: a ponte para Justiça 4.0." *Revista CNJ*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 12-30, 2021, p. 25.

³⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números 2023*. Brasília: CNJ, 2023, p. 16.

³⁵ ANDRADE, M. D.; ROSA, B. de C.; PINTO, E. R. G. de C. "Legal tech: analytics, Inteligência artificial e as novas perspectivas para a prática da advocacia privada." *Revista Direito GV*, vol. 16, n. 1, São Paulo, mar. 2020, p. 3-4.

³⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ); INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO (ITS-Rio); COLUMBIA UNIVERSITY - SCHOOL OF INTERNATIONAL AND PUBLIC AFFAIRS (SIPA). *O Futuro da IA no Sistema Judiciário Brasileiro*, 2020, p. 8.

Ética Europeia sobre o uso da Inteligência Artificial nos Sistemas Judiciais e seu Ambiente" da Comissão Europeia para Eficiência da Justiça (CEPEJ) do Conselho da Europa, e na "Recomendação do Conselho sobre Inteligência Artificial" da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Com essa medida, o CNJ busca incorporar algoritmos e processos envolvendo Machine Learning na prestação jurisdicional, visando a celeridade e a economia processual, desde que dentro dos limites legais e em conformidade com os direitos fundamentais.

Fornasier, Silva e Schwede³⁷ fazem pertinentes comentários sobre a referida resolução. A Resolução estabelece seus objetivos no Capítulo I, onde o artigo 2º destaca o propósito das ferramentas de inteligência artificial no âmbito judiciário, visando não apenas o bem-estar das partes envolvidas, mas também uma prestação jurisdicional mais justa, ao mesmo tempo em que busca facilitar os processos necessários para alcançar tais metas. No subsequente artigo 3º, são apresentadas definições básicas sobre IA, como Algoritmo e Modelo de IA, além de diferenciar os diferentes tipos de usuários, tanto internos quanto externos, o que contribui para uma melhor compreensão dos sistemas inteligentes.

Já no Capítulo II, compreendido entre os artigos 4º e 6º, destaca-se a importância do respeito aos direitos fundamentais, exigindo que a utilização das ferramentas de IA esteja em conformidade com esses direitos, sejam eles previstos em tratados ou protegidos constitucionalmente. No capítulo III, explorado no artigo 7º e seus parágrafos, ressalta-se a necessidade de não discriminação por parte das Inteligências Artificiais, enquanto o capítulo IV aborda a relevância da publicidade e transparência.

Seguindo adiante, o capítulo V discute sobre governança e qualidade, o VI versa sobre segurança, e o VII aborda o controle do usuário. O capítulo VIII abrange pesquisa, desenvolvimento e implantação de serviços de IA, enquanto o IX trata da prestação de contas e responsabilização em casos de condutas inadequadas dos algoritmos. Por fim, o capítulo X estabelece que as disposições da resolução aplicam-se tanto a projetos de IA em desenvolvimento quanto aos já em uso, garantindo uma abrangência normativa para todas as etapas do processo.

De acordo com levantamento do Conselho Nacional de Justiça, divulgado pelo presidente Luiz Fux em 14 de junho 2022, o Poder Judiciário registrou um notável aumento no número de projetos de inteligência artificial em 2022 (desde a institucionalização do Programa Justiça 4.0). Segundo a pesquisa, foram identificados 111 projetos em desenvolvimento ou já implementados nos tribunais, representando um aumento de 171% em relação ao ano anterior, quando apenas 41 iniciativas foram relatadas.

Além disso, houve um crescimento significativo no número de órgãos que estão utilizando a IA, com 53 tribunais desenvolvendo soluções com base nessa tecnologia. Na pesquisa anterior, apenas 32 órgãos haviam declarado ter projetos relacionados à inteligência artificial. O estudo também destaca que mesmo os tribunais sem iniciativas nessa área, em sua maioria tribunais eleitorais e trabalhistas, já se beneficiam de soluções implementadas por Tribunais Superiores ou por seus respectivos conselhos superiores.

A plataforma Sinapses desempenha um papel fundamental ao possibilitar a padronização e compartilhamento dos modelos de inteligência artificial desenvolvidos nos tribunais. Essa ferramenta oferece recursos para armazenamento, treinamento, auditoria e distribuição dos algoritmos de IA, promovendo a interoperabilidade e o aproveitamento comum desses modelos. Assim, o Sinapses contribui para a eficiência e a uniformidade na aplicação da IA no contexto judicial, facilitando o desenvolvimento e a utilização de soluções inovadoras em todo o sistema judiciário brasileiro. Foi oficializada, como parte

³⁷ FORNASIER, M. de O.; SILVA, F. V. da; SCHWEDE, M. A. "A utilização de ferramentas de inteligência artificial no judiciário brasileiro e a Resolução 332/2020 do CNJ." *Revista Jurídica Cesumar*, v. 23, n. 2, p. 275-288, 2023, p. 282.

integrante do PDPJ-Br, em agosto de 2020, através da Resolução n. 332/2020.

As disposições contidas nos artigos 10, 11 e 12 da Resolução buscam promover a transparência e o compartilhamento de conhecimento entre os órgãos do Poder Judiciário em relação ao uso e desenvolvimento de sistemas de inteligência artificial. O artigo 10 estabelece a obrigação de informar ao Conselho Nacional de Justiça sobre todas as etapas relacionadas à IA, desde a pesquisa até a implementação, com o intuito de garantir a prestação de contas e o acompanhamento dos resultados alcançados. Por sua vez, o artigo 11 determina que o CNJ divulgue publicamente os modelos de IA desenvolvidos pelos tribunais, promovendo a transparência e facilitando o acesso à informação para todos os interessados. Já o artigo 12 visa facilitar a interoperabilidade entre os sistemas de IA, ao estabelecer a necessidade de uma interface de programação de aplicativos (API) padronizada, o que permite a integração e utilização desses modelos por outros sistemas. Essas medidas visam garantir uma maior comunicação e colaboração entre os tribunais, contribuindo para o avanço e aprimoramento das iniciativas de IA no âmbito do Judiciário brasileiro.

Dessa forma, a Resolução n. 332/2020, ao estabelecer a plataforma Sinapses e a responsabilidade pela continuidade dos projetos de inteligência artificial, estabelece mecanismos concretos de accountability. Isso visa evitar problemas semelhantes aos enfrentados na criação e implementação de sistemas de processos eletrônicos, bem como evitar o desperdício de recursos públicos causado pelo abandono ou interrupção de projetos de IA e pela duplicação de modelos já existentes devido a mudanças na gestão dos tribunais.

Dados de junho de 2023 apontam que a Plataforma Sinapses abriga cento e cinquenta modelos ativos de Inteligência Artificial (IA), desenvolvidos por 29 tribunais e conselhos. Através do Programa Justiça 4.0, em colaboração com o PNUD, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem aprimorado a estrutura do Sinapses, transformando-o em um catálogo avançado e plataforma eficiente para o treinamento e utilização de modelos de IA pelos órgãos judiciais.

Para que o Sinapses funcione de forma integrada entre os tribunais, foi necessário o desenvolvimento de uma outra ferramenta, chamada de Codex. Esse mecanismo virtual é responsável por capturar e processar dados automaticamente, alimentando a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário (DataJud) e transformando decisões judiciais, petições e outros documentos do processo em texto puro, pronto para subsidiar modelos de inteligência artificial. Ao atuar como uma espécie de robô atualizador do DataJud, o sistema se servirá como um grande data lake.

A plataforma foi criada pelo Tribunal de Justiça de Rondônia em parceria com o Conselho Nacional de Justiça e fez com que, desde março de 2022, todos os dados de processos judiciais eletrônicos em tramitação estejam presentes na ferramenta, alcançando, em junho de 2023 144 milhões de processos judiciais armazenados no repositório central do órgão. De acordo com o monitoramento do Justiça 4.0, 92 tribunais brasileiros e Conselhos — o que representa 99% do Judiciário — possuem, pelo menos, uma fonte de dados integrada ao Codex.

Tais dados podem ser utilizados em diversos cenários, como em modelos de inteligência artificial, na condução de pesquisas inteligentes, na automação da geração de dados estatísticos e na produção de painéis e relatórios de inteligência de negócios (business intelligence).

Referências

- ANDRADE, M. D.; ROSA, B. de C.; PINTO, E. R. G. de C. "Legal tech: analytics, Inteligência artificial e as novas perspectivas para a prática da advocacia privada." *Revista Direito GV*, vol. 16, n. 1, São Paulo, mar. 2020.
- ARAÚJO, V. S. de; GABRIEL, A. de P.; PORTO, F. R. "Justiça 4.0: a Transformação Tecnológica do Poder Judiciário Deflagrada pelo CNJ no Biênio 2020-2022." *Revista Eletrônica Direito Exponencial - DIEX*, v. 1, n. 1, 2022, Edição de

- Lançamento.
- AYÃO, L. F.; MARCONDES, C. H. "O desafio da interoperabilidade e as novas perspectivas para as bibliotecas digitais." *Transinformação*, v. 20, p. 133-148, 2008.
- BECKER, D.; WOLKART, E.; BRÍGIDO, J. "Open Justice!" en: *Litigation 4.0* (Feigelson, B.; Becker, D.; Rodrigues, M. coord.). Ed. 2021. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 2021.
- CASTELLS, M. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges; revisão técnica de Paulo Vaz. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2003.
- CASTELLS, M. "A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política." en: *A Sociedade em Rede: do conhecimento à ação política* (Castells, M.; Cardoso, G. coord.). Belém. Imprensa Nacional, 2005.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números 2023*. Brasília: CNJ, 2023.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ); PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). *Relatório final gestão Ministro Luiz Fux: programa Justiça 4.0*. Brasília: CNJ, 2022.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ); INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO (ITS-Rio); COLUMBIA UNIVERSITY - SCHOOL OF INTERNATIONAL AND PUBLIC AFFAIRS (SIPA). *O Futuro da IA no Sistema Judiciário Brasileiro*, 2020.
- CORVALÁN, J. G.; ZEICHEN, G. S. "Justicia 4.0: el uso de inteligencia artificial para acercar la justicia a los ciudadanos." en: *Justicia Abierta: Aportes para una Agenda en Construcción* (Mercado, G. et al. coord.). 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones SAIJ, 2018.
- COSTA, C.; ENGELMANN, W. E. "Os avanços tecnológicos e a relativização do tempo e do espaço: Impactos no papel do direito e na função do jurista: Impacts on the role of law and function of jurists." *Cadernos de Dereito Actual*, nº 24 (junho), p. 256-277, 2024.
- ELENA, S.; MERCADO, G. "Justicia Abierta en la alianza para el Gobierno Abierto: un camino en expansión." en: *Justicia Abierta: Aportes para una Agenda en Construcción* (Mercado, G. et al. coord.). 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones SAIJ, 2018.
- FARIA, R. M. "Os núcleos de justiça 4.0 como instrumentos de cooperação judiciária para a gestão de demandas repetitivas." *Revista Eletrônica dos Grupos de Estudos da EJEJF*, v. 1, n. 3, 2022.
- FORNASIER, M. de O.; SILVA, F. V. da; SCHWEDE, M. A. "A utilização de ferramentas de inteligência artificial no judiciário brasileiro e a Resolução 332/2020 do CNJ." *Revista Jurídica Cesumar*, v. 23, n. 2, p. 275-288, 2023.
- GABRIEL, A. de P.; ABREU, A. L. de; PORTO, F. R. "Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro: a ponte para Justiça 4.0." *Revista CNJ*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 12-30, 2021.
- GUIMARÃES, P. B. V.; GARCIA, T. "A eficiência como objeto de desenvolvimento." *REJUR - Revista Jurídica da UFERSA*, Mossoró, v. 3, n. 5, p. 21-44, jan./jun. 2019.
- LÉVY, P. *Ciberdemocracia*. Lisboa: Editora Instituto Piaget, 2002.
- MURTA, J. C.; RODRIGUES, M. V. J. "A Plataforma Sinapses e a Continuidade dos Modelos de IA no Poder Judiciário." en: *Inteligência Artificial e Aplicabilidade Prática no Direito* (Araújo, V. S. de, & Gomes, M. L. coord.). Organização: Canen, D. CNJ, 2022.
- PEREIRA, A.; DE OLIVEIRA SIMONETTO, E. "Indústria 4.0: conceitos e perspectivas para o Brasil." *Revista da Universidade Vale do Rio Verde*, v. 16, n. 1, 2018.
- SCHWAB, K. "La Cuarta Revolución Industrial." *Futuro Hoy*, vol. 1, nro. 1, pp. 6-10. Fondo Editorial de la Sociedad Secular Humanista del Perú, 2020. doi: 10.5281/zenodo.4299164.
- SECCHI, L.; COELHO, F. S.; PIRES, V. *Políticas Públicas: conceitos, casos práticos*,

questões de concursos. São Paulo: Cengage, 2019.

TORRES, F. B.; BECKER, D. "Do Open Data ao Open Justice: Como e Por Que Promover a Abertura de Dados no Poder Judiciário." en: *Open Justice na Era da Hiperconectividade* (Lemos, R.; Marques, D. coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 25. Núm. Extraordinario (2024), pp. 402-416
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Acesso à justiça digital e a política judiciária brasileira de tratamento adequado dos conflitos: contornos e atribuição de sentido à luz da teoria hermenêutica constitucional de Peter Härbele

Access to Digital Justice and Brazilian's Alternative Disputes Resolutions judicial policy: Contexts and meanings by Peter Härbele's Constitutional Hermeneutic Theory

Luciano Athayde Chaves¹

Ressú Ferreira Pires²

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Sumário: 1. Introdução. 2. O acesso à justiça digital pela perspectiva da teoria da Hermenêutica constitucional de Peter Härbele 3. A modernização do Poder Judiciário brasileiro e a governança judicial 4. A política judiciária de resolução de conflitos e o programa "Justiça 4.0". 5. Considerações finais. Referências

Resumo: As novas tecnologias advindas da 4ª revolução industrial foram incorporadas ao sistema de justiça, rompendo paradigmas e trazendo novas problemáticas que implicam em uma reinterpretação do direito fundamental ao acesso à justiça à luz da hermenêutica constitucional de Peter Härbele. Diante deste cenário a presente pesquisa possui como objetivo geral analisar o direito fundamental ao acesso à justiça digital pela perspectiva da teoria Hermenêutica Constitucional de Peter Härbele, enquanto os objetivos específicos são: descrever o contexto da modernização do Poder Judiciário brasileiro, identificar as políticas judiciárias para implementação do programa justiça 4.0 e compreender os seus reflexos na Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos. A metodologia utilizada foi de natureza qualitativa, na qual foram empregadas técnicas de pesquisa documental e bibliográfica. A pesquisa permite concluir que, para

¹ Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2019). Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (1998). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal da Paraíba (1992). Professor do Departamento de Direito Processual e Propedêutica da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Docente permanente do Programa de Mestrado em Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Líder do Grupo de Pesquisa Administração, Governo e Políticas Públicas do Poder Judiciário. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

² Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Negociação, Conciliação, Mediação e Arbitragem pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2022), Especialista em Direito Administrativo pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (2018), Bacharela em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (2016). Membro do grupo de pesquisa Administração, Governo e Políticas Públicas do Poder Judiciário.

a concretização do direito fundamental ao acesso à justiça digital, em harmonia com os preceitos constitucionais de uma sociedade cada vez mais plural, faz-se necessário um esforço institucional para a democratização do processo de tratamento adequado de conflitos por intermédio de políticas judiciais que contemple questões de ordem tecnológica, social e de organização da justiça de modo a proporcionar espaços de diálogo e promoção da cidadania.

Palavras chave: Acesso à justiça digital. Métodos autocompositivos. Política judiciária. Hermenêutica Constitucional Peter Härbele.

Abstract: The emergence of Industry 4.0 and its effects on legal procedures and court organization significantly influence the interpretation of the fundamental right of access to justice. Given this scenario, the nature of legal disputes has changed, and new challenges have emerged in ensuring effective access to justice. This study aims to analyze the fundamental right of access to digital justice from the perspective of Peter Härbele's constitutional hermeneutics theory. The methodology used was qualitative, using documentary and bibliographic research techniques. To sum up, to achieve access to digital justice, through Peter Haberle's Theory of constitutional hermeneutics, it is necessary to build a more responsive system that not only resolves conflicts but also empowers citizens to actively participate in their own legal processes.

Keywords: Access to digital justice. Alternative Disputes Resolutions. Judicial Policy. Constitutional Hermeneutics Peter Härbele.

1. Introdução

O pluralismo jurídico³ é a marca de um mundo globalizado⁴, resultado de um acelerado processo de integração política, econômica e social internacional em que os Estados Nacionais coexistem com Organismos Internacionais, Empresas Multinacionais, Organizações Não Governamentais (ONGS) entre outros sujeitos coletivos⁵ que criam fontes de Direito não-estatais e mecanismo alternativos de resolução de disputas, rompendo com a concepção do Direito ao Acesso à Justiça como acesso ao Poder Judiciário⁶.

Dentre essas novas formas de resolução de conflitos, destacam-se a conciliação, a mediação e a arbitragem, constituindo-se como espaços públicos que possibilitam o

³HESPANHA, A. M. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*. São Paulo: Annablume, 2013.

⁴Os autores adotaram a perspectiva da globalização em detrimento da mundialização, uma vez que esta possui uma abordagem mais econômica, podendo ser sintetizada como "um novo padrão de acumulação flexível sendo caracterizado, por setores da produção inteiramente renovados, por diferentes maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados e, sobretudo, por taxas altamente intensificadas de inovações comercial, tecnológica e de organização, sendo marcada, portanto, por um confronto com a rigidez do 'fordismo' ". HARVEY, D. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2004.p.143

⁵Os sujeitos coletivos criadores de direitos extraoficiais devem ser compreendidos como aqueles sujeitos coletivos transformadores, advindos de diversos estratos sociais e integrantes de uma prática política cotidiana com certo grau de 'institucionalização', imbuídos de princípios valorativos comuns e objetivando a realização de necessidades humanas fundamentais". WOLKMER, A. C. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3ª ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001, p.122.

⁶WATANABE, K. "Acesso à Justiça e Sociedade Moderna", In: DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *Participação e Processo*, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

exercício de uma participação democrática de reconhecimento e afirmação de Direitos⁷. A mediação, em especial, inaugura um novo paradigma processual na transmodernidade jurídica, proporcionando procedimentos e estratégias orientados por uma ética pedagógica da alteridade de forte caráter emancipatório⁸.

As mudanças disruptivas no sistema de produção provenientes da globalização alcançou a quarta fase no início do século XXI, com fundamento na revolução digital, podendo ser caracterizada por uma integração das tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos⁹, provocando ainda mais transformações no tecido social e consequentemente no Direito exigindo uma nova dinâmica de interpretação do Direito Fundamental do Acesso à Justiça em harmonia com os preceitos constitucionais de uma sociedade plural.

Nesse sentido, o método hermenêutico constitucional de Peter Häberle apresenta a constituição como um processo público inacabado na medida em que a participação da coletividade junto aos intérpretes institucionais valora e adequa o complexo normativo à realidade social, conferindo dinamismo e equilíbrio a dupla dimensão dos direitos fundamentais, a saber subjetivo-individual e objetivo-institucional¹⁰, utilizando-se do modelo do pensamento das possibilidades como técnica de interpretação bem como o exercício das liberdades, democracia e tolerância¹¹.

Diante deste cenário, a presente pesquisa tem como objetivo geral analisar o direito fundamental ao acesso à justiça digital pela perspectiva da teoria Hermenêutica Constitucional de Peter Häberle, enquanto os objetivos específicos são: descrever o contexto da modernização do Poder Judiciário, identificar as políticas judiciais para implementação do programa justiça 4.0 e compreender os seus reflexos na Política Judiciária de Resolução Adequada de Conflitos.

A estrutura deste artigo divide-se em três seções. Na primeira seção discute-se o Direito ao Acesso à Justiça Digital pela perspectiva da teoria hermenêutica de Peter Häberle, já na segunda seção é abordado a modernização do Poder Judiciário brasileiro e a governança judicial, enquanto na terceira seção debate-se o programa da Justiça 4.0 e a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos. Por fim, a metodologia utilizada foi de natureza qualitativa, na qual foram empregadas técnicas de pesquisa documental e bibliográfica¹².

2. O acesso à justiça digital pela perspectiva da teoria da Hermenêutica constitucional de Peter Häberle.

Para melhor compreender a teoria hermenêutica constitucional de Peter Häberle, é pertinente explicar brevemente a mudança do padrão de interpretação do Direito, que possuía uma concepção de jaez europeia no qual considerava que a constituição era uma norma que detinha os fundamentos do Estado de Direito, dispondo como conteúdo os direitos humanos e a separação dos poderes como forma de racionalização do processo político e limitação do poder estabelecido de aspiração universal, apoiado no paradigma positivista estruturado num sistema jurídico de modelo das regras¹³.

⁷WARAT, L. A. *A Rua Grita Dionísio! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia*. Tradução e organização de Vivian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcellino Jr. e Alexandre Moraes da Rosa. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

⁸WOLKMER, A. C. "Pluralismo Jurídico, direitos humanos e interculturalidade". Revista Sequência, n. 53, dezembro de 2006, p.118.

⁹SCHWAB, K. *A quarta revolução Industrial*. Tradução: Daniel Moreira Miranda. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2019.

¹⁰HÄBERLE, P. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2003.

¹¹MENDES, G. F. "A influência de Peter Häberle no Constitucionalismo Brasileiro". REI - Revista Estudos Institucionais, [S. l.], v. 2, nº 1, p. 30-56, 2016.

¹²GIL, A. C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. São Paulo: Atlas, 2008.

¹³BARACHO, J. A. O. "Teoria da Constituição". Revista de informação legislativa, v. 15, nº58, p. 27-54, abr./jun. 1978.p.27-32.

Tal modelo¹⁴ corresponde a um sistema jurídico de regras que guardam relações lógicas entre si e os seus conflitos resolvem-se pela exclusão de uma das duas regras, não sendo admitido o cumprimento simultâneo. Neste modelo “criar normas” e “aplicar normas” são operações conceitualmente opostas, no qual criar normas é considerado uma atividade basicamente política, enquanto aplicar normas é uma atividade fundamentalmente técnica e estritamente jurídica. A linguagem das normas é prescritiva e, consequentemente, não tem valor de verdade.

A revolução americana e a construção de uma nova forma de organização do Estado através de um pacto federativo para a criação de um governo central trouxe uma nova ideia de constituição¹⁵ que além de ser um documento composto de princípios liberais e delimitação do exercício do poder político, assume também posição hierárquica superior na ordem jurídica, com a atribuição ao Poder Judiciário da função de garantidor de sua aplicação.

O fim da segunda guerra mundial¹⁶, à crise do Estado Social¹⁷ e o surgimento da globalização foram eventos históricos que forjaram o conceito de constitucionalismo contemporâneo que está alicerçado no paradigma pós-positivista no qual a estrutura do sistema jurídico tem como base os princípios que dão sentido às regras, que além de ter consistência normativa deve manter a coerência valorativa, não havendo uma separação entre raciocínio político ou moral e raciocínio jurídico, pois a lei não é criação *ex novo*, mas desenvolvimento ou concretização de princípios constitucionais.

A consequência mais importante do pós-positivismo jurídico¹⁸ consiste no deslocamento do protagonismo do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, sendo necessário à sua fiscalização através de elementos de objetividade para justificação de suas sentenças, no qual a teoria da argumentação jurídica ocupa função indispensável para a legitimação do discurso jurídico e político, uma vez que permite definir um espectro de soluções constitucionalmente possíveis, além de estabelecer prioridades entre elas.

Assim, a mudança do paradigma positivista de interpretação do Direito para o constitucionalista ensejou alterações na teoria da hermenêutica constitucional¹⁹ não só no tocante aos objetivos e métodos como também em relação aos intérpretes, que antes era vinculado ao modelo de uma sociedade fechada, no qual os únicos aptos a realizar a interpretação constitucional eram os juízes mediante procedimentos formais e agora,

¹⁴REGLA, J. A. “Do Império da Lei ao Estado Constitucional; Dois paradigmas jurídicos em poucas palavras”. In *Argumentação e Estado Constitucional*, Coord. Eduardo Ribeiro, Ícone, São Paulo/SP, 2012.p. 17-28.

¹⁵FIORAVANTI, M. *Los derechos Fundamentales: Apuntes de historia de las constituciones*. Tradução Manuel Martínez Neira.Editorial Trotta. Primeira Reimpressão. 2020.p.111.

¹⁶Após a Segunda Guerra Mundial, restaram apenas duas superpotências: os Estados Unidos e a União Soviética(...) com a queda do muro de Berlim o mundo passou a ser multipolar. Vários grandes países (Brasil, Rússia, Índia, China, África do Sul) fizeram alianças à margem das potências tradicionais e os países ricos do Norte não podem por si sós resolver grandes problemas mundiais”. FERREIRA, Z. O. “O mundo pós-queda do muro de Berlim”. *Revista Informe Econômico (UFPI)*. v. 33 nº3, 17 de dezembro de 2014.p.42-46.

¹⁷“A crise do Estado social não pode ser concebida como um fenômeno isolado, devendo ser analisada sob uma perspectiva mais ampla, no qual as instituições e os valores da sociedade pós-moderna se transformaram de tal modo que parecem conduzir a uma construção de um novo modelo de organização social”. CHEVALLIER, J. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.p.16.

¹⁸GARCIA FIGUEROA, A. “A teoria do Direito em tempos de constitucionalismo”. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, p. 77-97, out./dez. 2007.p.79.

¹⁹REGLA, J. A. “Do Império da Lei ao Estado Constitucional; Dois paradigmas jurídicos em poucas palavras”. In *Argumentação e Estado Constitucional*, Coord. Eduardo Ribeiro, Ícone, São Paulo/SP, 2012. 17-28.

conforme apregoa Häberle, o destinatário da norma ou qualquer pessoa que vive a realidade constitucional acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la²⁰.

Dessa maneira, tem-se que o processo de interpretação constitucional não é mais monopólio estatal e este alargamento dos intérpretes da constituição reclama uma legitimação das interpretações de seus intérpretes não oficiais para evitar uma fragmentação da unidade interpretativa da constituição.

Nesse sentido, segundo Häberle²¹, a interpretação da constituição pode ser compreendida como um processo aberto no qual a norma é integrada à realidade, ou seja, tem uma dimensão subjetivo-individual e objetivo-institucional que deve refletir a realidade social. Logo, a unidade interpretativa da Constituição só ocorre quando as funções dos diferentes intérpretes são conjugadas e harmonizadas no processo interpretativo através da técnica do pensamento da possibilidade²².

A referida técnica de interpretação contribui para a formação de um Poder Judiciário democrático²³, na medida em que dá voz institucional a pluralidade social. Essa construção da legitimidade interna do Poder Judiciário é muito importante para a credibilidade da instituição junto a sociedade²⁴, uma vez que o Poder Judiciário não conta nem com a força da espada nem com o poder do dinheiro para se impor²⁵.

Desse modo, a democracia revela-se como o elemento legitimador da interpretação constitucional, enquanto a cidadania é o sustentáculo desse processo hermenêutico descrito por Häberle. Isto posto, para a realização de uma interpretação constitucional do Direito ao Acesso à Justiça Digital é necessário observar o seu conteúdo teórico e a realidade social no qual está inserido.

O Direito ao Acesso à justiça Digital é objeto de estudo do projeto *Global Access to Justice*²⁶, o qual busca ampliar as discussões sobre as ondas renovatórias de acesso à justiça trazidas por Cappelletti e Garth, tanto do ponto de vista geográfico como temporal, sem contudo alterar sua compreensão clássica²⁷ de que o direito fundamental ao acesso à justiça é uma garantia de um sistema de justiça acessível igualmente para todos com resultados individuais e socialmente justos.

²⁰HÄBERLE, P. *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos interpretes da constituição :contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Trad. Gilmar Mendes Ferreira. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre 1997, reimpressão 2002, p.13.

²¹HÄBERLE, P. *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos interpretes da constituição :contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Trad. Gilmar Mendes Ferreira. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre 1997, reimpressão 2002, p.33-35.

²²O pensamento de possibilidades é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento de possibilidades é pensamento indagativo (*fragendes Denken*). Na *res publica* existe um *ethos* jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento de possibilidades ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para "novas" realidades, para o fato de que a realidade de hoje poder corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor". HÄBERLE, P. "Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft.Königstein: Athenäum", 1980, p. 3 apud MENDES, G. F. "A influência de Peter Häberle no Constitucionalismo Brasileiro". *REI - Revista Estudos Institucionais*, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 30-56, 2016.

²³GÓES, R.T. *Democracia deliberativa e jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas*. Curitiba/PR, Juruá, 2013.

²⁴GAROUPA, N.; GINSBURG, T. *Judicial Reputation: a comparative theory*. 1. ed. Chicago.Londres: The University of Chicago Press, 2015.

²⁵HAMILTON, A. ; MADISON, J.; JAY, J.; The Federalist Nº 78. The Judiciary Department, Independent Journal. Saturday, June 14, 1788. [Alexander Hamilton].

²⁶PATERSON, A; GARTH, B; ALVES, C.F.; ESTEVES, D.; JUNIOR, E.J. Descortinando o 'Global Access to Justice Project': a nova pesquisa mundial sobre o movimento de acesso à justiça. Jota, 2019.

²⁷CAPPELLETTI, M; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

As ondas renovatórias de acesso à justiça estão intimamente ligadas às próprias transformações do Estado²⁸, com início no Estado Liberal, período em que as pessoas só tinham acesso formal ao Poder Judiciário, em seguida, no Estado Bem-estar social, no qual a concepção do acesso à justiça estava mais comprometida com o aspecto material do que o formal. Atualmente, na fase do Estado procedimental, o acesso a justiça está relacionado aos ideais democráticos, sendo considerado como “Direito de Carneira” cuja denegação acarreta a negação de todos os demais²⁹.

Vale destacar que o Direito Fundamental ao acesso à justiça não se confunde com o acesso ao Poder judiciário, possibilitando aos cidadãos utilizarem instituições governamentais e não governamentais, judiciais e extrajudiciais para a solução de seus conflitos. Apesar dos notórios avanços na percepção do acesso à justiça, a sua plena efetividade é pouco provável de ser alcançada, ao menos em um cenário próximo, tendo em vista que as diferenças entre as partes e os variados graus de vulnerabilidades socioeconômicas de muitos litigantes ou interessados dificilmente são eliminados, ou, neutralizadas, sendo essencial a identificação dos obstáculos que rodeiam tal direito³⁰.

Dito isto, o paradoxo da esfera pública digital³¹ deve ser levado em consideração para compreender melhor os entraves do acesso à justiça digital. Isso porque, os desafios existentes no acesso à justiça analógico foram transferidos para o ambiente digital, ou, até mesmo agravados considerando a existência de desigualdade no acesso à internet, ausência de dispositivos adequados, a complexidade das plataformas digitais, a falta de letramento digital, além de questões relacionadas à segurança e privacidade das informações bem como a falta de interoperabilidade entre os diferentes sistemas judiciais.

Para que seja possível a concretização do acesso à justiça digital pela população brasileira, faz -se necessário a criação de políticas públicas com uma abordagem multifacetada que contemple tanto soluções para as barreiras tecnológicas, como sociais e institucionais. A implementação dessas soluções pode promover um sistema judiciário mais acessível, equitativo e eficiente, garantindo que todos os cidadãos possam exercer seus direitos de forma plena no ambiente digital.

3. A modernização do Poder Judiciário brasileiro e a governança judicial

Neste ponto, é pertinente advertir sobre as dificuldades inerentes ao estudo do modelo institucional do Poder Judiciário brasileiro, uma vez que seu desenho peculiar que remete à imagem de “arquipélago” em razão do modo insular de organização judicial, consequência direta do exercício de autonomias institucionais, como a administrativa. Nesse caso, cada tribunal, e cada juiz, individualmente considerado, exerce suas garantias constitucionais e legais de forma discricionária, ou seja, de acordo com a conveniência e a oportunidade, contribuindo, assim, para a fragmentação do sistema dual de Justiça³².

Tal traço está sendo atenuado pelo surgimento da ideia de governança judicial³³, entendida como um conjunto de políticas, processos, costumes, atitudes, ações

²⁸RODRIGUES SILVA, G. “O movimento mundial de acesso à justiça e os caminhos para a reforma dos sistemas jurídicos”. *Cadernos de Direito Actual*, [S. l.], n. 9, p. 353–370, 2018.

²⁹SANTOS, B. S. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1999.

³⁰GALANTER, M. “Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão”. Tradução: João Eberhardt Francisco, Maria Cecília de Araújo Asperti e Susana Henriques da Costa. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*. Porto Alegre: ABraSD, v. 2, nº 1, p. 37-49, jan./jun., 201

³¹COSTA ASSIS, C. “O paradoxo da esfera pública digital”. *Cadernos de Direito Actual*, [S. l.], nº21, p. 101–129, 2023.

³²CHAVES, L A. *O arquipélago da Justiça: o modelo do governo judicial no Brasil e o controle da magistratura*. 2019. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2019. p. 467-469.

³³AKUTSU, L; GUIMARÃES, T. “Governança judicial: proposta de modelo teórico-metodológico”. *Revista de Administração Pública* [online], [s. l.], v. 49, nº4, p. 937-958, 2015.

comportamentos e decisões necessário ao exercício da justiça, sendo esta orientada pelos princípios da qualidade, eficiência e *accountability*, o que é consubstanciado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão de controle nacional que exerce funções de supervisão e elaboração de políticas públicas, conforme previsão constitucional do art. 103-B, § 4º, inciso I.

A governança judicial marca o ingresso do Poder Judiciário na fase de modernização da gestão pública, sendo propício registrar as palavras de José Afonso da Silva³⁴ acerca da missão institucional do Estado-Juiz, de acordo com os parâmetros constitucionais:

“Se o Poder Judiciário é um dos Poderes do Estado, como enuncia o art. 2º da Constituição, e se o Estado, República Federativa do Brasil, tem como um de seus principais fundamentos construir uma sociedade justa, então não pode mais ele se contentar com a mera solução processual dos conflitos. Cada sentença há que constituir um tijolo nessa construção da sociedade justa. E a Justiça aqui há de ser aquele valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito que nos promete o preâmbulo da Constituição”.

Essa mudança na percepção do papel institucional do Poder Judiciário é refletida na construção de uma nova política judiciária³⁵, estabelecida pela Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, baseada no sistema multiportas³⁶ para solução do conflito. É fruto de uma reestruturação do Direito Administrativo³⁷, que passa por um processo de revisão das estruturas clássicas da disciplina à luz dos preceitos constitucionais e da teoria da constituição, sendo denominado pela doutrina de Novo Administrativismo, constituindo-se como meta e diretriz a ser gradualmente implementada.

Dentro desse contexto de modernização do Poder Judiciário, tem-se a virada tecnológica do direito, que nada mais é que a adoção das tecnologias de informação e comunicação (TIC's) para o aprimoramento da qualidade na prestação jurisdicional, proporcionando transparência, economia e celeridade processual, podendo ser considerado como primeiro marco legal dessa transformação a Lei Federal nº 11.419/06³⁸, que tratou pela primeira vez do tema informatização do processo judicial, sendo posteriormente integrado à ordem jurídico-processual, como se vê no Código de Processo Civil, mais precisamente nos seus arts. 193 a 199; e 236, § 3º.

A implementação do processo eletrônico facilitou a gestão de informações contribuindo para a uniformização de fluxo de trabalho de secretaria e gabinetes, com a finalidade de organizar e racionalizar a prestação jurisdicional³⁹, não ficando restrita

³⁴SILVA, J. A. “Acesso à justiça e cidadania”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº216, p. 9-23, abr./jun. 1999. p. 10.

³⁵“A nova política judiciária trata das complexas interações entre o Direito Processual e a administração da justiça, sendo dividida em três grandes grupos temáticos: o acesso à justiça, a administração da justiça enquanto instituição política e organização profissional, dirigida à produção de serviços especializados; a litigiosidade social e os mecanismos da sua resolução existentes na sociedade” (SANTOS, B. S. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1999. p. 146).

³⁶O sistema multiportas ou tribunal multiportas foi um conceito criado pelo professor de Direito de Harvard, Frank E. A. Sander, que direciona os processos que chegam a um tribunal para os mais adequados métodos de resolução de conflitos, economizando tempo e dinheiro tanto para os tribunais quanto para os participantes ou litigantes. CRESPO, M. H. “Diálogos entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas”. In: ALMEIDA, R. A.; ALMEIDA T.; CRESPO, M. H. (org.). *Tribunal Multiportas: Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. p. 25.

³⁷SIQUEIRA, M. *Interesse público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2016. p. 123.

³⁸BRASIL. *Lei Federal nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006*. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências.

³⁹ABRÃO, C. H. *Processo Eletrônico: processo digital*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

à perspectiva meramente instrumental do uso da tecnologia⁴⁰, isso porque a utilização das tecnologias de automação das funções repetitivas e do emprego da inteligência artificial gera a necessidade de uma releitura de institutos processuais desde o âmbito propedêutico até a própria técnica processual, sem esquecer a criação de novos institutos e de práticas jurídicas inovadoras, como juízos preditivos, design de peças processuais e tomada de decisões automatizadas; além da possibilidade de mudar a ênfase da resolução da disputa para a prevenção do litígio.

A virada tecnológica do Direito pode ser dividida didaticamente em três etapas de emprego da tecnologia⁴¹: a virtualização ou digitalização, a automação e a transformação. Essa divisão por etapas não deve ser interpretada como processo evolutivo da utilização das tecnologias pelo Poder Judiciário, uma vez que elas ocorrem de forma simultânea, não obedecendo a uma rigorosa sucessão linear, sendo guiada puramente por condições materiais (interesses, sobretudo).

A primeira etapa é marcada pelo processo em ambiente totalmente eletrônico. As plataformas digitais do Poder Judiciário ainda não possuem interoperabilidade, em outras palavras, cada tribunal possui sua própria plataforma digital, ainda que muitos compartilhem sistemas semelhantes, como o PJe ou e-PROC, sem que haja comunicação entre os sistemas. Por conseguinte, a mudança do processo do meio físico para o virtual reivindica uma modificação na forma de apresentação da argumentação pelo advogado, que passa a utilizar ferramentas do visual law/legal design. Esse fato proporciona novas possibilidades de produção de provas, incluindo a prova diabólica com base em *blockchain*⁴², *logs*⁴³ e *way back machine*⁴⁴.

Uma questão advinda da ruptura do paradigma do processo físico é a regulamentação das práticas de atos virtuais que devem obediência ao modelo Constitucional de Processo de perfil coparticipativo, sendo indispensáveis a consensualidade e o diálogo, de forma síncrona, entre players do processo. Importante destacar que é a partir da digitalização do processo que se torna possível a mineração de dados, com identificação de principais demandas e gargalos da prestação do serviço jurisdicional capaz de influenciar alterações da arquitetura de escolhas digitais dos tribunais.

A segunda etapa consiste na automação das atividades repetitivas mediante utilização de ferramentas tecnológicas de análise de documentação, classificação de documentos e até mesmo a realização de juízos preditivos, ocupando uma função mais estratégica, com ou sem emprego de inteligência artificial.

Enquanto a terceira etapa, denominada de transformação, faz uso da inteligência artificial por meio de modelos de algoritmos para resolução de problemas simples ou complexos, aplicando o *machine learning*. Nesse caso, o servidor ensina à máquina o

⁴⁰NUNES, D. "Etapas de implementação de tecnologia no processo civil e ODR'S". In: SOARES, C. H.; NUNES, L. S.; ÁVILA, L. A. L. (org.). *Direito em tempos de crise: soluções processuais adequadas para a tutela de direitos coletivos e individuais*. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 520-522.

⁴¹NUNES, D. "Etapas de implementação de tecnologia no processo civil e ODR'S". In: SOARES, C. H.; NUNES, L. S.; ÁVILA, L. A. L. (org.). *Direito em tempos de crise: soluções processuais adequadas para a tutela de direitos coletivos e individuais*. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 527-407.

⁴²A *blockchain* é um livro-razão compartilhado e imutável que facilita o processo de registro de transações e o rastreamento de ativos em uma rede empresarial. Um ativo pode ser tangível (uma casa, um carro, dinheiro, terras) ou intangível (propriedade intelectual, patentes, direitos autorais e criação de marcas). Praticamente qualquer item de valor pode ser rastreado e negociado em uma rede de *blockchain*, o que reduz os riscos e os custos para todos os envolvidos. GUPTA, M. *Blockchain for dummies*. 3ª ed. Hoboken: John Wiley and sons, 2020. p. 13-14.

⁴³Os *logs* digitais dos computadores são como impressões digitais das operações realizadas pelo usuário, capazes de figurar como verdadeiras testemunhas oculares. KENNEALLY, E. "Digital Logs – Proof Matters". *Digital Investigation*, [s. l.], v. 1, p. 94-101, 2004.

⁴⁴*Way back machine* é um banco de dados digital que arquiva conteúdos disponíveis na rede mundial de computadores desde 1996, sendo admitido como meio de prova nos Estados Unidos, no caso *United States v. Gasperini*.

padrão de respostas adequadas, ou ocorre o *deep learning*, que é quando a própria máquina realiza a leitura do documento e a padronização dos dados indicando a solução. A aplicação da inteligência artificial em decisões sensíveis é bastante criticada, pois, apesar de possuir caráter assistencial, o seu alto nível de acurácia induz o ser humano a aceitar sem questionamento o resultado oferecido.

Os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos também participam do movimento da virada tecnológica do Direito, sendo utilizados, na modalidade on-line, os *Online Dispute Resolution* (ODR), de forma pioneira, nos conflitos envolvendo *e-commerce*, a fim de prevenir e resolver os litígios consumeristas advindos das compras e vendas por meio eletrônico, com o objetivo de conquistar a confiança de seus usuários facilitando a comunicação entre empresas e clientes de diferentes países de forma simples, eficaz e de baixo custo ou até mesmo de custo zero.

Nesse processo, o papel da tecnologia não está adstrito ao fornecimento de um ambiente virtual, alcançando também a gestão do procedimento, a partir de diagnóstico de problemas, negociação automatizada baseada em premissas econômicas comportamentais, utilização estratégica de comunicação síncrona e assíncrona, *big data* e inteligência artificial capaz de conduzir os litigantes a uma solução consensual, quando possível⁴⁵. Essa experiência rompeu com o paradigma *face to face* (F2F) na solução de disputas, abrindo um espaço para a construção de uma teoria sobre as interações humanas e o processo de comunicação em ambientes virtuais⁴⁶.

Os desafios para a utilização da ODR estão centrados em alguns aspectos, tais como a desconfiança dos usuários; a necessidade de conhecimento de informática; a aquisição de equipamentos tecnológicos; a boa conexão com a internet; a proteção contra vírus; o treinamento dos facilitadores. Há ainda questões que envolvem identidade dos usuários (anonimato, falsa identidade, dificuldade de entender as diferenças regionais etc.).

É oportuno destacar que a resistência à incorporação da ODR pode ter origem distinta, desde emocional, decorrente da perda parcial/total da linguagem não verbal essencial para o estabelecimento da empatia, até social, como o analfabetismo digital, que evidencia a exclusão de determinados segmentos sociais do processo.

A experiência positiva da ODR é observada não apenas no setor privado como também no setor público⁴⁷, por meio das GovTechs, que podem ser conceituadas como plataformas digitais de serviço público que utilizam das novas tecnologias advindas da indústria 4.0 para melhorar o atendimento ao cidadão ao mesmo tempo em que promove melhorias na políticas pública de diversos setores com larga abrangência na vida dos cidadãos, como por exemplo o aplicativo consumidor.gov que tem um potencial de desjudicializar as demandas envolvendo direito do consumidor, tornando-se um canal público alternativo para solução de problemas de consumo, com interlocução direta entre consumidores e fornecedores com previsão de resposta ao problema do consumidor de até no máximo dez dias.

Outra tecnologia importante para a modernização do Poder Judiciário é o *Dispute System Design* (DSD), que nada mais é do que um conjunto de ferramentas e técnicas para o desenho de estruturas e processos que tem como objetivo prevenir, gerir e resolver fluxos de disputas judiciais. O DSD pode fornecer dados úteis para cada Tribunal ou unidade judiciária individualmente considerada, de maneira personalizada, para o melhor manejo e condução das políticas públicas judiciárias. Essa metodologia é capaz de fornecer uma etiologia dos conflitos não só para identificar gargalos e corrigi-

⁴⁵FORNASIER, M. O.; SCHWEDE, M. A. "As plataformas de solução de litígios online (ODR) e a sua relação com o direito fundamental ao acesso à justiça". *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, n. 1, p. 568-598, jan./abr. 2021.

⁴⁶LIMA, G. V.; FEITOSA, G. R. P. "Online Dispute Resolution (ODR): a solução de conflitos e as novas tecnologias". *Revista do Direito*, [s. l.], v. 3, nº 50, p. 53-70, 2016.

⁴⁷MAIOLINO, I.; TIMM, L. B. "Como as plataformas digitais podem promover a desjudicialização: o caso do consumidor.gov". *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, v. 21, p. 81-93, 2020.

los, como também criar ambientes coparticipativos, contribuindo para a concretização do acesso à justiça no seu sentido substancial, democrático e redistributivo⁴⁸.

4. A política judiciária de resolução de conflitos e o programa justiça 4.0.

O prestígio político e institucional do Poder Judiciário fez surgir um novo campo de pesquisa relacionado a administração da Justiça⁴⁹, tendo em vista a sua relevância para desenvolvimento econômico sustentável na medida em que além de oferecer instrumentos legais e processuais para a proteção da propriedade e garantir o cumprimento dos contratos, pode contribuir para a promoção da justiça social e climática, por meio da concretização dos direitos⁵⁰.

Nesse sentido, o bom desempenho das atividades jurisdicionais tornou-se um diferencial estratégico para o desenvolvimento econômico dos Estados Constitucionais⁵¹, sendo inclusive tema do objetivo 16 - "Paz, Justiça e Instituições eficazes" - para o desenvolvimento sustentável disposto na Agenda 2030 pela Organização das Nações Unidas (ONU).

O compromisso dos países em promover projetos e programas de combate à ineficiência, corrupção, à morosidade, dentre outros problemas estruturais enfrentados pelos tribunais, insere o Poder Judiciário no campo de estudos de políticas públicas para a melhoria do sistema de justiça e a construção de boas práticas de governança judicial⁵².

Esses *standards* internacionais de governança judicial foi institucionalizado pelo Poder Judiciário brasileiro a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que deu início a reforma do sistema de Justiça, com destaque para a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão de cúpula administrativa, que exerce dentre outras funções, a de elaboração de políticas públicas judiciárias de caráter nacional, envolvendo nada menos que noventa tribunais (já que o Supremo Tribunal Federal não está sob sua supervisão), e sob os mais variados temas, objetivos e finalidades, podendo ser definidas como⁵³:

"conjunto de ações formuladas e implementadas pelo Poder Judiciário em sua própria esfera para o aprimoramento de sua atuação e efetivo exercício de suas atribuições. As políticas judiciárias ocorrem a partir da identificação, análise e diagnóstico dos problemas que afetam a função jurisdicional do Estado, podendo abranger, entre outros aspectos: a definição de normas; a articulação de recursos humanos, financeiros e tecnológicos; a fixação de metas, diretrizes e estratégias para o tratamento da litigiosidade; a implementação de soluções e filtros pré-processuais; a modernização da gestão judicial; a coleta sistemática de dados estatísticos; a avaliação permanente do desempenho judicial; a

⁴⁸NUNES, D.; PAOLINELLI, C. "Acesso à justiça e tecnologia: minerando escolhas políticas e customizando novos desenhos para a gestão e solução de disputas no sistema brasileiro de justiça civil". In: YARSHELL, F. L.; COSTA, S. H.; FRANCO, M. V. (Coord.). *Acesso à Justiça, Direito e Sociedade: estudos em homenagem ao Professor Marc Galanter*. São Paulo: Quartier Latin, 2022.p.221-225.

⁴⁹GOMES, A.; GUARIDO, E.; GUIMARÃES, T. A. "Administration of justice: an emerging research field". *RAUSP Management Journal*, v. 53, nº3, p. 476-482, 2018.

⁵⁰GUASTINI, R. "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano". In: CARBONELL, M. *Neoconstitucionalismo(s)*. Editora Trotta, 2009. Madrid.

⁵¹MENDES, G. M. A.; ALVES, F. G. "Desenvolvimento como um Direito Humano e sua relação com a democracia". *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, [S. l.], v. 14, nº3, p. 70-93, 2021.

⁵²GOMES, C. "Administração da Justiça" In STARLING, H.; GUIMARÃES, J.; FILGUEIRAS, F.; BIGNOTTO, N.; AVRITZER, L. Orgs. *Dimensões Políticas da Justiça*. Rio de Janeiro; Civilização Brasileira, 2013.

⁵³DA SILVA, J. A.; FLORÊNCIO, P. A. L. "Políticas Judiciárias no Brasil: o Judiciário como autor de políticas públicas". *Revista do Serviço Público*, [S. l.], v. 62, nº 2, p. p. 119-136, 2014.

efetivação racional do acesso à justiça; e a análise e o estudo de propostas de reformas e modificações processuais para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional”.

A primeira política pública judiciária de caráter nacional elaborada pelo CNJ foi a Resolução nº125/2010 que não só ampliou a visão institucional do Direito ao acesso à justiça como também estabeleceu diretrizes gerais para gestão do acervo processual⁵⁴, além de ter criado os Centros Judiciários de Solução do Conflito e Cidadania (CEJUSC's), que democratizam o acesso à justiça através do fornecimento de uma estrutura institucional gratuita para a população resolver por meio de mecanismos autocompositivos os problemas individuais, coletivos e estruturais existentes tanto na fase pré-processual como judicial.

As críticas proferidas sobre a política judiciária de resolução adequada de conflitos estão relacionadas a excessiva preocupação do CNJ pela quantidade de acordos e não com sua qualidade, situação identificada pela literatura especializada como o fenômeno do “acordos a qualquer custo”, em que a prática jurídica da busca pelo consenso foi cooptada por diretrizes retóricas de eficiência neoliberal, sem ,todavia, obter o êxito pretendido⁵⁵.

A política judiciária brasileira para o tratamento adequado dos conflitos ainda recebe críticas referente a sua execução, notadamente pela falta de habilidade das partes e dos advogados públicos e privados em resolver conflitos de forma consensual bem como a inexistência da carreira de Estado para o mediador judicial⁵⁶, também pode-se acrescentar a ausência de consentimento legítimo e o desequilíbrio do poder existente entre os litigantes habituais, com maior recurso financeiro, tecnológico e influência política em face dos litigantes eventuais, com poucos recursos, dificuldades técnicas e sem nenhuma influência política⁵⁷.

Noutro giro, tem-se que a estipulação de “metas” para a realização de acordos retira o foco da decisão adequada para o conflito, com fundamentos no exercício da autonomia de vontade das partes, direcionando-o à discricionariedade gerencial dos magistrados bem como outras iniciativas criadas para “desafogar” o Poder Judiciário brasileiro por intermédio de técnicas de padronização decisória, julgamento por amostragem e a possibilidade de negociação das regras do procedimento geram barreiras e bloqueios institucionais ao acesso à justiça pelo cidadão, ao argumento de melhorar a administração da justiça para a reduzir as demandas, os custos e os acervos⁵⁸. Em outras palavras, a política pública judiciária deve buscar fomentar o acesso à justiça

⁵⁴A gestão do acervo processual deve ser entendida como uma gestão coordenada que reúne técnicas de gestão do litígio (identificação da tipologia do conflito, complexidade e perfil de litigância), gestão judiciária (fixação de metas para organização dos fluxos e funcionamento dos cartórios) e gestão do procedimento (adaptação procedimental voltada a atender às peculiaridades do caso bem como o direcionamento do conflito para uma técnica de resolução mais adequada, seja ela a negociação, a conciliação, a mediação, a arbitragem e a jurisdição ou mesmo para permitir pensar na construção de novos designs)” NUNES, D; PAOLINELLI, C. “Novos Designs tecnológicos no sistema de resolução de conflitos: ODR, e-acesso à justiça e seus paradoxos no Brasil”. *Revista de Processo*, v. 46, nº 314, p. 395-425, abr. 2021.

⁵⁵ GALANTER, M. “Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão”. Tradução: João Eberhardt Francisco, Maria Cecília de Araújo Asperti e Susana Henriques da Costa. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*. Porto Alegre: ABraSD, v. 2, nº1, p. 37-49, jan./jun., 2015.

⁵⁶ DIAS DE OLIVEIRA FILHO, S. “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário: entre os escopos e a realidade”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, [S. l.], v. 24, nº1, 2022.

⁵⁷FISS, O. Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles; tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.p.121-145.

⁵⁸NUNES, D.; PAOLINELLI, C. “Acesso à justiça e tecnologia: minerando escolhas políticas e customizando novos desenhos para a gestão e solução de disputas no sistema brasileiro de justiça civil”. In: YARSHELL, F. L.; COSTA, S. H.; FRANCO, M. V. (Coord.). *Acesso à Justiça, Direito e Sociedade: estudos em homenagem ao Professor Marc Galanter*. São Paulo: Quartier Latin, 2022.p.221-225.

sem reforçar as desigualdades ou aumentar os abismos existentes entre aqueles que “tudo têm” em detrimento dos “que pouco, ou nada têm”⁵⁹

Muito embora a política judiciária de tratamento adequado de conflitos tenha aproximadamente 14 (catorze) anos, os baixos índices de conciliação observados pelo relatório anual do CNJ⁶⁰ apontam para uma necessidade de reformulação da política judiciária, de modo a englobar também os desafios enfrentados no processo de transformação digital do Poder Judiciário, que está firmando em três políticas judiciárias para a utilização das tecnologias de informação e a concretização do acesso digital à justiça denominadas de Juízo 100% Digital, Balcão Virtual e Núcleos de Justiça 4.0. Sendo este último considerado um componente do programa Justiça 4.0 que tem como escopo fomentar a inovação e garantir a efetividade para a realização da justiça para todos, consequência da parceria formada entre o CNJ e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), abarcando dentre outros temas a Resolução CNJ nº358/2020 que versa a respeito da utilização de soluções tecnológicas para a mediação e conciliação pelo Poder Judiciário.

Em que pese as alterações legislativas e resoluções do CNJ que autorizam a realização de audiências de conciliação e mediação por intermédio de plataformas digitais, seja durante a pandemia do coronavírus ou mesmo após o período pandêmico, foi observado tanto por meio de pesquisas empíricas⁶¹ como pelo relatório da justiça em números elaborado pelo CNJ uma tendência a não realização dessas audiências, com maior ênfase nos juizados especiais, o que demonstra uma resistência institucional relevante para a ampliação de uma agenda de pesquisas sobre política pública judiciária baseada em evidências no âmbito macro e microestratégico para a promoção do acesso à justiça digital com resultados redistributivos e/ou corretivos, por meio do uso ético das tecnologias da indústria 4.0 orientada para concretização de direitos fundamentais e não apenas o uso instrumental como lógica (neoliberal) de redução de acervo.

5. Considerações finais

A pesquisa teve como objetivo analisar o direito fundamental ao acesso à justiça digital pela perspectiva da teoria Hermenêutica Constitucional de Peter Hårbele. Neste sentido foi constatado que para a construção de uma reputação positiva do Poder Judiciário é necessário que este oferte um procedimento institucional democrático, a partir de uma abordagem multifacetada que contemple tanto soluções para as barreiras tecnológicas, como sociais e administrativas. A implementação dessas políticas pode promover um sistema judiciário mais acessível, equitativo e eficiente, garantindo que todos os cidadãos possam exercer seus direitos de forma plena no ambiente digital.

Em relação ao processo de modernização do Poder Judiciário brasileiro, foi possível identificar um alinhamento com a comunidade internacional desde da criação do Conselho Nacional de Justiça pela Emenda Constitucional nº45/2004 como atualmente através do programa justiça 4.0 fruto da parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, sendo evidente o compromisso do Estado Constitucional Brasileiro com o objetivo 16 - “Paz, Justiça e Instituições eficazes” - para o desenvolvimento sustentável disposto na Agenda 2030 pela Organização das Nações Unidas. É importante destacar que o processo de modernização do Poder Judiciário

⁵⁹ ASPERTI, M. C. de A.; DA SILVA, P. E. A.; GABBAY, D. M.; DA COSTA, S. H. “Why the “haves” come out ahead in Brazil? Revisiting speculations concerning repeat players and one-shooters in the brazilian litigation setting”. *Direito Público*, [S. l.], v. 16, nº 88, 2019.

⁶⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números, Brasília, 2024.

⁶¹ PIRES, R. F.; BRAGA JUNIOR, S.A. M.; CHAVES, L. “A Conciliação em tempos de pandemia: uma análise dos acordos homologados pelo sistema dos juizados especiais na comarca de Vara Única de Extremoz/RN”. IN: HAHN, N. B.; SANTOS, D. T. G.; GATELLI, J. D.; LUNARDI, L. P. F. (Orgs.) *Direito e Cidadania em Debate*. Volume 2. Editora Ilustrações. Cruz Alta/RS - Brasil, 2024.

brasileiro acontece de maneira simultânea e ao mesmo tempo pulverizada em razão do exercício da autonomia de cada tribunal e juiz individualmente considerado.

No tocante a política pública judiciária de tratamento adequado dos conflitos, tem-se que é a pioneira das políticas públicas judiciárias brasileira de caráter nacional elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça, sendo instituída pela Resolução nº125/2010 que não só ampliou a visão institucional do Direito ao acesso à justiça como também estabeleceu diretrizes gerais para gestão do acervo processual baseada na teoria multiportas para resolução de conflitos, além de ter criado os Centros Judiciários de Solução do Conflito e Cidadania (CEJUSC's), que democratizam o acesso à justiça através do fornecimento de uma estrutura institucional gratuita para a população resolver por meio de métodos autocompositivos os problemas individuais, coletivos e estruturais existentes tanto na fase pré-processual como judicial.

Foi observado também críticas referentes a política judiciária de resolução adequada de conflitos relacionadas ao fenômeno do acordo a qualquer custo, falta de habilidade das partes e dos advogados públicos e privados em resolver conflitos de forma consensual bem como a inexistência da carreira de Estado para mediador judicial, também pode-se acrescentar o patente desequilíbrio do poder entre as partes (litigantes habituais vs litigantes eventuais), a ausência de consentimento legítimo e a assimetria de informações.

Igualmente foi observado que embora a política judiciária de tratamento adequado de conflitos tenha aproximadamente 14 (catorze) anos de existência, os baixos índices de conciliação observados pelo relatório anual do CNJ ao longo dos anos apontam para uma necessidade de reformulação da política judiciária, de modo a englobar também os desafios enfrentados no processo de transformação digital do Poder Judiciário.

Por fim, a presente pesquisa permite concluir que o direito fundamental ao acesso à justiça digital, analisado pela perspectiva da Hermenêutica Constitucional de Peter Härbele, envolve a implementação de políticas públicas judiciárias que considerem a pluralidade de intérpretes e o *accountability* do Poder Judiciário, proporcionando uma interpretação mais legítima e efetiva do direito fundamental ao acesso à justiça, contribuindo para a resolução adequada de conflitos em um cenário de transformação digital do Poder Judiciário.

Referências

- ABRÃO, C. H. *Processo Eletrônico: processo digital*. 3ªed. São Paulo: Atlas, 2011.
- AKUTSU, L.; GUIMARÃES, T. A. "Governança judicial: proposta de modelo teórico-metodológico". *Revista de Administração Pública* [online], [s. l.], v. 49, nº 4, p. 937-958, 2015.
- ASPERTI, M. C. de A.; DA SILVA, P. E. A.; GABBAY, D. M.; DA COSTA, S. H. "Why the "haves" come out ahead in Brazil? Revisiting speculations concerning repeat players and one-shooters in the brazilian litigation setting". *Direito Público*, [S. l.], v. 16, nº 88, 2019.p.11-33.
- BARACHO, J. A. O. "Teoria da Constituição". *Revista de informação legislativa*, v. 15, nº58, p. 27-54, abr./jun. 1978.p.27-32.
- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CHAVES, L. A. *O arquipélago da Justiça: o modelo do governo judicial no Brasil e o controle da magistratura*. 2019. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2019.
- CHEVALLIER, J. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- COSTA ASSIS, C. "O paradoxo da esfera pública digital". *Cadernos de Direito Actual*, [S. l.], nº21, p. 101-129, 2023.
- CRESPO, M. H. "Diálogos entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas". In: ALMEIDA, R. A.; ALMEIDA T.; CRESPO, M. H. (org.). *Tribunal Multiportas: Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

DA SILVA, J. A.; FLORÊNCIO, P. A.L. "Políticas Judiciárias no Brasil: o Judiciário como autor de políticas públicas". *Revista do Serviço Público*, [S. l.], v. 62, n. 2, p. p. 119-136, 2014.

DIAS DE OLIVEIRA FILHO, S. "Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário: entre os escopos e a realidade". *Revista Eletrônica de Direito Processual*, [S. l.], v. 24, n. 1, 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números*, Brasília, 2024.

BRASIL. *Lei Federal nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006*. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências.

FERREIRA, Z. O. "O mundo pós-queda do muro de Berlim". *Revista Informe Econômico (UFPI)*. v. 33 nº3, 17 de dezembro de 2014.

FIORAVANTI, M. *Los derechos Fundamentales: Apuntes de historia de las constituciones*. Tradução Manuel Martínez Neira. Editorial Trotta. Primeira Reimpressão. 2020.

FISS, O. *Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade*. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles; tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FORNASIER, M. O.; SCHWEDE, M. A. "As plataformas de solução de litígios online (ODR) e a sua relação com o direito fundamental ao acesso à justiça". *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, nº 1, p. 568-598, jan./abr. 2021.

GALANTER, Marc. "Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão". Tradução: João Eberhardt Francisco, Maria Cecília de Araújo Asperti e Susana Henriques da Costa. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*. Porto Alegre: ABraSD, v. 2, nº 1, p. 37-49, jan./jun., 2015.

GARCIA FIGUEROA, A. "A teoria do Direito em tempos de constitucionalismo". *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte/MG, v. 1, n. 4, p. 77-97, out./dez. 2007.

GAROUPA, N.; GINSBURG, T. *Judicial Reputation: a comparative theory*. 1. ed. Chicago.Londres: The University of Chicago Press, 2015.

GIL, A. C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. São Paulo: Atlas, 2008.

GÓES, R.T. *Democracia deliberativa e jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas*. Curitiba, Juruá, 2013.

GOMES, A.; GUARIDO, E.; GUIMARÃES, T. A. "Administration of justice: an emerging research field". *RAUSP Management Journal*, v. 53, nº 3, p. 476-482, 2018.

GOMES, C. "Administração da Justiça" In STARLING, H.; GUIMARÃES, J.; FILGUEIRAS, F.; BIGNOTTO, N.; AVRITZER, L. Orgs. *Dimensões Políticas da Justiça*. Rio de Janeiro; Civilização Brasileira, 2013.

GUASTINI, R. "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano". In: CARBONELL, M., *Neoconstitucionalismo(s)*. Editora Trotta, 2009. Madrid.

GUPTA, M. *Blockchain for dummies*. 3ª. ed. Hoboken: John Wiley and Sons, 2020.

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. The Federalist Nº 78. The Judiciary Department, *Independent Journal*. Saturday, June 14, 1788. [Alexander Hamilton].

HÄRBELE, P. *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos interpretes da constituição :contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução Gilmar Mendes Ferreira. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre 1997, reimpressão 2002.

HÄRBELE, P. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2003

HARVEY, D. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2004.

HESPANHA, A. M. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*. São Paulo: Annablume, 2013.

KENNEALLY, E. "Digital Logs – Proof Matters". *Digital Investigations*, [s. l.], v. 1, p. 94-101, 2004.

- LIMA, G. V.; FEITOSA, G. R. P. "Online Dispute Resolution (ODR): a solução de conflitos e as novas tecnologias". *Revista do Direito*, [s. l.], v. 3, n. 50, p. 53-70, 2016.
- MAIOLINO, I.; TIMM, L. B. "Como as plataformas digitais podem promover a desjudicialização: o caso do consumidor.gov". *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, v. 21, p. 81-93, 2020.
- MENDES, G. F. "A influência de Peter Häberle no Constitucionalismo Brasileiro". *REI - Revista Estudos Institucionais*, [S. l.], v. 2, nº 1, p. 30-56, 2016.
- MENDES, G. M. A.; ALVES, F. G. "Desenvolvimento como um Direito Humano e sua relação com a democracia". *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, [S. l.], v. 14, nº3, p. 70-93, 2021.
- NUNES, D. "Etapas de implementação de tecnologia no processo civil e ODR'S". In: SOARES, C. H.; NUNES, L. S.; ÁVILA, L. A. L. (org.). *Direito em tempos de crise: soluções processuais adequadas para a tutela de direitos coletivos e individuais*. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 527-407.
- NUNES, D.; PAOLINELLI, C. "Acesso à justiça e tecnologia: minerando escolhas políticas e customizando novos desenhos para a gestão e solução de disputas no sistema brasileiro de justiça civil". In: YARSHELL, F. L.; COSTA, S. H.; FRANCO, M. V. (Coord.). *Acesso à Justiça, Direito e Sociedade: estudos em homenagem ao Professor Marc Galanter*. São Paulo: Quartier Latin, 2022.
- NUNES, D.; PAOLINELLI, C. "Novos Designs tecnológicos no sistema de resolução de conflitos: ODR, e-acesso à justiça e seus paradoxos no Brasil". *Revista de Processo*, v. 46, nº 314, p. 395-425, abr. 2021.
- PATERSON, A; GARTH, B; ALVES, C. F., ESTEVES, D.; JUNIOR, E. J. Descortinando o 'Global Access to Justice Project': a nova pesquisa mundial sobre o movimento de acesso à justiça. Jota, 2019.
- PIRES, R. F.; BRAGA JUNIOR, S. A. M.; CHAVES, L. "A Conciliação em tempos de pandemia: uma análise dos acordos homologados pelo sistema dos juizados especiais na comarca de Vara Única de Extremoz/RN". IN: HAHN, N. B.; SANTOS, D. T. G.; GATELLI, J. D.; LUNARDI, L. P. F. (Orgs.) *Direito e Cidadania em Debate*. Volume 2. Editora Ilustrações. Cruz Alta/RS - Brasil, 2024.
- REGLA, J. A. "Do Império da Lei ao Estado Constitucional; Dois paradigmas jurídicos em poucas palavras". In *Argumentação e Estado Constitucional*, Coord. Eduardo Ribeiro, Ícone, São Paulo/SP, 2012.
- RODRIGUES SILVA, G. "O movimento mundial de acesso à justiça e os caminhos para a reforma dos sistemas jurídicos". *Cadernos de Dereito Actual*, [S. l.], n. 9, p. 353-370, 2018.
- SANTOS, B. S. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1999.
- SCHWAB, K. *A quarta revolução Industrial*. Tradução: Daniel Moreira Miranda. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2019. p. 228-29.
- SILVA, J. A. "Acesso à justiça e cidadania". *Revista De Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 216, p. 9-23, abr./jun. 1999.
- SIQUEIRA, M. *Interesse público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2016. p. 123.
- WARAT, L. A. *A Rua Grita Dionísio! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia*. Tradução e organização de Vivian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcellino Jr. e Alexandre Moraes da Rosa. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.
- WATANABE, K. "Acesso à justiça e sociedade moderna". In: GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, R. C.; WATANABE, K. (coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- WOLKMER, A. C. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3ª ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.
- WOLKMER, A. C. "Pluralismo Jurídico, direitos humanos e interculturalidade". *Revista Sequência*, nº 53, dezembro de 2006.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** N° 25. Núm. Extraordinario (2024), pp. 417-436
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Consulta previa, libre e informada del Convenio n.º 169 de la OIT: análisis del escenario en el Supremo Tribunal Federal y en el Tribunal Regional Federal de la 5ª Región de Brasil

Prior, Free, and Informed Consultation under ILO Convention No. 169: Analysis of the Scenario in the Supreme Federal Court and the Federal Regional Court of the 5th Region in Brazil

João Victor Martins Domingos¹

Sérgio Alexandre de Moraes Braga Junior²

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Sumario: 1. Introducción. 2. Metodología. 3. Convenio n.º 169 de la OIT. 4. Consideraciones sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada. 5. Derecho a la consulta previa, libre e informada: discusión a partir de la jurisprudencia del STF y del TRF de la 5ª Región. 6. Consideraciones finales. Bibliografía.

Resumen: El objetivo general del trabajo es analizar las decisiones emitidas por el STF y el TRF de la 5ª Región de Brasil, entre 2019 y 2024, que tuvieron como fundamento el derecho a la consulta libre, previa e informada, establecido en el Convenio n.º 169 de la OIT, presentando un diagnóstico sobre las problemáticas involucradas. La metodología de investigación es de modalidad cualitativa y cuantitativa; de carácter exploratorio y descriptivo; con la realización de investigación bibliográfica y documental. Las problemáticas de las decisiones analizadas involucran cuestiones ambientales, urbanísticas y de políticas públicas. Estas están en consonancia con la literatura sobre el tema, que resalta la importancia del derecho a la consulta y la búsqueda de su efectivación de manera efectiva. La posibilidad de que los indígenas tengan control sobre

¹ Maestría en Derecho por la Universidad Federal de Rio Grande do Norte (UFRN). Posgrado (Lato Sensu) en Gestión Ambiental por el Instituto Federal de Educación, Ciencia y Tecnología de Rio Grande do Norte (IFRN). Licenciatura en Derecho por la UFRN. Técnico en Control Ambiental por el IFRN.

² Doctorado en Derecho por la Universidad Federal de Pernambuco. Maestría en Derecho (Derecho y Desarrollo) por la Universidad Federal de Ceará. Licenciatura en Derecho por la Universidad Federal de Ceará. Profesor en la Universidad del Estado de Rio Grande do Norte (UERN) y en la Universidad Federal de Rio Grande do Norte (UFRN).

sus destinos valora la autodeterminación de los pueblos y la protección de la identidad cultural.

Palabras clave: Convenio n.º 169 de la OIT; consulta; STF; TRF de la 5ª Región.

Abstract: The general objective of this study is to analyze the decisions issued by the Supreme Federal Court (STF) and the Federal Regional Court of the 5th Region (TRF) in Brazil between 2019 and 2024, which were based on the right to free, prior, and informed consultation as established in ILO Convention No. 169, providing a diagnosis of the issues involved. The research methodology is both qualitative and quantitative in nature; exploratory and descriptive, involving bibliographic and documentary research. The issues addressed in the analyzed decisions involve environmental, urban planning, and public policy matters. These findings align with the literature on the subject, which emphasizes the importance of the right to consultation and the pursuit of its effective implementation. The ability of indigenous peoples to have control over their own destinies underscores the value of self-determination and the protection of cultural identity.

Keywords: ILO Convention N. 169; consultation; STF; TRF of the 5th Region.

1. Introducción

La relevancia de los pueblos indígenas es amplia y abarca varias dimensiones, como la cultural, ambiental, social e histórica, tanto a nivel global como en Brasil. Esto se debe a que los indígenas son depositarios de una inmensa diversidad cultural, desempeñan un papel crucial en la conservación de la biodiversidad (siendo verdaderos "guardianes") y en la formación de la identidad nacional del país, además de poseer derechos que necesitan ser garantizados.

El país es reconocido mundialmente por su diversidad cultural y ambiental, que se refleja en la rica presencia de comunidades indígenas y tradicionales dispersas por todo el territorio nacional. Aunque la Amazonía se destaca frecuentemente como el principal lugar de estas comunidades, es importante reconocer que otras regiones del país, como el Nordeste, también albergan una diversidad significativa de pueblos indígenas y comunidades tradicionales. Estas poblaciones desempeñan un papel crucial en la preservación de los ecosistemas y en el mantenimiento de un vasto patrimonio cultural que ha resistido a lo largo de los siglos.

Sin embargo, en los últimos tiempos, los pueblos indígenas se han enfrentado a una serie de amenazas que van desde masacres y violencia física y psicológica por parte de otros grupos sociales, hasta la negligencia en la salud pública, conflictos socioambientales, presiones económicas y la desposesión de sus tierras, entre otros desafíos.

En los últimos años, se ha registrado un crecimiento alarmante en las violaciones de los derechos de los pueblos indígenas, según lo destacado en el informe del Consejo Indigenista Misionero publicado en 2023. Este documento presenta datos que evidencian el desmantelamiento de las políticas públicas dirigidas a los indígenas y exponen un escenario de violencia estatal derivado de la falta de acción en el combate a estas amenazas y en la promoción de una cultura de diálogo y reconocimiento de derechos.

Estas violaciones se presentan de varias formas, desde la invasión y deforestación de tierras hasta la construcción de grandes proyectos de infraestructura, como represas y carreteras, que resultan en la expulsión de comunidades tradicionales de sus tierras ancestrales. El avance del agronegocio y la minería sobre áreas protegidas y territorios tradicionales representa una de las principales amenazas, aumentando los conflictos de tierras y generando degradación ambiental a gran escala. Además, el debilitamiento de las políticas públicas de protección intensifica la vulnerabilidad de estas poblaciones.

La negación de derechos básicos, como el acceso a la salud, la educación y la seguridad, y la imposición de modelos de desarrollo que desconsideran las especificidades culturales y la sostenibilidad ambiental, caracterizan un escenario de injusticia que afecta negativamente a estos grupos. Las comunidades indígenas y tradicionales, que desempeñan un papel fundamental en la conservación de la biodiversidad y en el mantenimiento de los ecosistemas, se encuentran en una posición de extrema vulnerabilidad, enfrentando no solo la destrucción de sus territorios, sino también la amenaza a su propia existencia.

En una perspectiva normativa, la Constitución de la República Federativa de Brasil (CRFB) de 1988 estableció un nuevo marco constitucional para los pueblos indígenas a través de los artículos 231 y 232. Estos dispositivos reconocen la diversidad cultural del país y buscan valorizar la cultura indígena, evitando su negación o subordinación en relación con las demás culturas presentes en la sociedad.

De esta forma, el Estado brasileño es incentivado a adoptar una postura más activa en la protección de las poblaciones indígenas y de las comunidades tradicionales. Este compromiso se refleja en la actuación del Poder Judicial, especialmente del Supremo Tribunal Federal (STF), que a lo largo de las últimas tres décadas ha emitido decisiones importantes que reconocen los derechos de estas comunidades, asegurando su dignidad humana y fortaleciendo sus culturas e identidades en el contexto nacional. Un ejemplo de esto ocurrió durante la pandemia de Covid-19, cuando la Corte tomó medidas para garantizar la protección de estas poblaciones.

A nivel del Nordeste, tenemos el Tribunal Regional Federal de la 5ª Región, que es el encargado de juzgar, por ejemplo, en segunda instancia, los recursos de los procesos provenientes de la justicia federal de Rio Grande do Norte, Pernambuco, Paraíba, Ceará, Alagoas y Sergipe.

Sin embargo, aún persisten desafíos, como la necesidad de garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en los procesos de toma de decisiones que impactan directamente sus vidas. Esta cuestión trasciende el ámbito nacional y se aborda en el Convenio nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales, que establece, entre otros derechos, el derecho de estas comunidades a la consulta previa, libre e informada.

Dado lo expuesto, surge la siguiente pregunta: ¿cuál es el escenario predominante en las decisiones emitidas por el STF y el TRF de la 5ª Región que se basan en el derecho a la consulta libre, previa e informada?

El objetivo de este trabajo es analizar las decisiones emitidas por el STF y el TRF de la 5ª Región, entre 2019 y 2024, que se fundamentaron en el derecho a la consulta libre, previa e informada, conforme lo establecido en el Convenio n.º 169 de la OIT, con el fin de presentar una visión general de las problemáticas involucradas. Específicamente, se pretende: (i) estudiar los aspectos generales del Convenio n.º 169 de la OIT; (ii) comprender el derecho a la consulta previa, libre e informada; y (iii) examinar el escenario de las decisiones del STF y del TRF de la 5ª Región en el período de 2019 a 2024 relacionadas con este derecho.

La relevancia de este estudio se fundamenta en la significativa importancia social del tema, dadas las complejas dinámicas sociales, culturales y políticas que involucran a estas comunidades, además de su actualidad. Las comunidades indígenas con frecuencia enfrentan la violación de sus derechos en diversas situaciones, lo que resulta en su invisibilidad ante las autoridades públicas y en la falta de políticas públicas adecuadas para su protección. Al investigar las cuestiones indígenas en sus diversas dimensiones, se contribuye a una mejor comprensión de las complejidades involucradas en las interacciones de estas comunidades con el mundo que las rodea. Esto puede ayudar en la promoción de políticas más justas, en la preservación de la cultura y los derechos de estos pueblos, además de fomentar la construcción de sociedades más inclusivas y sostenibles.

Por lo tanto, la investigación sobre herramientas que puedan fortalecer a estas comunidades en la preservación de su dignidad es una responsabilidad esencial del

ámbito jurídico. Esta misión se vuelve cada vez más crucial y relevante en la búsqueda de la construcción de una sociedad más sostenible.

La problemática discutida en este estudio también está alineada con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), especialmente con dos de ellos: el ODS 16, que busca promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, garantizando el acceso a la justicia y la construcción de instituciones eficaces, responsables e inclusivas en todos los niveles; y el ODS 10, cuyo objetivo principal es reducir las desigualdades dentro y entre los países.

Finalmente, el trabajo está estructurado de la siguiente manera: en la segunda sección, se presentará una breve fundamentación teórica sobre el Convenio n.º 169 de la OIT, así como sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada; en la tercera sección, se detallará la metodología; en la cuarta, se presentarán y discutirán los resultados observados en las decisiones del STF y del TRF de la 5ª Región, de acuerdo con la metodología adoptada; y, por último, la última sección abordará las consideraciones finales.

2. Metodología

Para cumplir con estos objetivos, en cuanto a la metodología, la investigación será de tipo cualitativo, buscando revelar visiones sobre conceptos existentes y utilizando diversas fuentes de evidencia, en lugar de depender exclusivamente de una única fuente.

En lo que respecta al objetivo del estudio, la investigación se llevó a cabo en una modalidad exploratoria, con el propósito de ofrecer una mayor comprensión del problema, con la finalidad de aclararlo o generar nuevas hipótesis. Con ello, esta investigación tiene como objetivo central el desarrollo de ideas en la academia, en los tribunales y en el poder público en general. Además, posee un carácter descriptivo, ya que también se propone describir y analizar decisiones identificadas, así como el propio derecho a la consulta previa, libre e informada.

Asimismo, la investigación adoptó como fundamento teórico la jurimetría, un área del conocimiento que aplica métodos estadísticos para analizar el funcionamiento de un sistema jurídico, con o sin el uso de tecnología³. En el contexto de este estudio, la investigación documental se utilizó como base técnica, especialmente en la búsqueda de jurisprudencias del STF y del TRF de la 5ª Región relacionadas con el objeto de investigación.

Finalmente, para la fase de discusión, se empleará la técnica de la investigación bibliográfica, que se basa en materiales previamente elaborados, principalmente libros y artículos científicos⁴. En el caso de los artículos en revistas, se utilizarán aquellos encontrados en la plataforma Google Scholar.

Para realizar el análisis de las decisiones, inicialmente se llevó a cabo una investigación en la sección de jurisprudencia de los portales del Supremo Tribunal Federal y del TRF de la 5ª Región. Las palabras clave utilizadas fueron en portugués: "OIT 169", "Convenção 169" y "consulta". Entre las dos primeras, se insertó el operador (en portugués) "ou", ya que se observó que algunas decisiones no mencionaban la sigla OIT en sus fundamentos; entre la segunda y la tercera, se utilizó el operador "e". La inclusión del término "consulta" fue necesaria debido a que algunos fallos hacían referencia a otros derechos y disposiciones de la misma norma, que no son el foco principal de este trabajo.

A continuación, se estableció un período específico para la investigación, abarcando los fallos realizados entre el 01/01/2019 y el 30/06/2024. Posteriormente,

³ GUEDES NUNES, M. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o Direito*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

⁴ GIL, A. C. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed, Editora Atlas, São Paulo, 2002.

las decisiones monocráticas y las colegiadas fueron categorizadas de acuerdo con las clases de las acciones.

En el análisis del contenido, se excluyeron: procesos duplicados; acciones que no fueron conocidas o no tuvieron seguimiento, ya que, aunque el derecho a la consulta libre, previa e informada haya sido mencionado por las partes, la Corte se centró en aspectos formales; y aquellos en los que el derecho previsto en el Convenio de la OIT no fue planteado como argumento por las partes o los ministros. Cabe destacar que la normativa internacional, incorporada por Brasil, incluye diversas directrices que exceden el alcance de esta investigación, y algunas jurisprudencias mencionan derechos diferentes.

3. Convenio n.º 169 de la OIT

El Convenio n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), oficialmente titulada "Convención sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes", es un tratado internacional adoptado por la OIT en 1989 y que entró en vigor en 1991. Este documento es esencial para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a nivel mundial, estableciendo normas internacionales para la protección de sus derechos, culturas y territorios.

Así, el Convenio n.º 169 de la OIT es un hito significativo en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Para ello, por ejemplo, establece normas internacionales para garantizar la protección de los derechos de estos pueblos, incluyendo el derecho a la autodeterminación, al territorio y a la preservación de sus culturas y modos de vida.

Después de la ratificación inicial en Brasil mediante el Decreto n.º 5.051/2004, la materia pasó a ser reglamentada por el Decreto n.º 10.088/2019. Este último decreto consolidó los actos normativos emitidos por el Poder Ejecutivo Federal relacionados con la promulgación de convenios y recomendaciones de la OIT ratificados por la República Federativa de Brasil.⁵

Esa normativa internacional fue originalmente creada con el propósito de revisar el Convenio n.º 107, titulado "sobre la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y Otras Poblaciones Tribales y Semitribales en Países Independientes". Su texto vinculaba el "desarrollo" de las poblaciones indígenas y tribales a su "integración" con el resto de la sociedad⁶.

Así, en lugar de proteger la autodeterminación de los pueblos indígenas, la OIT incentivó a los Estados a promover el "progreso social y económico" de estas poblaciones, lo que implicaba integrarlas en las sociedades coloniales en nombre de su supuesto desarrollo⁷. Según Silva⁸, este enfoque reflejaba una preocupación tutelar, que consideraba a los indígenas como incapaces y destinados a la integración.

⁵ BRASIL. *Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019*. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 10 ago. 2024.

⁶ FIGUEROA, I. "Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais", *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil*. GARZÓN BIVIANY, R. (org.), Instituto Socioambiental, São Paulo, 2009.

⁷ FIGUEROA, I. "Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais", *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil*. GARZÓN BIVIANY, R. (org.), Instituto Socioambiental, São Paulo, 2009.

⁸ AMIN LIMA SILVA, L. "Convenção 169 da OIT e a livre determinação dos povos: protocolos autônomos de consulta como estratégia jurídica diante das ameaças aos territórios tradicionais". *Revista InSURgência*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 56-77, 2018. Disponível em:

Sin embargo, como era previsible, a finales de la década de 1980, después de unos treinta años de vigencia, el Convenio n.º 107 de la OIT se mostraba anacrónico en sus conceptos y objetivos. Fue en este contexto que surgió el Convenio n.º 169. Inicialmente, como explican Veiga y Leivas⁹, se puede decir que el nuevo Convenio beneficia a dos grupos distintos: el primero está compuesto por los pueblos tribales y sus posteriores ramificaciones; el segundo está formado por los pueblos indígenas.

Actualmente, la designación "pueblos tribales" ha sido revisada y actualizada, aunque de manera implícita, por otros tratados internacionales y regulaciones internas de Brasil, ya que aún conserva un aspecto peyorativo.^{10 11}

Aunque mantiene una terminología colonial y aparentes definiciones estáticas, reproduciendo algunas expresiones del Convenio anterior, este instrumento internacional introduce una innovación importante al establecer, en el artículo 1º, inciso 2, que la conciencia de identidad indígena o tribal es un criterio fundamental para determinar qué grupos están abarcados por sus disposiciones.¹²

De esta forma, en lugar de promover el integracionismo, el Convenio n.º 169 defiende el respeto a la diversidad étnica. Para Shiraishi Neto¹³, el Convenio establece que el criterio para distinguir a los individuos se basa en la autodeterminación, es decir, en la conciencia de identidad. Es la autodeclaración del individuo en relación con el grupo al que pertenece lo que define su identidad. La forma en que se autorrepresentan refleja, a su vez, la percepción que los demás tienen de ellos al interactuar. Este enfoque ha provocado, de manera deliberada, una transformación significativa en el ámbito jurídico.

Entre las diversas innovaciones, Pontes y Oliveira¹⁴ destacan que el Convenio n.º 169 de la OIT introdujo un instrumento prometedor para el diálogo intercultural: el derecho a la consulta previa, libre e informada, que será detallado a continuación.

4. Consideraciones sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada

De acuerdo con Maia, Brito y Giffoni¹⁵, el derecho a la consulta previa, libre e informada garantiza que los pueblos indígenas, quilombolas y comunidades tradicionales sean consultados, escuchados y considerados, ya sea de forma colectiva o a través de sus entidades representativas, siempre que el Estado planee medidas administrativas o legislativas que puedan impactarlos directamente. Es importante

<https://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/view/28875/25159>. Acesso em: 15 ago. 2024.

⁹ KIEFLER VEIGA, C.; COGO LEIVAS, P. G. "Comunidades tradicionais negras e a proteção da Convenção 169 da OIT". *Revista Direito e Práx.*, v. 8, n. 4, dez. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/JDxkGzdFHgzxjwddyrw68Sj/#>. Acesso em: 15 ago. 2024.

¹⁰ SHIRAISHI NETO, J. "Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional". UEA, Manaus, 2007.

¹¹ KIEFLER VEIGA, C.; COGO LEIVAS, P. G. "Comunidades tradicionais negras e a proteção da Convenção 169 da OIT". *Revista Direito e Práx.*, v. 8, n. 4, dez. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/JDxkGzdFHgzxjwddyrw68Sj/#>. Acesso em: 15 ago. 2024.

¹² DUPRAT, D. "A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada", *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. DUPRAT, D. ESMPU, Brasília, 2015.

¹³ SHIRAISHI NETO, J. "Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional". UEA, Manaus, 2007.

¹⁴ PONTES JÚNIOR, F.; OLIVEIRA, R. "Audiência pública, oitiva constitucional e consulta prévia: limites e aproximações", *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. DUPRAT, D. ESMPU, Brasília, 2015.

¹⁵ VASCONCELOS MAIA, J. C.; DE SOUZA BRITO, C.; GIFFONI, J. "Direito à consulta prévia, livre e informada em contextos urbanos: o caso das comunidades quilombolas de Maicá e Abacatal no Estado do Pará". *ANAIS DO VII SEMINÁRIO DIREITOS, PESQUISA E MOVIMENTOS SOCIAIS*, v. 2526, p. 1223, 2018.

destacar que el concepto de "impacto" no se limita a efectos negativos, sino que también incluye actividades que puedan beneficiar a la comunidad¹⁶.

Así, este derecho debe observarse en cualquier circunstancia que implique proyectos, planes, programas, políticas o propuestas de medidas legislativas que puedan afectar directamente a las comunidades en cuestión. Ejemplos de ello incluyen situaciones relacionadas con la legislación agraria y ambiental, así como programas y servicios en las áreas de educación y salud.¹⁷

Junto con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, este derecho está reconocido como uno de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y tribales¹⁸.

Estos autores complementan destacando que aún existen diversos desafíos para la efectiva implementación del derecho en cuestión, tanto por parte de los Estados como de las comunidades y pueblos impactados por decisiones gubernamentales.¹⁹

Además, este derecho está establecido en la Convención nº 169 de la OIT, especialmente en los artículos 6º y 15. A partir de estos dispositivos, se entiende que la consulta debe realizarse previamente ("siempre que sean previstas"), de manera bien informada ("conducida de buena fe"), culturalmente adecuada ("adecuada a las circunstancias") y con el objetivo de alcanzar un acuerdo o consentimiento con respecto a la medida propuesta²⁰.

Como explica Duprat²¹, antes de iniciar el proceso de toma de decisiones, las partes involucradas comienzan un diálogo con el fin de alcanzar la mejor decisión posible, lo que ya evidencia su carácter previo y flexible. Por lo tanto, la consulta incluye la posibilidad de revisar el proyecto original o incluso de cancelarlo.

De manera similar, la palabra "libre" implica que la población consultada no debe ser sometida a ningún tipo de coerción, ya sea por parte del Estado, que conduce el proceso, o por actores privados, para participar en la consulta o en la toma de decisiones.²²

Además, es crucial que la consulta se realice con base en información clara y accesible, que permita una comprensión adecuada de los proyectos y de sus impactos, no siendo aceptable eludir este proceso mediante una solución externa.²³

¹⁶ SARAIVA NOGUEIRA JÚNIOR, B.; BUENO VIEIRA, T. "Empreendimentos em áreas indígenas: a tutela dos direitos indígenas durante o licenciamento ambiental no Brasil". *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 40, dez. 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/56356/41012>. Acesso em: 12 ago. 2024.

¹⁷ GRABNER, M. L. "O direito humano ao consentimento livre, prévio e informado como baluarte do sistema jurídico de proteção dos conhecimentos tradicionais", *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. DUPRAT, D. ESMPU, Brasília, 2015.

¹⁸ ROJAS GARZÓN, B.; MAGAMI YAMADA, E; OLIVEIRA, R. *Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais*. Rede de Cooperação Amazônica – RCA, São Paulo, 2016.

¹⁹ ROJAS GARZÓN, B.; MAGAMI YAMADA, E; OLIVEIRA, R. *Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais*. Rede de Cooperação Amazônica – RCA, São Paulo, 2016.

²⁰ DUPRAT, D. "A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada". *Revista Culturas Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2014. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45016/25873>. Acesso em: 05 ago. 2024.

²¹ DUPRAT, D. "A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada", *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. DUPRAT, D. ESMPU, Brasília, 2015.

²² PONTES JÚNIOR, F.; OLIVEIRA, R. "Audiência pública, oitiva constitucional e consulta prévia: limites e aproximações". *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. DUPRAT, D. ESMPU, Brasília, 2015.

²³ DUPRAT, D. "A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada", *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. DUPRAT, D. ESMPU, Brasília, 2015.

Esta consulta surge, por lo tanto, de la creciente necesidad de garantizar a los pueblos y comunidades tradicionales la autonomía y autodeterminación, como señalan Pereira, Cardoso y Mendonça²⁴

Para que este proceso sea realmente eficaz, Duprat²⁵ sostiene que cualquier objeción planteada por el grupo debe ser tratada con seriedad y respondida con argumentos sólidos. Si dichos argumentos no se presentan, las objeciones deben ser consideradas en el proceso de decisión, lo que puede resultar en una modificación parcial o total del proyecto. No es aceptable descartar o descalificar ideas contrarias únicamente con base en argumentos de autoridad.

Es decir, el proceso de consulta debe llevarse a cabo durante la fase de construcción y elaboración de las medidas, ya sean legislativas o administrativas, y no solo con el fin de discutir la mitigación de daños o la posibilidad de indemnización. Además, las consultas deben realizarse de manera adecuada a los usos, costumbres y tradiciones de los pueblos tradicionales, sin ninguna coerción externa que pueda impedir la toma de decisiones basadas en sus propios intereses, oralidades y cosmovisiones²⁶.

5. Derecho a la consulta previa, libre e informada: discusión a partir de la jurisprudencia del STF y del TRF de la 5ª Región

Inicialmente, al realizar la búsqueda en la sección de jurisprudencia del portal del Supremo Tribunal Federal, se utilizaron las siguientes palabras clave: "OIT 169"; "Convención 169"; "consulta" (en portugués). Entre las dos primeras palabras, se utilizó el operador "o" y, entre la segunda y la tercera, el operador "y". La primera conclusión encontrada: 10 decisiones colegiadas y 45 decisiones monocráticas o individuales.

Luego, al restringir el período temporal (fecha de juicio entre el 01/01/2019 y el 30/06/2024), observamos 8 decisiones colegiadas y 36 decisiones monocráticas o individuales, totalizando 44. Después de eliminar los procesos repetidos, las acciones que no fueron conocidas o no tuvieron seguimiento (generalmente por cuestiones formales), y aquellos en los que el derecho a la consulta libre, previa e informada de la Convención de la OIT no fue abordado como argumento por las partes o por los ministros, quedaron las siguientes decisiones monocráticas y colegiadas:

Cuadro 1 - Decisiones monocráticas y colegiadas analizadas

Clase y número	Relator(a)	Año
RE nº 1.312.132	Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha	2021
ARE nº 1.277.937	Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha	2020

²⁴ ABDALA NOGUEIRA PEREIRA, A.; DA CONCEIÇÃO CARDOSO, E.; DE SIQUEIRA MENDES MENDONÇA, Y. "A Efetivação da Consulta Prévia, Livre e Informada no Estado do Pará: uma Análise à Luz do Protocolo de Consulta Prévia da Comunidade Quilombola do Abacatal", *Quilombolas e outros povos tradicionais*. DONINI ROSSITO, F. et al (org.), CEPEDIS, Curitiba, 2019.

²⁵ DUPRAT, D. "A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada". *Revista Culturas Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2014. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45016/25873>. Acesso em: 05 ago. 2024.

²⁶ DE SIQUEIRA MENDES MENDONÇA, Y.; SIMONIAN, L. 387-400. "Desenvolvimento sustentável e o direito à consulta prévia no Brasil: um olhar a partir dos aspectos interdisciplinares da participação". *Cadernos de Direito Actual*, n. 18, p. 387-400. Disponível em: <https://www.cadernosdedireitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/807>. Acesso em: 31 agosto 2024.

ADI nº 6.062	Min. Luís Roberto Barroso	2019
Pet nº 9.698	Min. Luiz Edson Fachin	2022
Pet nº 9.697	Min. Luiz Edson Fachin	2022
RE nº 1.379.751 ED	Min. Alexandre de Moraes	2022
MS nº 37.906	Min. José Antonio Dias Toffoli	2021
SL nº 995 AgR	Min. José Antonio Dias Toffoli	2019
SL nº 800 AgR	Min. José Antonio Dias Toffoli	2019
STP nº 959 MC-Ref	Min. Rosa Maria Pires Weber	2023
ADPF nº 991 MC-Ref	Min. Luiz Edson Fachin	2023
ADI nº 7.008	Min. Luís Roberto Barroso	2023
Rcl nº 34.209 AgR	Min. Gilmar Ferreira Mendes	2021

Fuente: Los autores (2024).

Así, con base en los criterios mencionados anteriormente, se puede concluir que aproximadamente el 29,5% de todas las decisiones inicialmente identificadas serán fundamentales para cumplir con el objetivo del estudio delineado.

En lo que se refiere al estudio de las fundamentaciones jurídicas, el derecho a la consulta previa, libre e informada, conforme lo establece el artículo 6º de la Convención nº 169 de la OIT, tiene implicaciones más evidentes en el contexto ambiental, especialmente en casos que involucran licencias ambientales y estudios de impacto ambiental. Esto se debe al hecho de que, con frecuencia, las comunidades indígenas se encuentran en territorios marcados por conflictos relacionados con los recursos naturales.

Por ejemplo, en el Recurso Extraordinario nº 1.312.132 y en el Recurso Extraordinario con Agravio nº 1.277.937, ambos del estado de Rio Grande do Sul, el Tribunal enfatizó que la consulta previa estipulada por la convención internacional es obligatoria para proyectos ambientales que puedan impactar directamente a las comunidades indígenas, resultando en efectos socioambientales relevantes^{27 28}.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.277.937/RS*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2020a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1133030/false>. Acesso em: 05 ago. 2024.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 1.277.937/RS*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2021a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1181867/false>. Acesso em: 05 ago. 2024.

En un caso emblemático relacionado con la Central Hidroeléctrica de Belo Monte, el STF también afirmó que el proceso de licenciamiento de la central no incluyó la consulta previa a las comunidades indígenas afectadas (Embargos de Declaración en el Recurso Extraordinario nº 1.379.751). A pesar del significativo interés del Poder Ejecutivo en el proyecto, las necesidades de las comunidades deberían haber sido priorizadas, inclusive en lo que respecta al funcionamiento de la hidroeléctrica.²⁹

En el ámbito de las actividades económicas, en el Agravio Regimental en la Reclamación nº 34.209, el pleno del Tribunal declaró que las reuniones realizadas sin la consulta previa de las comunidades interesadas son nulas. De manera similar, en la Medida Cautelar en la Reclamación nº 17.133, la sentencia invocó el artículo 6º de la Convención nº 169 de la OIT, determinando un nuevo licenciamiento debido a la ausencia de consulta directa a las comunidades sobre el emprendimiento.³⁰

Sin embargo, este derecho aún enfrenta conflictos en relación con la prevalencia de otros derechos, particularmente con implicaciones económicas. En este contexto, dos sentencias son relevantes: el Agravio Regimental en la Suspensión de Cautelar nº 800 de Mato Grosso y el Agravio Regimental en la Suspensión de Cautelar nº 995 de Amazonas, ambos de 2019.^{31 32}

En ambos casos, se decidió que la suspensión del licenciamiento avanzado de un emprendimiento debido a la falta de consulta previa a las comunidades representaría un grave daño a la economía pública. En la segunda sentencia, en particular, el relator, con el apoyo de los demás ministros, argumentó que la central hidroeléctrica en cuestión no se encontraba en un área indígena.

Sin embargo, el voto discrepante del ministro Fachin merece atención, ya que propuso una discusión más profunda sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada, previsto en la Convención nº 169 de la OIT. Según él, conforme lo establecido en la normativa internacional acogida por Brasil, la consulta debe ser previa y no puede ser desestimada bajo la justificación de que los indígenas podrán participar posteriormente de otras formas durante los estudios y las obras³³.

El ministro también destacó que el argumento de que la obra ya está en marcha no es válido, ya que se requieren otras licencias en diferentes fases del proyecto.³⁴ Ignorar esto fomenta la construcción de emprendimientos con impactos negativos para las comunidades tradicionales afectadas.

En lo que respecta a la demarcación de tierras indígenas, tema ampliamente debatido en los últimos años, la instancia máxima del Poder Judicial, en una decisión (Acción Directa de Inconstitucionalidad nº 6.062), reconoció que el simple cambio del órgano responsable de la demarcación no necesariamente interfiere en los intereses de las comunidades. Sin embargo, subrayó en su fundamentación que el proceso de

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário nº 1.379.751/PA*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2022a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1351499/false>. Acesso em: 05 ago. 2024.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Reclamação nº 34.209/MG*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2021b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur442464/false>. Acesso em: 05 ago. 2024.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 800/MT*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2019b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur419882/false>. Acesso em: 05 ago. 2024.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 995/AM*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2019c. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur416121/false>. Acesso em: 05 ago. 2024.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 995/AM*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2019c. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur416121/false>. Acesso em: 05 ago. 2024.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 995/AM*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2019c. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur416121/false>. Acesso em: 05 ago. 2024.

demarcación requiere la consulta a los indígenas, ya que son los principales interesados.³⁵

A partir de 2020, en el contexto de la pandemia de coronavirus, el STF emitió decisiones que ampliaron la perspectiva del derecho a la consulta libre, previa e informada, yendo más allá del licenciamiento ambiental. La Medida Cautelar en la ADPF nº 709, por ejemplo, buscó corregir fallas y omisiones del Poder Público en la lucha contra la pandemia de COVID-19 entre las comunidades indígenas.

El relator, ministro Luís Roberto Barroso, al conceder parcialmente las medidas cautelares solicitadas, afirmó que los indígenas tienen derecho a participar tanto en la formulación como en la ejecución de las políticas de salud que se les destinan, garantizando los derechos a la autodeterminación y a la identidad cultural, conforme lo previsto en la Convención nº 169 de la OIT. Así, el diálogo intercultural debe promoverse en la elaboración de políticas públicas que involucren directamente a los pueblos indígenas, fomentando una planificación colaborativa.³⁶

Además, las Peticiones nº 9697 y 9698, que buscan garantizar el cumplimiento de las medidas sanitarias para la prevención y combate a la COVID-19 en las comunidades indígenas, como se determinó en la ADPF nº 742, invocan el artículo 6º de la Convención nº 169 de la OIT para asegurar que la distribución de recursos y los planes de crédito se realicen de manera democrática y participativa, involucrando a las comunidades indígenas en la gestión de los recursos públicos destinados a ellas.^{37 38}

Otra cuestión importante fue planteada en el Referendo en la Medida Cautelar en la Suspensión de Tutela Provisional nº 959/RJ. En esta decisión colegiada, el Tribunal argumentó que no había comunidades tradicionales en la zona. Por lo tanto, se consideró inapropiada su aplicación en esa área. Además, explicaron que solo de manera indirecta o reflejada sería posible señalar la necesidad de satisfacer las necesidades propias de las comunidades indígenas³⁹.

Por último, la Medida Cautelar en la ADPF nº 991, inicialmente juzgada la cautelar en noviembre de 2022 e referendada por el colegiado en 2023, es aún más amplia, buscando la implementación de acciones para prevenir violaciones de los derechos de los Pueblos Indígenas Aislados y de Reciente Contacto (PIIRC). Al conceder la medida cautelar, el relator entendió que el propio aislamiento es suficiente para justificar una consulta válida, y que el Poder Público debe considerar las circunstancias más adecuadas para realizarla⁴⁰.

Todavía en el ámbito de las políticas públicas, la Corte analizó el derecho a la consulta libre, previa e informada desde la perspectiva del Legislativo en el Mandato de

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.062/DF*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2019d. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur415922/false>. Acesso em: 05 ago. 2024.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709/DF*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2020b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433338/false>. Acesso em: 05 ago. 2024.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição nº 9.697/DF*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2021c. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1219210/false>. Acesso em: 05 ago. 2024.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição nº 9.698/DF*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2021d. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1319811/false>. Acesso em: 05 ago. 2024.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória nº 959/RJ*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2023a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur488103/false>. Acesso em: 05 ago. 2024.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 991/DF*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2022b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1359846/false>. Acesso em: 05 ago. 2024.

Seguridad nº 37.906. Sin embargo, en este caso, el Supremo entendió que la alegación de violación de este derecho no es motivo suficiente para interrumpir la tramitación de un proyecto de ley en las Casas Legislativas, especialmente cuando no hay violación al procedimiento legislativo constitucional ni propuesta que tienda a abolir cláusulas pétreas⁴¹.

En lo que respecta al TRF de la 5ª Región, inicialmente, con base en los parámetros definidos, se identificaron 11 (once) decisiones. Mediante la consulta pública del sistema de Proceso Electrónico Judicial (PJE), se analizaron las fundamentaciones jurídicas.

Descartando los procesos judiciales que no tenían como fundamento el derecho investigado y aquellos que se centraban en aspectos de naturaleza más formal (por ejemplo, competencia y legitimidad), se identificaron 4 (cuatro) decisiones. Estas pueden ser visualizadas en el cuadro 2:

Cuadro 2 - Decisiones analizadas.

Clase	N.º del proceso judicial	Relator(a)	Año
APELACIÓN/REMESA NECESARIA	0800272-46.2021.4.05.8504	DES. FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT	2024
AGRAVO DE INSTRUMENTO	0813287-49.2022.4.05.0000	DES. FEDERAL RODRIGO ANTONIO TENORIO CORREIA DA SILVA	2023
AGRAVO DE INSTRUMENTO	0813490-11.2022.4.05.0000	DES. FEDERAL RODRIGO ANTONIO TENORIO CORREIA DA SILVA	2023
AGRAVO DE INSTRUMENTO	0801130-78.2021.4.05.0000	DES. FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO	2021

Fuente: Los autores (2024).

En la decisión colegiada más reciente (proceso n.º 0800272-46.2021.4.05.8504, juzgada en marzo de 2024), el Tribunal analizó una sentencia que rechazó la pretensión de una acción civil pública que tenía como objetivo garantizar el derecho de las comunidades quilombolas y tradicionales de la desembocadura del río São Francisco a ser consultadas previamente sobre el licenciamiento ambiental de una actividad de prospección petrolífera marítima en la Cuenca de Sergipe-Alagoas⁴².

Así, esta acción fue presentada en interés de las "comunidades quilombolas y tradicionales de Sergipe", que no habrían sido consultadas previamente sobre el emprendimiento, como lo establece el Convenio n.º 169 de la OIT.

En el transcurso de su fundamentación, se explicó que la empresa elaboró un Plan Ejecutivo de Audiencia Pública, destinado a promover la participación social en el proceso de licenciamiento.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 37.906/DF*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2021e. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1201341/false>. Acesso em: 05 ago. 2024.

⁴² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Processo nº 0800272-46.2021.4.05.8504*. Recife, Pernambuco: Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 2024.

Este Plan incluyó acciones de presentación y aclaración del Informe de Impacto Ambiental, entre ellas, reuniones con los representantes de las diversas comunidades presentes en el área de influencia del emprendimiento a licenciar. También se pusieron a disposición una línea telefónica y canales electrónicos para atender a cualquier interesado.

Para la audiencia pública, la empresa divulgó ampliamente el evento, tanto por medios convencionales como electrónicos; organizó la transmisión; y dispuso de canales para recoger manifestaciones y preguntas. Con esto, el Tribunal concluyó que la audiencia pública, por sí sola, no es suficiente para concretar la consulta previa prevista en el art. 6º del Convenio n.º 169/OIT. Sin embargo, se consideró que, en el caso concreto, asumió este papel de manera satisfactoria, ya que estuvo precedida de medidas que supuestamente capacitaron a los representantes de las poblaciones tradicionales para participar en ella.

En las decisiones presentes en los procesos n.º 0813287-49.2022.4.05.0000⁴³ y 0813490-11.2022.4.05.0000⁴⁴, el Municipio de Aracaju cuestionó una decisión proferida en la Acción Civil Pública n.º 0801588-72.2022.4.05.8500, en la que una jueza determinó que el Municipio no enviara a la Cámara de Concejales de Aracaju el nuevo proyecto del Plan Director del Municipio de Aracaju hasta posterior deliberación.

En la fundamentación, se recordó que la elaboración del Plan Director municipal necesariamente involucra la cuestión ambiental, que, por ser un derecho transindividual difuso, requiere la participación activa de la población para asegurar un proceso decisonal democrático y transparente por parte del Poder Público.

A partir de las manifestaciones, se verificó que la elaboración del proyecto para la revisión del Plan Director de Aracaju se llevó a cabo sin la realización de una consulta previa, libre e informada con las comunidades tradicionales del municipio, como la quilombola Maloca. De la misma manera, la versión presentada fue sometida a una consulta pública, compuesta por audiencias presenciales y electrónicas, en un período que no superó los dos meses. Las decisiones, por lo tanto, buscaron garantizar los intereses de la colectividad (medio ambiente) y proteger los derechos de las comunidades tradicionales, privilegiando los principios de prevención y gestión democrática del medio ambiente.

La última decisión del TRF de la 5ª Región (proceso n.º 0801130-78.2021.4.05.0000⁴⁵) analizó una decisión liminar proferida en la Acción Civil Pública n.º 0803409-82.2020.4.05.8500. En ella, se determinó que el Municipio de Aracaju, hasta que se realizara la Consulta Previa a la Comunidad Tradicional del área, no promoviera ningún acto de ejecución de obras que implicara en la alteración del área de 236.218,96 m² donada por la Unión, espacio en el que se implantaría el proyecto habitacional Irmã Dulce dos Pobres y se crearía una reserva extractivista.

En el transcurso de su texto, el Tribunal afirma que el grupo denominado "Recolectores de Mangaba" se clasifica como comunidad tradicional, cuya protección está prevista en el Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, reconoce que hubo una consulta previa con la comunidad de recolectores de mangaba, habiéndose llevado a cabo la audiencia pública con un apoyo jurídico y la participación de representantes de la Asociación de la comunidad.

En conclusión, para el TRF, la consulta realizada anteriormente permitió a la comunidad comprender los posibles efectos y los cambios que el emprendimiento habitacional a realizarse por el Municipio podría tener sobre la actividad extractivista desarrollada y su modo de vida. Por lo tanto, estaría cumpliendo con el objetivo establecido en la normativa de la OIT n.º 169.

⁴³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Processo nº 0813287-49.2022.4.05.0000*. Recife, Pernambuco: Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 2023b.

⁴⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Processo nº 0813490-11.2022.4.05.0000*. Recife, Pernambuco: Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 2023c.

⁴⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Processo nº 0801130-78.2021.4.05.0000*. Recife, Pernambuco: Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 2021f.

Los resultados presentados, que destacan el derecho a la consulta libre, previa e informada en el contexto del licenciamiento ambiental, así como su creciente papel en la formulación de otras políticas públicas, están en consonancia con los debates académicos. La protección de este derecho es esencial en cualquier medida legislativa o administrativa que pueda tener impactos sobre los pueblos indígenas y comunidades tradicionales, especialmente en el contexto del licenciamiento ambiental.

Un desafío significativo en este escenario es promover un diálogo efectivo con las comunidades indígenas. Como discuten Nogueira Júnior y Vieira⁴⁶, uno de los mayores obstáculos es garantizar que el procedimiento de licenciamiento y sus impactos sean plenamente comprendidos por las comunidades. El propio lenguaje utilizado puede representar una barrera; por ello, es crucial adaptar la comunicación para cada grupo, facilitando la comprensión⁴⁷.

Además, como lo resaltan las decisiones del Supremo Tribunal Federal (STF) mencionadas, un procedimiento solo puede considerarse una consulta previa legítima si permite que las comunidades indígenas ejerzan control sobre su propio destino. Por lo tanto, no basta con realizar reuniones formales para cumplir con los requisitos legales.

Un ejemplo ocurrió en 2012, cuando la Organización Internacional del Trabajo (OIT) concluyó que las interacciones realizadas con las comunidades indígenas durante el proceso de licenciamiento de la Central Hidroeléctrica de Belo Monte no permitieron que estas comunidades definieran sus propias prioridades⁴⁸, lo que contraviene las disposiciones del Convenio nº 169. Posteriormente, la propia Suprema Corte tomó decisiones en esta misma línea, reforzando que la consulta no debe ser meramente simbólica.

A partir de las decisiones analizadas del TRF de la 5ª Región, se observa una discusión importante que siempre surge cuando se aborda el derecho en cuestión: si la audiencia pública puede reemplazar la consulta previa, libre e informada, o no.

Al tratar este tema, es crucial considerar las similitudes y diferencias entre la audiencia pública, la oitiva constitucional y la consulta previa. La diferencia entre ellas radica principalmente en sus objetivos, fundamentos jurídicos y procedimientos. Según Pontes Júnior y Oliveira⁴⁹, diversos criterios pueden utilizarse para identificar estas diferencias, como los sujetos involucrados, los criterios de aplicación, la metodología y la legislación pertinente, entre otros. Un aspecto central es el fundamento jurídico: mientras que en la audiencia pública el fundamento principal es el derecho a la información y a la participación, en la oitiva constitucional es el derecho al usufructo exclusivo de los recursos naturales y al territorio, y en la consulta previa es el derecho a la autodeterminación.

Cuando se trata solo de ser informado, el papel es más pasivo. En cambio, en la consulta se debe tener una actuación más activa⁵⁰. De esta forma, en la audiencia pública, el objetivo es promover la transparencia y la participación democrática. En la consulta previa, el enfoque está en obtener el consentimiento o al menos la convergencia de las comunidades tradicionales, asegurando que sus opiniones sean tomadas en cuenta de manera significativa en el proceso de toma de decisiones.

⁴⁶ SARAIVA NOGUEIRA JÚNIOR, B.; BUENO VIEIRA, T. "Empreendimentos em áreas indígenas: a tutela dos direitos indígenas durante o licenciamento ambiental no Brasil". *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 40, dez. 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/56356/41012>. Acesso em: 12 ago. 2024.

⁴⁷ GOMES, J. et al (org.). *Protocolos de consulta e consentimento prévio: ideias para elaboração de protocolos de consulta prévia, livre e informada e de consentimento*. FASE Amazônia, Rio de Janeiro, 2019.

⁴⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Conferencia Internacional del Trabajo, 101.ª reunión, 2012. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 1A)*. Ginebra: OIT, ILC.101/III/1ª, 2012.

⁴⁹ PONTES JÚNIOR, F.; OLIVEIRA, R. "Audiência pública, oitiva constitucional e consulta prévia: limites e aproximações", *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. DUPRAT, D. ESMPU, Brasília, 2015.

⁵⁰ MARTINS DOMINGOS, J. V.; DE MORAES BRAGA JÚNIOR, S. A. "A Convenção nº 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada: relação com o princípio da dignidade da pessoa humana". *Revista da AGU*, Brasília, v. 22, n. 04, p. 379-399, dez.2023.

La consulta previa debe realizarse antes de cualquier decisión, de manera libre e informada, con el objetivo de obtener el consentimiento de las comunidades. Así, estas comunidades participan de manera más activa en el proceso de toma de decisiones. La audiencia pública, por su parte, generalmente ocurre como una etapa dentro de un proceso mayor, como el licenciamiento ambiental.

Su relevancia también se extiende al propio derecho a la ciudad. Como se ejemplifica en la jurisprudencia, los Planes Directores de los Municipios deben incluir en su proceso de revisión la consulta previa, libre e informada de las comunidades tradicionales que serán directamente afectadas.

Al igual que en los procesos de licenciamiento, no son suficientes las audiencias públicas realizadas. Esto se debe a que, para proceder con una consulta efectiva según las previsiones del Convenio nº 169 de la OIT y respetando la autodeterminación de las comunidades, los procedimientos no pueden imponerse de arriba hacia abajo.

Durante la consulta, es esencial que el Estado garantice que este proceso se realice de manera anticipada y mediante procedimientos que aseguren una participación amplia, un acceso completo a la información y autonomía en la toma de decisiones. Esto debe hacerse, en especial, a través de las instituciones que representan a estos pueblos, respetando sus propios protocolos de consulta y teniendo en cuenta las particularidades y las epistemologías de cada grupo. Además, es fundamental garantizar el derecho de los pueblos indígenas a oponerse a las medidas propuestas, siendo necesario, en ese caso, demostrar un interés público colectivo relevante y la inexistencia de alternativas menos perjudiciales para los derechos de los pueblos indígenas⁵¹.

Además, a partir de estas decisiones, se observó que, a diferencia de lo que muchos defienden, esta modalidad de consulta no se realiza únicamente en casos que involucran a indígenas. Se busca incluir a las comunidades tradicionales. Por ello, se mencionan las comunidades ribereñas, los pescadores artesanales y los quilombolas.

De acuerdo con el texto del Convenio, todos ellos son reconocidos como grupos culturalmente diferenciados, que deben ser protegidos según sus formas propias de organización social, sus territorios y recursos naturales, indispensables para garantizar su reproducción física, cultural, social, religiosa y económica.

En cuanto a la cuestión de la información, se argumenta que la consulta a las comunidades indígenas debe ser informada, lo que significa que deben estar conscientes de todos los aspectos involucrados, tanto positivos como negativos⁵².

Tener acceso a información adecuada es crucial para que estos grupos puedan expresarse eficazmente en procesos de licenciamiento (instrumento previsto en la Ley nº 6.938/1981 y regulado principalmente por la Ley Complementaria nº 140/2011) que afecten sus derechos, participando activamente en la toma de decisiones. El acceso a la información, en este contexto, se convierte en una herramienta de protección para las comunidades vulnerables y concretiza el principio de participación popular, que, como destacan Sarlet y Fensterseifer⁵³, incluye el acceso a la información, la participación en el proceso decisorio y el acceso a la justicia.

La consulta a las comunidades indígenas posibilita, por ejemplo, la imposición de medidas preventivas antes de la implementación de proyectos o de la operación de actividades potencialmente contaminantes, lo cual es un requisito de los estudios de impacto ambiental — conforme lo establece la Constitución de 1988, en su artículo 225, § 1º, IV, y regulado por normas del Consejo Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), como las Resoluciones nº 01/1986, 09/1987 y 237/1997, según lo recuerda Milaré⁵⁴.

⁵¹ PULZATTO PERUZZO, P. "Direito à consulta prévia aos povos indígenas no Brasil". *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 4, p. 2708-2740, 2017.

⁵² SARAIVA NOGUEIRA JÚNIOR, B.; BUENO VIEIRA, T. "Empreendimentos em áreas indígenas: a tutela dos direitos indígenas durante o licenciamento ambiental no Brasil". *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 40, dez. 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/56356/41012>. Acesso em: 12 ago. 2024.

⁵³ WOLFGANG SARLET, I.; FENSTERSEIFER, T. *Princípios do Direito Ambiental*. 2.ed. Saraiva, São Paulo, 2017.

⁵⁴ MILARÉ, É. *Direito do Ambiente*. 10. ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.

En lo que respecta a la construcción de políticas públicas, Dino⁵⁵ señala que el Convenio nº 169 de la OIT establece como una de sus directrices el derecho de los pueblos indígenas a la participación social en la elaboración de políticas públicas y en el proceso decisorio sobre acciones e intervenciones en sus territorios, incluidas áreas como la educación, la asignación de recursos públicos y, como lo analizó recientemente el STF, en el área de la salud, ampliándose así más allá del ámbito ambiental.

Por lo tanto, el uso de técnicas como la jurimetría y la investigación empírica puede desempeñar un papel crucial, tanto para los actores jurídicos como para el Poder Público. Según Simão Filho, Monnazzi y Alves⁵⁶, estos estudios ayudan a identificar los hechos sociales que originaron los conflictos, permitiendo anticipar hipótesis. El análisis de casos potencialmente conflictivos posibilita la formulación de conductas específicas en la elaboración de leyes y, principalmente, en la creación de políticas públicas y en la corrección de fallas administrativas, como en los procedimientos de licenciamiento abordados a lo largo del trabajo.

Igualmente, la jurimetría también desempeña un papel crucial en la evaluación de las políticas públicas existentes. Al monitorear la aplicación de las leyes y el comportamiento de los tribunales, la jurimetría permite que los formuladores de políticas identifiquen fallas e ineficiencias, ajustando las políticas según sea necesario para lograr mejores resultados. Esto es particularmente útil en contextos donde las decisiones judiciales influyen directamente en la efectividad de las políticas, como en la esfera ambiental y de derechos humanos.

6. Consideraciones finales

Dado lo expuesto, considerando el objetivo principal de analizar las decisiones emitidas por el STF y el TRF de la 5ª Región entre 2019 y 2024, que se basaron en el derecho a la consulta libre, previa e informada, conforme lo establecido en el Convenio n.º 169 de la OIT, se concluye que este derecho ha sido un fundamento recurrente en las decisiones de estos tribunales durante el período mencionado.

El derecho a la consulta libre, previa e informada es un elemento fundamental en la protección de los derechos de los pueblos indígenas y comunidades tradicionales. Este derecho, consagrado en el Convenio n.º 169 de la OIT, garantiza que estas comunidades puedan participar activamente en las decisiones que afecten directamente sus territorios, modos de vida y culturas. Su importancia radica no solo en la protección de los derechos territoriales y culturales, sino también en la valorización de la autodeterminación de los pueblos, permitiendo que sean protagonistas en la construcción de su propio futuro.

En las consideraciones finales de un trabajo, es esencial destacar que la efectivación de este derecho es un paso crucial para garantizar un proceso de desarrollo que sea verdaderamente inclusivo y respetuoso con las diversidades culturales. La consulta libre, previa e informada no debe ser vista solo como una formalidad, sino como un mecanismo esencial para la promoción de la justicia social, el equilibrio ambiental y el respeto a las diferencias.

Además, este derecho es una herramienta poderosa para prevenir conflictos socioambientales, al asegurar que las comunidades afectadas tengan voz activa en

⁵⁵ ALBUQUERQUE DINO, N. "Entre a Constituição e a Convenção n. 169 da OIT: o direito dos povos indígenas à participação social e à consulta prévia como uma exigência democrática". *Boletim Científico Escola Superior Do Ministério Público Da União*, Brasília, a. 3, n. 42-43, p. 481-520, jan./dez. 2014. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoescientificas/index.php/boletim/article/view/435>. Acesso em: 20 ago. 2024.

⁵⁶ SIMÃO FILHO, A.; NOGUEIRA MONNAZZI, R.; FREITAS DE ARAÚJO ALVES, F. "A teoria da nova empresarialidade e a Jurimetria como ferramenta auxiliadora para sua medição e concreção". *Revista Húmus*, v. 10, n. 30, 2020. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/352034307.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2024.

proyectos y políticas que puedan impactar sus modos de vida. Su implementación adecuada puede contribuir a la construcción de políticas públicas más democráticas y sostenibles, que reflejen las necesidades y aspiraciones de las comunidades involucradas.

De las doce decisiones seleccionadas con base en los criterios establecidos, casi todas se centran en cuestiones ambientales y urbanísticas, particularmente en el licenciamiento de obras. En los últimos años, este derecho también ha ganado relevancia en la elaboración de políticas públicas, especialmente en el contexto de la salud (como se evidenció en la actuación de la Corte Suprema durante la pandemia) y en la formulación de planes directores.

Estos resultados están alineados con la literatura, que reconoce la importancia de la consulta libre, previa e informada en la construcción de políticas públicas más sólidas para los pueblos indígenas y en la mitigación de los impactos socioambientales causados por actividades económicas que confligen directamente con los intereses de estos grupos.

Además, los hallazgos pueden ayudar al Poder Público a identificar fallos en su actuación y a entender mejor cómo ocurren las violaciones más frecuentes relacionadas con la consulta libre, previa e informada, promoviendo así una gobernanza ambiental más democrática y participativa.

Durante la investigación, una de las dificultades enfrentadas fue la escasez de decisiones relacionadas con el derecho en cuestión. La alta tasa de exclusión de decisiones se debió, entre otros motivos, al no conocimiento o seguimiento de diversas acciones, lo que impidió un análisis profundo del fondo de las tesis presentadas.

Como sugerencia para investigaciones futuras, se propone un estudio jurimétrico sobre las decisiones emitidas por la Justicia Federal de Amazonas —estado que posee el mayor número de personas que se autodeclaran indígenas, según el IBGE, y donde diversas actividades económicas generan conflictos socioambientales en detrimento de los intereses de las comunidades indígenas— y por el Tribunal Regional Federal de la 1ª Región, instancia superior inmediata, sobre el derecho a la consulta libre, previa e informada previsto en el Convenio n.º 169 de la OIT.

Dado que las instancias de primera y segunda instancia pueden analizar cuestiones de hecho y pruebas, una investigación en este sentido podría contribuir a comprender mejor las delimitaciones y los contornos de este derecho en casos concretos, permitiendo identificar en qué situaciones el Tribunal juzga procedente o improcedente la demanda.

Bibliografía

- ABDALA NOGUEIRA PEREIRA, A.; DA CONCEIÇÃO CARDOSO, E.; DE SIQUEIRA MENDES MENDONÇA, Y. "A Efetivação da Consulta Prévia, Livre e Informada no Estado do Pará: uma Análise à Luz do Protocolo de Consulta Prévia da Comunidade Quilombola do Abacatal", *Quilombolas e outros povos tradicionais*. DONINI ROSSITO, F. et al (org.), CEPEDIS, Curitiba, 2019.
- ALBUQUERQUE DINO, N. "Entre a Constituição e a Convenção n. 169 da OIT: o direito dos povos indígenas à participação social e à consulta prévia como uma exigência democrática". *Boletim Científico Escola Superior Do Ministério Público Da União*, Brasília, a. 3, n. 42-43, p. 481-520, jan./dez. 2014. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/cientificas/index.php/boletim/article/view/435>. Acesso em: 20 ago. 2024.
- AMIN LIMA SILVA, L. "Convenção 169 da OIT e a livre determinação dos povos: protocolos autônomos de consulta como estratégia jurídica diante das ameaças aos territórios tradicionais". *Revista InSURgência*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 56-77, 2018. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/view/28875/25159>. Acesso em: 15 ago. 2024.

- BRASIL. *Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019*. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 10 ago. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 800/MT*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2019b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur419882/false>. Acesso em: 05 ago. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 995/AM*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2019c. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur416121/false>. Acesso em: 05 ago. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.277.937/RS*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2020a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1133030/false>. Acesso em: 05 ago. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 1.277.937/RS*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2021a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1181867/false>. Acesso em: 05 ago. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição nº 9.697/DF*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2021c. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1219210/false>. Acesso em: 05 ago. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição nº 9.698/DF*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2021d. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1319811/false>. Acesso em: 05 ago. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 37.906/DF*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2021e. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1201341/false>. Acesso em: 05 ago. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário nº 1.379.751/PA*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2022a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1351499/false>. Acesso em: 05 ago. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 991/DF*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2022b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1359846/false>. Acesso em: 05 ago. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória nº 959/RJ. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2023a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur488103/false>. Acesso em: 05 ago. 2024.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Processo nº 0813287-49.2022.4.05.0000*. Recife, Pernambuco: Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 2023b.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Processo nº 0813490-11.2022.4.05.0000*. Recife, Pernambuco: Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 2023c.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Processo nº 0801130-78.2021.4.05.0000*. Recife, Pernambuco: Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 2021f.

- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Processo nº 0800272-46.2021.4.05.8504*. Recife, Pernambuco: Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 2024.
- DE SIQUEIRA MENDES MENDONÇA, Y.; SIMONIAN, L. 387–400. “Desenvolvimento sustentável e o direito à consulta prévia no Brasil: um olhar a partir dos aspectos interdisciplinares da participação”. *Cadernos de Direito Actual*, n. 18, p. 387-400. Disponível em: <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/807>. Acesso em: 31 agosto 2024.
- DUPRAT, D. “A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada”, *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. DUPRAT, D. ESMPU, Brasília, 2015.
- DUPRAT, D. “A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada”. *Revista Culturas Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2014. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45016/25873>. Acesso em: 05 ago. 2024.
- DUPRAT, D. “A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada”, *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. DUPRAT, D. ESMPU, Brasília, 2015.
- DUPRAT, D. “A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada”, *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. DUPRAT, D. ESMPU, Brasília, 2015.
- DUPRAT, D. “A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada”. *Revista Culturas Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2014. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45016/25873>. Acesso em: 05 ago. 2024.
- FIGUEROA, I. “Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais”, *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil*. GARZÓN BIVIANY, R. (org.), Instituto Socioambiental, São Paulo, 2009.
- GIL, A. C. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed, Editora Atlas, São Paulo, 2002.
- GOMES, J. et al (org.). *Protocolos de consulta e consentimento prévio: ideias para elaboração de protocolos de consulta prévia, livre e informada e de consentimento*. FASE Amazônia, Rio de Janeiro, 2019.
- GRABNER, M. L. “O direito humano ao consentimento livre, prévio e informado como baluarte do sistema jurídico de proteção dos conhecimentos tradicionais”, *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. DUPRAT, D. ESMPU, Brasília, 2015.
- GUEDES NUNES, M. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o Direito*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.
- KIEFLER VEIGA, C.; COGO LEIVAS, P. G. “Comunidades tradicionais negras e a proteção da Convenção 169 da OIT”. *Revista Direito e Práx.*, v. 8, n. 4, dez. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/JDxkGzdFHgzxjwddyrw68Sj/#>. Acesso em: 15 ago. 2024.
- MARTINS DOMINGOS, J. V.; DE MORAES BRAGA JÚNIOR, S. A. “A Convenção nº 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada: relação com o princípio da dignidade da pessoa humana”. *Revista da AGU*, Brasília, v. 22, n. 04, p. 379-399, dez.2023.
- MILARÉ, É. *Direito do Ambiente*. 10. ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Conferencia Internacional del Trabajo, 101.ª reunión, 2012. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 1A)*. Ginebra: OIT, ILC,101/III/1ª, 2012.
- PONTES JÚNIOR, F.; OLIVEIRA, R. “Audiência pública, oitiva constitucional e consulta prévia: limites e aproximações”, *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. DUPRAT, D. ESMPU, Brasília, 2015.

- PONTES JÚNIOR, F.; OLIVEIRA, R. "Audiência pública, oitiva constitucional e consulta prévia: limites e aproximações". *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. DUPRAT, D. ESMPU, Brasília, 2015.
- PONTES JÚNIOR, F.; OLIVEIRA, R. "Audiência pública, oitiva constitucional e consulta prévia: limites e aproximações", *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. DUPRAT, D. ESMPU, Brasília, 2015.
- PULZATTO PERUZZO, P. "Direito à consulta prévia aos povos indígenas no Brasil". *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 4, p. 2708-2740, 2017.
- ROJAS GARZÓN, B.; MAGAMI YAMADA, E; OLIVEIRA, R. *Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais*. Rede de Cooperação Amazônica – RCA, São Paulo, 2016.
- SARAIVA NOGUEIRA JÚNIOR, B.; BUENO VIEIRA, T. "Empreendimentos em áreas indígenas: a tutela dos direitos indígenas durante o licenciamento ambiental no Brasil". *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 40, dez. 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/56356/41012>. Acesso em: 12 ago. 2024.
- SARAIVA NOGUEIRA JÚNIOR, B.; BUENO VIEIRA, T. "Empreendimentos em áreas indígenas: a tutela dos direitos indígenas durante o licenciamento ambiental no Brasil". *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 40, dez. 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/56356/41012>. Acesso em: 12 ago. 2024.
- SARAIVA NOGUEIRA JÚNIOR, B.; BUENO VIEIRA, T. "Empreendimentos em áreas indígenas: a tutela dos direitos indígenas durante o licenciamento ambiental no Brasil". *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 40, dez. 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/56356/41012>. Acesso em: 12 ago. 2024.
- SHIRAISHI NETO, J. "Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional". UEA, Manaus, 2007.
- SIMÃO FILHO, A.; NOGUEIRA MONNAZZI, R.; FREITAS DE ARAÚJO ALVES, F. "A teoria da nova empresarialidade e a Jurimetria como ferramenta auxiliadora para sua medição e concreção". *Revista Húmus*, v. 10, n. 30, 2020. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/352034307.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2024.
- VASCONCELOS MAIA, J. C.; DE SOUZA BRITO, C.; GIFFONI, J. "Direito à consulta prévia, livre e informada em contextos urbanos: o caso das comunidades quilombolas de Maicá e Abacatal no Estado do Pará". *ANAIS DO VII SEMINÁRIO DIREITOS, PESQUISA E MOVIMENTOS SOCIAIS*, v. 2526, p. 1223, 2018.
- WOLFGANG SARLET, I.; FENSTERSEIFER, T. *Princípios do Direito Ambiental*. 2.ed. Saraiva, São Paulo, 2017.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 25. Núm. Extraordinario (2024), pp. 437-451
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Procedimento dialógico e legitimidade democrática: da deliberação ao processo decisório no Brasil

Dialogical procedure and democratic legitimacy: from deliberation to decision in Brazil

Alan Monteiro de Medeiros¹

Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP

Bruna Agra de Medeiros²

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN

José Serafim da Costa Neto³

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN

Sumário: 1. Introdução. 2. Teoria da última palavra, supremacia judicial e supremacia do parlamento. 2.1. A proteção à supremacia constitucional: como? 2.2. Com a última palavra: o Judiciário. 2.3. Com a última palavra: o Legislativo. 2.4. Diálogo sem a última palavra: quando? Sempre. 3. Instâncias democráticas de deliberação e diálogo institucional: procedimento dialógico. 4. Conclusão. Referências.

Resumo: A pesquisa pretende avaliar se existe algum poder com a prerrogativa de ter a última palavra em relação à embates de natureza constitucional no ordenamento jurídico brasileiro e, no caso, qual seria. Nesse propósito, foram avaliadas nuances como “quem”, “que”, “como” e “quando”, haja vista a intenção de esmiuçar quem deve decidir, sobre o que será decidido, como será tal decisão e quando o processo poderá ser instaurado ou mediante quais as circunstâncias. Ademais, o debate contempla o estudo sobre a teoria da última palavra e do diálogo, somada à análise do processo decisório constitucional e do Estado Democrático de Direito. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, com natureza qualitativa e pesquisa bibliográfica. Concluiu-se que a supremacia constitucional e o embate democrático devem perpassar pelo procedimento discursivo com forte deliberação e participação ativa das instituições e da população via procedimento dialógico.

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP); Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); especialista em Moderna Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); Bacharel em Direito pela UFRN. Advogado.

² Pós-Doutoranda em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); Doutora em Direitos Humanos pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Mestre em Direito Constitucional e Garantias pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); especialista em Direito Civil pela Faculdade Paraíso do Norte; Bacharel em Direito pela UFRN. Assessora Jurídica no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN) e Professora Substituta na UFRN.

³ Advogado. Professor da UFRN. Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Especialista em Direito Público pela PUC/ MG. Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pela FCV. Graduado pela UFRN. Procurador Geral do Município de Santana do Matos. Sócio do CCGD Advocacia.

Palavras-chave: Legitimidade democrática. Supremacia constitucional. Processo decisório.

Abstract: The research aims to assess whether there is any power with the prerogative of having the last word in relation to conflicts of a constitutional nature in the Brazilian legal system and, if so, what that would be. For this purpose, nuances such as "who", "what", "how" and "when" were evaluated, given the intention of detailing who should decide, what will be decided, how such decision will be made and when the process can be initiated or under what circumstances. Furthermore, the debate includes the study of the theory of the last word and dialogue, together with the analysis of the constitutional decision-making process and the Democratic Rule of Law. To this end, the deductive method was used, with a qualitative nature and bibliographical research. It was concluded that constitutional supremacy and democratic conflict must go through the discursive procedure with strong deliberation and active participation of institutions and the population through a dialogic procedure.

Keywords: Democratic legitimacy. Constitutional supremacy. Decision-making process.

1. Introdução

A legitimidade democrática, no processo decisório constitucional brasileiro, tem sido objeto de muita discussão, principalmente pelo constante atrito entre os Poderes Judiciário, Legislativo ou Executivo. As argumentações insurgentes envolvem, além de opiniões de juristas, o entendimento de diversos setores da sociedade civil, fato que tem contribuído para um aparente enfraquecimento da própria democracia brasileira em si.

A construção do Estado Democrático de Direito se desenvolveu a partir de um conceito de separação de poderes, cujo conceito primordial abarca a legítima distinção de funções. De acordo com essa projeção organizacional, as estruturas de poder exerceriam suas respectivas funções, de acordo com as competências que lhes são atribuídas pela Constituição.

A separação de poderes se caracteriza por abranger um procedimento de diluição do poder em diferentes instâncias, contrariando a lógica da concentração ou do absolutismo, de modo a instaurar medidas visando dar concretude à chamada Teoria dos Freios e Contrapesos e coibir violações de direitos.

Dessa forma, a construção do Estado Democrático de Direito implicaria na instituição de parlamento cuja função básica consiste na representação eleitoral, já que pretende atender aos interesses da vontade democrática majoritária. Por outro lado, as cortes constitucionais teriam como objetivo, por meio da deliberação e da argumentação, de produzir decisões imparciais e não sujeitas a arranjos políticos ou negociações aptos a deturparem o sentido ético e jurídico. Posto isso, pode-se afirmar, com outras palavras, que a conformação do Estado Democrático de Direito ambiciona a aplicação do Direito Constitucional pelo exercício da hermenêutica jurídica.

No entanto, ocorre que o estrutura democrática não torna a citada relação entre cortes e parlamentos tão simplória. Na verdade, a discussão do tema ao entorno da separação de poderes, da hermenêutica constitucional e diante dos limites do Poder Judiciário nas atuações consideradas "ativistas" (ou não), enseja uma análise mais profunda. Isso se justifica porque a coexistência de poderes harmônicos entre si está pautada no exercício de funções típicas e atípicas, as quais possuem distorções e acarretam complexidades que serão avaliadas nesse escrito.

Existiria algum poder com a prerrogativa de ter a última palavra em relação à embates de natureza constitucional? Em caso afirmativo, seria a corte ou o parlamento? Qual desses poderes teria a legitimidade para decidir e, no caso, quando seria o momento de decidir? E mais, sobre quais matérias poderiam decidir?

Considerando a utilidade de avaliar o comportamento do Estado Democrático de Direito contemporâneo à luz das diretrizes constitucionais, aliada à essencialidade de propor reflexão crítica a respeito da coexistência dos poderes e suas funcionalidades, tem-se como pretensão inicial analisar e propor respostas para perguntas como “quem”, “que”, “como” e “quando” na perspectiva do processo decisório constitucional. Para tanto, a pesquisa utiliza o método dedutivo e abordagem qualitativa, com uso das técnicas de pesquisa bibliográfica, além do arrimo em textos acadêmicos e publicações em revistas científicas.

Essas palavras possuem o intento de dimensionar quem deve decidir, sobre o que deverá decidir, como se dará essa decisão, quando esse processo poderá ser instaurado ou sobre quais circunstâncias. São, então, as razões procedimentais e razões substanciais para a tomada de decisões em democracias constitucionais.

Em seguida, pretende-se avaliar as teorias da última palavra e do diálogo, bem como examinar como o processo decisório constitucional pode ser construído a partir do uso de ferramentas de diálogo entre as instituições de poder, como forma de fomentar e fortalecer o próprio regime democrático.

Ao final, o presente trabalho visa demonstrar como objetivo principal a imperiosa defesa da supremacia constitucional e do Estado Democrático de Direito, a partir do fortalecimento da democracia, examinando como o uso de métodos de democracia direta, no caso, a deliberação democrática, podem auxiliar para tanto.

2. Teoria da última palavra, supremacia judicial e supremacia do parlamento

A análise acerca da supremacia constitucional precede as avaliações acerca da teoria da última palavra e as abordagens dos temas das supremacias judicial e do parlamento, haja vista tratar de base teórica para a construção do conhecimento sobre o controle de constitucionalidade. Do ponto de vista do ordenamento jurídico sob a perspectiva nacional, José Afonso da Silva⁴ afirma que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do Estado - o que lhe confere validade -, assim como que é definida como a lei fundamental a partir da qual a sociedade busca obter estágio de organização que oriente as prestações estatais, prescreva direitos e deveres necessários⁵.

Essa supremacia também pode ter caráter formal, já que as normas constitucionais podem gozar de uma maior rigidez⁶ e de procedimento próprio para sua formação ou modificação, por meio das chamadas emendas constitucionais⁷. A Constituição brasileira, por exemplo, ainda que institua a ausência de hierarquia normativa, prevê a necessidade de procedimento próprio para as emendas constitucionais, com votação nas duas casas do parlamento, em dois turnos, com quórum de três quintos, totalmente diferente do que é observado no processo legislativo das leis infraconstitucionais (art. 60, § 2º).

⁴ SILVA, J.A.D. *Curso de Direito Constitucional*. 44. ed. Malheiros, São Paulo, 2022.

⁵ SILVA, J.A.D. *Curso de Direito Constitucional*. 44. ed. Malheiros, São Paulo, 2022.

⁶ ALMEIDA NETO, M.C.D. “Jurisdição e a supremacia das normas constitucionais”, *Caderno Virtual*, nº. 1, 2008. Nesse ponto, importa trazer à lume o entendimento de Luís Roberto Barroso acerca da rigidez constitucional. Para ele, a dicotomia entre Constituição rígida e a Constituição flexível não se confunde, mas, apesar disso, se superpõe em ampla medida, tendo em vista a distinção entre Constituição escrita e não escrita. De acordo com a sua inteligência: “Diz-se flexível a Constituição cujo processo de reforma coincide com o modo de produção da legislação ordinária, inexistindo diferença formal entre norma constitucional e norma infraconstitucional (...). Já a rigidez constitucional traduz a necessidade de um processo especial para a reforma da Constituição, distinto e mais complexo do que o necessário para a edição das leis infraconstitucionais, e que no caso brasileiro incluem quórum e procedimento diversos, além de limitações materiais e circunstanciais”. (BARROSO, L.R. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Saraiva, São Paulo, 1998, p. 152-153.)

⁷ SILVA, J.A.D. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, Malheiros, São Paulo, 2000.

Na democracia constitucional brasileira, o processo decisório constitucional⁸ recai sobre a constitucionalidade das ações ou, ainda, se debruça sobre as omissões praticadas pelo Estado. Esse aspecto é salutar, uma vez que há a necessidade imperiosa de se debruçar acerca da constitucionalidade de ações comissivas e, ainda, das omissões que provocam a violação de direitos às pessoas.

Partindo desse pressuposto, propõe-se a indagação sobre o “que” se decide. Em outras palavras, a primeira pergunta a ser enfrentada alude à constitucionalidade de determinada situação jurídica, sob o ponto de vista da “justiça”, na proteção da supremacia constitucional e dos direitos fundamentais. O “como”, em seu turno, faz referência à forma de ser realizado o processo decisório constitucional, que seria o próprio controle de constitucionalidade, nos modelos concentrado, difuso, ou político, nas alçadas dos Poderes Legislativo e do Executivo⁹.

É preciso se debruçar acerca do tema com a ideia elementar de que o debate sobre a constitucionalidade das leis e conflitos intersubjetivos à luz da lógica da separação de poderes envolve, sobretudo, a aplicação da Teoria de Freios e Contrapesos¹⁰. Isso porque as funções principais e secundárias de cada Poder devem ser preservadas a fim de que seja possível alcançar o pilar central do Estado Democrático de Direito¹¹, qual seja, a proteção da supremacia constitucional.

Tanto o Poder Judiciário, quanto os Poderes Legislativo ou o Executivo podem, no exercício regular de suas funções, decidir de forma a violar a supremacia constitucional, ainda que o objetivo precípuo seja o inverso. Entretanto, as inconstitucionalidades fragilizam o ordenamento jurídico e a própria democracia, razão que demonstra a importância da proteção à supremacia da Constituição. Nesse contexto, emerge a importância de refletir acerca de “como” ocorre o processo de averiguação de constitucionalidade e eventual declaração de inconstitucionalidade.

Nesse intento, o próximo tópico se digna a esmiuçar o modo “como” ocorre o processo mencionado, especialmente considerando-se a elementaridade de se proteger a supremacia constitucional.

2.1. A proteção à supremacia constitucional: como?

A necessidade de proteção da supremacia constitucional implica na criação de procedimentos que visam extirpar do ordenamento jurídico atos normativos considerados contrários ao texto constitucional originário. Nessa intenção, foi atribuída ao Poder Judiciário a função de analisar e de julgar atos considerados como constitucionais ou não, assim como atribuída a função de avaliar as omissões eventualmente ocorrentes.

Entretanto, importa destacar que o controle de constitucionalidade não compreende tão somente a vertente judicial, mas, também, a seara política, exercida pelos Poderes Legislativo e pelo Executivo. Fato que é a atividade judicante ocorre com

⁸ Aqui compreendido como o procedimento jurisdicional de tomada de decisões por cortes constitucionais, ou por juízes exercendo essa função ainda que na modalidade de controle constitucional difuso.

⁹ HÜBNER MENDES, C., (2008). *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Doutorado, Universidade de São Paulo. [Consultado em 5 de janeiro de 2024]. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf.

¹⁰ PISKE DE A. BARBOSA, O., BENITES SARACHO, A. “Considerações sobre a teoria dos freios e contrapesos (checks and balances system), *RJLB*, Ano 5, nº. 2, 2019, pág. 1631. [Consultado em 12 de junho de 2024]. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019_02_1627_1634.pdf.

¹¹ Importa refletir, nesse ponto, que a consolidação do Estado Democrático de Direito é compatível com a teoria de freios e contrapesos na medida em que se institui a limitação do poder do Estado por meio das normas, mas, ao mesmo tempo, garante-se a liberdade política dos indivíduos e, em especial, a preservação dos interesses das minorias. (SILVA BACELAR DE VASCONCELOS, P.C.D., (1996). *Teoria geral do controle jurídico do poder público*. Doutorado, Universidade de Coimbra, Lisboa. [Consultado em 12 de junho de 2024]. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/396.>)

o esteio da aplicação principiológica, haja vista sua importância e, inclusive, o caráter normativo que os princípios exercem no ordenamento jurídico pátrio¹².

Com relação ao Poder Legislativo, a função de legislar deve respeitar o processo legislativo previsto na norma maior, assim como retirar do debate legislativo as proposições que podem, de alguma maneira, violar as normas constitucionais ou, mesmo, extirpar o curso de propostas que não se coadunem do ponto de vista formal¹³. O Poder Executivo, em seu turno, pode, em determinados casos, vetar propostas aprovadas no âmbito do Poder Legislativo, caso as considere eivadas de vício (art. 66, § 1º da CF/88).

Porém, é lúcido expor que reside no Poder Judiciário grande parcela do debate constitucional¹⁴. O controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário tem em sua origem alguns modelos ou sistemas distintos. O modelo kelseniano, por exemplo, demanda da Corte Constitucional uma análise objetiva, no chamado modelo concentrado. O modelo norte-americano, de *judicial review*, por sua vez, parte de uma visão difusa e incidental¹⁵.

Dito de modo diverso, a análise da constitucionalidade normativa pode ser feita a partir de um processo objetivo, com intuito exclusivo de debate da constitucionalidade, pela Corte Constitucional (ou Corte Suprema), o qual terá efeito *erga omnes*. Mas também, em caráter difuso, poderá ser realizado pela jurisdição ordinária, em exame de casos concretos, com efeito apenas para as partes participantes do citado processo (em regra)¹⁶. O Brasil, neste caso, adota os dois modelos.

A partir dessas premissas, pode-se afirmar que uma norma elaborada pelo Poder Legislativo federal pode ter sua eficácia restringida por qualquer membro do Poder Judiciário, em qualquer processo, quando houver o exercício do controle difuso e ou, ainda, o incidental de constitucionalidade. Válido apontar, nesse cenário, a possibilidade constitucional de que seja declarada a inconstitucionalidade da norma pela Corte Suprema, em processo objetivo, perdendo validade em todo território nacional.

Nesse contexto, tem-se o primeiro embate: se os Poderes Legislativo e Executivo não considerarem tal norma inconstitucional, devem se submeter ao crivo do Poder Judiciário? Caso discordem, terão a oportunidade de questionar e de superar o entendimento do Poder Judiciário? Essas perguntas refletem outras inquietações associadas aos temas de controle de constitucionalidade e separação de poderes para outra esfera: quem deve decidir? Haveria uma instância máxima responsável pela última palavra? Seria o Poder Legislativo ou o Poder Judiciário?

Diante dessas conjecturas, serão expostos os argumentos favoráveis à posição de que deve o Poder Judiciário ser o detentor da última palavra e, posteriormente, os argumentos favoráveis ao protagonismo do Poder Legislativo nesse âmbito.

¹² SANTOS, Mariana Galvan dos; FOLLE, Ana Júlia Cecconello; PILATI, Adriana Fasolo. Princípios constitucionais como forma de efetivar o estado democrático de direito no Brasil. *Revista Digital Constituição e Garantias*. v. 15 n. 1 (2022): 26ª Ed. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/34030/18108>. Acesso em: 26 jul. 2024. p. 185.

¹³ ÁVILA CUNHA, A. A. *Controle de Constitucionalidade: o histórico e uma breve visão sob o enfoque da Constituição Federal de 1988*, Clube de Autores, Joinville, 2016, p. 15-16.

¹⁴ Para muitos juristas, a exemplo de Inocêncio Mártires Coelho e Gilmar Ferreira Mendes, o Poder Judiciário desempenha atualmente função preponderante no ordenamento jurídico pátrio e que, inclusive, tal decorre da atuação expansiva do Supremo Tribunal Federal. Na oportunidade do julgamento do Mensalão (Ação Penal nº 470), o ex-ministro Joaquim Barbosa fez alusão a esse entendimento. FERREIRA MENDES, G., MÁRTIRES COELHO, I., GONET BRANCO, P.G. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. Saraiva, São Paulo, 2017.

¹⁵ FERREIRA MENDES, G., MÁRTIRES COELHO, I., GONET BRANCO, P.G. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. Saraiva, São Paulo, 2017.

¹⁶ FERREIRA MENDES, G., MÁRTIRES COELHO, I., GONET BRANCO, P.G. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. Saraiva, São Paulo, 2017, p. 1651-1652.

2.2. Com a última palavra: o Judiciário

A avaliação a respeito dos argumentos favoráveis para que os Poderes Judiciário e Legislativo sejam os titulares da última palavra perpassa pela análise da preservação do princípio democrático.

Para os adeptos à tese de que o Poder Judiciário deveria ter a última palavra, como Ronald Dworkin, Habermas, Binenbojm, Oscar Vilhena Vieira e Bonavides, argumenta-se que possui função institucional relevante, com forma de atuação muito divergente do Poder Legislativo. Para eles, por razões e argumentos distintos que serão a seguir expostos, ainda que ambos possam exercer a defesa da supremacia constitucional, por exemplo, a visão favorável ao papel do Judiciário como detentor do último pronunciamento entende que a corte seria um mecanismo eficiente e necessário para neutralizar, em última instância, os conflitos constitucionais¹⁷.

A crença de que a objetividade do Poder Judiciário ou, ainda, que “o grau de pureza” de suas decisões em relação a conotações políticas seria maior, serve como norte para seus defensores. Acredita-se que os membros do Poder Judiciário, em condições normais, não estariam submetidos a regime de mandatos ou à dinâmica eleitoral e, por isso, maior propensão à emissão de decisões “justas”. Apesar desse posicionamento, entendem que o Poder Legislativo é indispensável e que o papel das cortes é apenas complementar, não de substituir¹⁸.

Nesse sentido, as cortes constitucionais teriam a condição de garantir as condições prévias à democracia, como a própria estabilidade do pleito eleitoral, notadamente com relação à escolha daqueles que formarão o parlamento. Além disso, defendem que as cortes atuam de modo a impedir que decisões legislativas contrárias à formalidade ou substância constitucional possam, de qualquer maneira, interferir na democracia. Isso porque as cortes também teriam a função elementar de garantir direitos fundamentais, os quais permitiriam as condições para a realização do procedimento majoritário.

Em uma lógica democrática, além do procedimento eleitoral, a comunidade, ou sociedade, também devem gozar de um ambiente ou de condições democráticas, para que o pleito assim seja, não bastando a existência do procedimento. O Juiz Hércules, pensado por Dworkin, portanto, seria a personificação desse entendimento¹⁹. Na realidade, tem-se a primazia democrática nas decisões pela concepção de que a democracia assume valores morais e que cada cidadão merece consideração e respeito em igualdade²⁰.

O Poder Judiciário, nessa perspectiva, teria as condições de operar como uma instância contra majoritária, na proteção dos direitos da minoria, evitando uma possível construção da tida “tirania da maioria”, que poderia ser consequência da atuação do Poder Legislativo. Não obstante, a defesa da supremacia judicial argumenta, ainda, que, caso haja uma insatisfação com a atuação do Poder Judiciário, seria possível a elaboração de emendas constitucionais, ou, ainda, a estruturação de mobilizações para a refundação do regime.

¹⁷ BERMAN CORRÊA PINTO, J.G. “Supremacia Judicial e Controle de Constitucionalidade”, *Direito Público*, 7, nº. 31, 25-57, 2010. [Consultado em 6 de agosto de 2024]. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1670/968>.

¹⁸ HÜBNER MENDES, C., (2008). *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Doutorado, Universidade de São Paulo. [Consultado em 5 de janeiro de 2024]. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf.

¹⁹ HÜBNER MENDES, C., (2008). *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Doutorado, Universidade de São Paulo. [Consultado em 5 de janeiro de 2024]. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf.

²⁰ CONSANI, Cristina Foroni; ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro. *Revista Direito e Liberdade*. ISSN 1809-3280. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.19_n.02.02.pdf. Acesso em: 30 jul. 2024. P. 61.

Dessa maneira, o Estado de Direito teria em sua própria lógica de existência a atuação da corte no monitoramento do funcionamento do Poder Legislativo, a partir de um procedimento racional, argumentativo e deliberativo, provocando um debate acerca de aspectos jurídicos e principiológicos e não partidários, ou negociais (barganha). Por último, alega-se que os membros do Poder Judiciário, em determinado momento²¹, seriam escolhidos ou indicados por autoridades eleitas, seja para compor tribunais locais ou, principalmente, na formação da Corte Constitucional Suprema, o que denota sua inserção no sistema democrático.

Ao derrubar leis ofensivas ao ordenamento jurídico e aos próprios valores constitucionais consagrados, a intervenção judicial como a última palavra, na realidade, se revela como instrumento favorável à preservação da democracia²². Nessa perspectiva, o ministro Gilmar Mendes, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3510, que debateu sobre as pesquisas com células tronco embrionárias, proferiu o pensamento de Robert Alexy – e se posicionou sobre a celeuma – ao expor que “o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal, constitucional e argumentativamente”²³.

Em síntese, esses são os argumentos favoráveis à defesa da supremacia judicial como instância amplamente revisora dos atos e das práticas do parlamento. Superado esses esclarecimentos, passa-se à análise dos motivos que embasam a supremacia do Poder Legislativo e as críticas à revisão judicial.

2.3. Com a última palavra: o Legislativo

Sob a perspectiva da supremacia do parlamento, tem-se que, no espectro da separação de poderes ou da distinção constitucional de funções, a revisão judicial não deve ser a regra. Essa corrente ideológica parte do pressuposto de que a atuação do Poder Judiciário deve ser a exceção e deverá ser aplicada em situações atípicas ou patológicas, como defende Jeremy Waldron²⁴. A possibilidade de revisão judicial se daria, principalmente, quando verificada a disfuncionalidade do parlamento, além de instituições judiciais em bom funcionamento. O parlamento teria uma importante função de acomodação de extremos, não de polarização²⁵.

Diante dessa concepção, o parlamento teria condições de alcançar um ideal de democracia possível, com seu caráter representativo, possibilitando a manifestação dos interesses da população de forma mais genuína, ainda que por meio da representação democrática indireta²⁶. Àqueles que concordam com a última palavra do legislativo

²¹ Na constituição brasileira, por exemplo, a formação dos Tribunais se dá mediante escolha pelo Poder Executivo. Seja pela competência exclusiva, como a indicação de Ministro da Suprema Corte, seja pela escolha após formação de listas pelos próprios Tribunais, a título de exemplo, nas Cortes regionais ou estaduais.

²² BINENBOJM, G. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2004, p. 245-246.

²³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008, *Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 3510 DF*, data de julgamento 29 de maio 2008, data de publicação 28 de maio de 2010.

²⁴ WALDRON, J. “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, 115:1346, 2006. [Consultado em 5 de janeiro de 2024]. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/9638/54_115YaleLJ1346_April2006_.pdf?sequence=2&isAllowed=y.

²⁵ WALDRON, J. “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, 115:1346, 2006. [Consultado em 5 de janeiro de 2024]. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/9638/54_115YaleLJ1346_April2006_.pdf?sequence=2&isAllowed=y.

²⁶ POLI, V. “Quem deve ser o detentor da última palavra, judiciário ou legislativo?”, *Revista Faculdade de Direito Sul de Minas*, 31, nº. 2, 355-380, 2015. [Consultado em 13 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/2c9d0aad05d4affd3fff862f2ea5b9df.pdf>.

defendem que o Poder Judiciário não deve ocupar essa posição, visto que sua composição está pautada no déficit democrático caracterizado por juízes vitalícios e não legitimados para representar o Estado pelo povo²⁷.

Com efeito, a pluralidade dos participantes das casas legislativas²⁸ sugere que seria adequada essa corrente ideológica, uma vez que permitiria a reunião e o debate pelo povo, por intermédio da aplicação de vias indiretas de escolha com a eleição de representantes. Os representantes, portanto, seriam escolhidos em um procedimento que permitiria a qualquer cidadão votar, ou até ser votado, garantindo a maior pluralidade decisória. Uma visão que seria equivocada quanto ao parlamento diz respeito à ignorância da população, que faria uma péssima escolha de seus representantes²⁹.

A citada visão é refutada por Waldron, sob o argumento central de que a revisão judicial não seria capaz de solucionar essa suposta problemática, pois as decisões da corte precisariam de apoio na sociedade para terem efetividade e, portanto, não seriam capazes de, isoladamente, solucionar todo e qualquer problema jurídico³⁰. Por conseguinte, o Poder Legislativo, na utilização de um procedimento democrático e de votação por maioria, conseguiria, na prática, se adequar ao princípio da igualdade e ter maior plenitude democrática em suas decisões.

Além disso, haveria a contra argumentação às ideias defendidas pela posição da supremacia judicial, como a de que a corte não seria um órgão isento de ideologia ou parcialidade, ou neutro, por estar, sim, inserida no ambiente político e sujeita às pressões e questões ideológicas. Corroborando essas ideias, Martonio Lima assevera que o controle de constitucionalidade em face de leis e atos normativos, ao ser realizado por atores sem legitimidade democrática, não satisfaz os requisitos do que ele denomina 'teoria democrática'³¹.

Nesse debate, importa acrescentar que as decisões da corte também podem estar erradas, o que relevaria outro tipo de tirania em relação ao do Poder Judiciário, que não poderia ser entendido como único ou último intérprete da Constituição³².

Assim, a revisão judicial não seria necessariamente uma consequência do Estado de Direito, pois isso, na verdade, configuraria uma visão superestimada do Poder Judiciário. A corte não conseguiria, obrigatoriamente, promover o debate público melhor que o legislativo, por usar uma linguagem muito técnica, distante e inacessível³³.

²⁷ BARBOSA, A.E.I, MONT'ALVERNE BARRETO LIMA, M. "Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo", *Revista de Investigações Constitucionais*, 4, nº. 4, 151-170, 1996. [Consultado em 15 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/hDx6rtYXCysqsqWX6MzYy6P/?lang=pt>.

²⁸ Para José de Albuquerque Rocha, o Poder Legislativo comporta a instância política por excelência mais representativa da soberania popular e do pluralismo político, social e ideológico da sociedade, haja vista que, nele, estão representadas todas as tendências. (ALBUQUERQUE ROCHA, J.D. *Estudos sobre o poder judiciário*, Malheiros, São Paulo, 1995, p. 52-53.)

²⁹ A falta de conhecimento, instrução ou escolaridade de boa parte da população conduziria a um processo de escolha motivado por outras questões, como presentes singelos, simpatia, e não pela escolha do potencial do candidato para exercer a função pública.

³⁰ WALDRON, J. "The Core of the Case Against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, 115:1346, 2006. [Consultado em 5 de janeiro de 2024]. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/9638/54_115YaleLJ1346_April2006_.pdf?sequence=2&isAllowed=y.

³¹ MONT'ALVERNE BARRETO LIMA, M. "Jurisdição Constitucional: um problema da Teoria da Democracia Política", in *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional* (PEREIRA DE SOUZA NETO, C. et al.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003, p. 199-201.

³² A tirania do Poder Judiciário, ou juristocracia, é tema estudado por Glauco Leite. (SALOMÃO LEITE, G. *Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2021.)

³³ HÜBNER MENDES, C., (2008). *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Doutorado, Universidade de São Paulo. [Consultado em 5 de janeiro de 2024]. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf.

2.4. Diálogo sem a última palavra: quando? Sempre

A supremacia legislativa defende que o parlamento é o órgão com maior capacidade de tutelar os interesses da sociedade, como visto, em virtude do seu caráter democrático e representativo, de modo a garantir a efetiva proteção constitucional. Os adeptos à essa teoria entendem que a constituição deve representar o ideal sociopolítico da população, sendo interpretada e modificada a partir dos interesses sociais. Os interesses sociais, por suas vezes, seriam melhor aferidos nas votações majoritárias promovidas pelo parlamento.

A supremacia do parlamento sustenta, de forma sucinta, que o controle de constitucionalidade realizado nas instâncias prévias do Poder Legislativo seria suficiente para assegurar a supremacia constitucional. Sendo assim, somente em condições excepcionais, seria permitida a atuação do Poder Judiciário.

A supremacia judicial concebe que o Poder Judiciário deteria a maior capacidade de analisar fielmente os argumentos e razões que estão postos a julgamento, inclusive aferindo as opiniões da esfera pública postas em debate. Desse modo, a análise de constitucionalidade feita por este órgão seria mais isenta e poderia produzir efeitos melhores, a exemplo da esperada função contra majoritária de proteção de direitos fundamentais de minorias.

Não obstante, para responder como o controle de constitucionalidade se encaixaria melhor em um Estado Democrático de Direito, a partir de uma visão de respeito à separação de poderes, é importante ressaltar que a melhor decisão seria aquela com um melhor desempenho democrático, ou, melhor “desempenho deliberativo”³⁴.

Significa que o “quem” e o “quando” seriam respostas variáveis e provisórias, a depender da circunstância. Dessa maneira, em alguns momentos, caberia à corte não se posicionar e respeitar a decisão do parlamento, mas, em outras ocasiões, acredita-se que o parlamento deveria entender que aquela tem melhor aptidão para decidir. Isso se daria a partir de diálogos entre as instituições (ou diálogos institucionais) como forma de promoção da deliberação democrática, impulsionando o debate não só nelas, mas também na sociedade, ao ponto de fortalecer a própria Democracia e o Estado em si.

Essa visão compartilha da ideia de que nenhuma instituição é suficiente capaz de garantir, individualmente, a consideração de todas possíveis visões e preocupações, principalmente em se tratando de sociedades plurais e complexas. Então, a deliberação teria a função de fomentar a percepção dos mais diversos valores, construindo para a construção de decisões cada vez melhores.

Nesse sentido, tanto a corte, como o parlamento, teriam legitimidade para agir de forma ativista, seja pela declaração de inconstitucionalidade em um processo abstrato, pelo Poder Judiciário; seja pela retomada da discussão, posteriormente, pelo parlamento, superando o entendimento no denominado efeito “backlash”.

Pode-se afirmar, nesse pórtico, que não se trata de uma análise de extremos, entre a supremacia do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo. Trata-se, na verdade, de um procedimento democrático de deliberação segundo o qual caberia à Suprema Corte a intervenção, por exemplo, quando verificada que a decisão do Poder Legislativo não tivesse suficiente madura do ponto de vista do debate popular, ou quando gerasse uma violação grave a direitos consolidados.

A depender da situação, seria demandado ao Poder Judiciário uma atuação mais ativista, ou a autocontenção. Nesse ponto, George Salomão Leite esmiuçou que o ativismo judicial, na realidade, se manifesta com as decisões que ampliam os poderes do Tribunal e diminuem os espaços de atuação de outros órgãos estatais. É necessário

³⁴ HÜBNER MENDES, C., (2008). *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Doutorado, Universidade de São Paulo. [Consultado em 5 de janeiro de 2024]. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf.

refletir com cautela a respeito desse ponto, pois, conforme adverte o próprio autor, isso não significa, necessariamente, a intromissão ilegítima em relação aos demais atores. Logo, criticável a condenação preliminar de toda e qualquer decisão 'ativista' e, ainda, o enaltecimento de postura judicial passiva³⁵.

No entanto, isso não significaria um ponto final. A partir dessa intervenção da corte, caberia ao parlamento promover novamente o debate, aprofundar a deliberação e argumentação, superando o posicionamento da corte em nova decisão, tornando cada vez consolidada e madura a democracia. O procedimento democrático de deliberação entre instituições deve, no contexto de cada esfera de poder, se atentar às manifestações e reações populacionais, buscando, como objetivo maior, a defesa e promoção da democracia constitucional.

Nesse contexto, tem-se a possibilidade do estabelecimento de procedimentos próprios que possam fomentar o diálogo institucional e a deliberação social³⁶. Por conseguinte, adiante, o presente trabalho examinará o papel do Poder Judiciário como mecanismo garantidor da democracia, a partir de uma função principal de "fiscal da deliberação", com vias a garantir que as decisões tomadas tenham observados procedimentos democráticos eficazes, possibilitando a participação direta (ou por meio de representantes) da população interessada.

3. Instâncias democráticas de deliberação e diálogo institucional: procedimento dialógico

A crise e o ataque à democracia demonstram que a necessidade de seu fortalecimento perpassa pela repaginação de suas estruturas, a partir da adoção de instrumentos de participação direta da sociedade nos processos de tomada de decisão, como refletiu Boaventura de Sousa Santos³⁷. Nesse caso, é papel dos Poderes Judiciário e Legislativo, fomentar a inclusão participativa, fazendo com que haja o crescimento do debate democrático.

Para isso é crucial a adoção de meios diretos de participação democrática, a exemplo das audiências públicas, plebiscitos e referendos. Afinal, não é de hoje que a democracia, em sua concepção direta, é classificada com um direito fundamental, consistente na participação da população e essencial para a construção democraticamente legítima do poder constitucional, seja ele o Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Sobre o assunto, Bonavides afirmou que são direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e, ainda, o direito ao pluralismo. Esses direitos, para o autor, são dependentes da concretização do que denominou como "sociedade aberta do futuro", caracterizadas pela busca da inclusão da sociedade em todos os temas e serviços afetos à coletividade. Também defendeu que a democracia positivada, enquanto direito de quarta geração, há de ser uma democracia direta e cuja aplicabilidade seja exercida por meio da adesão progressiva aos avanços da tecnologia de comunicação às aberturas pluralistas do sistema³⁸.

O uso de mecanismos de deliberação e participação ativa dos cidadãos e das cidadãs, como forma de crescimento do sentimento de pertencimento, principalmente no contexto de sociedade plural devem ser compreendidos como condições, ou pré-requisitos, de um Estado Democrático: "a política deliberativa não é um ideal elevado a partir do qual teríamos de medir a realidade desprezível, mas sim, nas sociedades

³⁵ SALOMÃO LEITE, G. *Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2021, p. 145.

³⁶ CARVALHO E SILVA, F.G.D., LIBERATO TIZZO, L.G., SAMPAR, R. "Amicus Curiae e a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição como direito fundamental", *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, 15, nº. 2, 2024, p. 7-8. [Consultado em 19 de maio de 2024]. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/33778/18426>.

³⁷ SOUSA SANTOS, B.D. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 4. ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2009.

³⁸ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. Malheiros, São Paulo, 2004, p. 517.

pluralistas, um pré-requisito para a existência de qualquer democracia digna desse nome”³⁹.

Na verdade, entende-se pela possibilidade de construção de procedimentos dialógicos entre as instituições e a população interessada. Nesse aspecto, a construção de decisões pautadas no diálogo e na cooperação possibilitam a atuação do Poder Judiciário em interação com outros órgãos estatais - como o Poder Executivo -, no desempenho de políticas públicas e no atendimento a direitos sociais, além de atuar como uma instância de fomento do debate democrático, sem configurar, necessariamente, uma intromissão indevida.

No intuito de propiciar um modelo mais direto da democracia, tem-se a aplicação de métodos deliberativos como forma de legitimação da decisão a ser tomada. Nesse ponto, entende-se que o diálogo se mostra como ferramenta essencial, seja ele institucional, entre os poderes, seja um diálogo de abertura, para a população.

De um lado, o comunitarismo e a jurisprudência de valores adotam a percepção de que “sendo a Constituição uma ordem concreta de valores, as Cortes Constitucionais somente poderão garantir os direitos fundamentais enquanto houver consenso comunitário sobre os mesmos”⁴⁰. Quer dizer que as decisões seriam pautadas a partir das concepções políticas/morais de uma comunidade. Porém, a perspectiva dialógica entende que a legitimidade da decisão não pressupõe, necessariamente, uma visão comunitária ou em consenso, mas sim o convite para possibilitar a efetiva participação e influência.

Nessa conjectura, aplicando a possibilidade de um procedimento deliberativo para a jurisdição, Ricardo Tinoco, a partir de um aporte Habermasiano, demonstra que a legitimidade conteudística, em uma sociedade complexa e plural (tal qual a contemporânea), só seria possível se eventualmente for alcançado o ideal de conceder oportunidades de participação e de deliberação popular de maneira ampla. O professor e magistrado defende, outrossim, que é, na defesa do argumento teórico de Habermas, que é possível assegurar a argumentação e posterior tomada decisão dotada de legitimidade⁴¹.

Desse modo, para além de um procedimento deliberativo de participação, a legitimidade constitucional derivará, também, do conteúdo da decisão a ser tomada, caso exista real e fidedigna confrontação deliberativa de discursos e argumentos entre instituições e interessados. Em outros termos, não basta a existência de uma abertura para o diálogo ou, num contexto processual jurisdicional, de uma convocação para audiência. Deve-se analisar, esmiuçar, enfrentar, os argumentos deduzidos.

É imprescindível, para a legitimidade da decisão jurisdicional, tomada em contexto processual, que tais argumentos possam de fato influenciar a decisão a ser tomada, caso contrário, como mesmo preconiza o Código de Processo Civil em seu artigo 489, §1º, inciso IV, poderá ser considerada nula e não fundamentada, por não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo.

Em suma, o exposto até o momento conflui para a compreensão de que a legitimidade deve ser garantida não apenas sob a perspectiva procedimental, mas também conteudista da seguinte maneira: se de um lado deve existir um procedimento que imponha a adoção de instrumentos de participação direta e diálogos institucionais; de outro lado tais diálogos não podem ser vazios, mas sim argumentativos, analisados e enfrentados pela decisão, conforme já preconiza o próprio Código de Processo Civil.

O enfrentamento pela decisão de todos os argumentos capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador é justamente entendido como o direito de influenciar a decisão, consequência de um efetivo contraditório processual. Nesse

³⁹ HABERMAS, J. *Uma nova mudança estrutural da esfera pública e a política deliberativa*. Trad. Denilson Luís Werle. Unesp, São Paulo, 2023, p. 36.

⁴⁰ SOUZA CRUZ, A.R.D. *Jurisdição Constitucional Democrática*. 2. ed. Arraes, Belo Horizonte, 2014, p. 162.

⁴¹ GÓES, R.T.D. *Democracia deliberativa e jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas*, Juruá, Curitiba, 2013, p. 249.

aspecto, em todo e qualquer processo, o contraditório deve ser exercido em seu caráter material, não apenas formal.

Nesse ponto, interessante mencionar debate proposto no texto intitulado “Diálogo processual intersubjetivo pós-Código de Processo Civil de 2015: a jurisprudência do superior tribunal de justiça caminha no sentido de garanti-lo ou limitá-lo?”, em que os autores pontuaram que o contraditório é fundamental porque contruibui para a participação ampla e qualificada das partes. Além disso, expuseram que a fundamentação adequada e crítica – com o exame detido de todos os elementos levados aos autos – propicia a atuação qualificada do órgão jurisdicional de modo a primar pelas garantias fundamentais das partes⁴². Isso precisa ser levado em consideração, aliás, porque é com base na fundamentação que se verifica as razões pelas quais a deliberação jurisdicional foi admitida.

O contraditório como um direito de influência deve ser concebido não só como instrumento processual, mas sim de toda decisão a ser tomada no Estado Democrático de Direito, próprio de uma formatação democrática participativa e deliberativa, como um direito do cidadão de influenciar as decisões estatais que interferem em sua vida⁴³. Portanto, a participação dos interessados, assim como das instituições⁴⁴, deve permitir a real capacidade de influenciar as decisões a serem tomadas.

Enfim, qual seria a proposta de procedimento dialógico para a garantia da supremacia constitucional, sob a ótica democrática de deliberação?

Partindo do pressuposto que a legitimidade democrática necessária para a atuação dos poderes prescinde da efetiva participação da sociedade, entende-se que, inicialmente, caberia ao Poder Legislativo, por exemplo, dar início ao debate de mudança constitucional, legislativa, propiciando o debate público, com a devida convocação da sociedade civil, utilizando-se inclusive, dos meios digitais para tanto.

Ao Poder Judiciário, portanto, caberia, quando demandado, analisar a profundidade obtida pelo debate legislativo, a ponto de aferir se houve, ou não, o devido respeito às condições democráticas exigidas. Para fins de exemplificação, pode-se tomar o seguinte: durante o processo de *impeachment* da então Presidente Dilma Rousseff, tornou-se fato público e notório a argumentação e fundamentação de parlamentares, em seus respectivos votos, com o uso de frases como “pela minha família”, “pelos meus filhos”, e etc.

Em que pese o exemplo possa parecer vulgar, pesquisas apontam que a palavra “família” foi usada por mais de 110 vezes durante o processo, sendo a justificativa para

⁴² MOURA ALVES DE PAULA FILHO, A., GRASSI DE GOUVEIA, L. “Diálogo processual intersubjetivo pós-Código de Processo Civil de 2015: a jurisprudência do superior tribunal de justiça caminha no sentido de garanti-lo ou limitá-lo?”, *Revista Brasileira de Direito Processual - Rbdpro*, nº. 117, 139-158, 2022. [Consultado em 30 de dezembro de 2022]. Disponível em: https://www.academia.edu/80958450/Di%C3%A1logo_processual_intersubjetivo_p%C3%B3s_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_de_2015_a_jurisprud%C3%Aancia_do_Superior_Tribunal_de_Justi%C3%A7a_caminha_no_sentido_de_garanti_lo_ou_limit%C3%A1_lo.

⁴³ MOURA ALVES DE PAULA FILHO, A., GRASSI DE GOUVEIA, L. “Diálogo processual intersubjetivo pós-Código de Processo Civil de 2015: a jurisprudência do superior tribunal de justiça caminha no sentido de garanti-lo ou limitá-lo?”, *Revista Brasileira de Direito Processual - Rbdpro*, nº. 117, 139-158, 2022. [Consultado em 30 de dezembro de 2022]. Disponível em: https://www.academia.edu/80958450/Di%C3%A1logo_processual_intersubjetivo_p%C3%B3s_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_de_2015_a_jurisprud%C3%Aancia_do_Superior_Tribunal_de_Justi%C3%A7a_caminha_no_sentido_de_garanti_lo_ou_limit%C3%A1_lo.

⁴⁴ A participação das instituições diz respeito ao entendimento de diálogos institucionais, os quais podem ser compreendidos como diálogos constitucionais entre os poderes, se baseando em uma relação “de paridade entre Cortes e Parlamentos. Por isso, é incompatível com essa proposta qualquer corrente a favor da supremacia parlamentar ou judicial”. E conclui: “De fato, em uma sociedade plural e complexa, a interpretação constitucional não pode ficar enclausurada no Poder Judiciário, de sorte que os demais atores estatais e sociais apresentam credenciais que os legitimam a participar da concretização constitucional” (SALOMÃO LEITE, G. *Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2021, p. 248-249).

o voto de 72 parlamentares⁴⁵. No contexto do procedimento dialógico aqui proposto, a ausência de uma fundamentação constitucional, idônea e que examine os pormenores dos relatórios, documentos e estudos produzidos ao longo do embate no Legislativo, poderia conduzir a uma invalidação da decisão, determinando a retomada do debate no âmbito do Legislativo, com a imposição do real enfrentamento das razões constitucionais, ou das inexistências delas (se houve crime de responsabilidade, ou não, e o porquê, no exemplo citado).

O estudo dos argumentos deduzidos na esfera pública, ou sociedade civil, além da própria argumentação jurídica não seriam obrigações atinentes só ao Legislativo, tanto o Executivo como o próprio Poder Judiciário deverão se ater a tais pré-condições também, como forma de legitimar democraticamente suas decisões, permitindo, quando necessária, a participação prévia, por meio de convites, audiências e consultas, para, posteriormente, analisá-las e enfrentá-la no processo de tomada de decisão. Assim, o efetivo contraditório teria o condão de, em última instância, fortalecer e fomentar a democracia⁴⁶.

Dessa forma, entende-se pela possibilidade da criação de instâncias democráticas de deliberação, que estariam em constante melhoria, já que uma instância de poder estimularia a outra a aumentar e melhorar sua argumentação e deliberação democrática, buscando, como finalidade, o fortalecimento de todo o Estado Democrático de Direito e sua respectiva credibilidade enquanto unidade, perante a sociedade civil. Além disso, a inclusão contínua do diálogo com a população teria como condão evitar a erosão constitucional e o distanciamento das instituições do a sociedade civil, favorecendo, ainda mais, o objetivo já mencionado.

4. Conclusão

A supremacia constitucional é de suma relevância no contexto que está inserido o Estado Democrático de Direito em virtude da própria lógica que protege as condições pré-concebidas para sua formação, tendo como base a própria democracia. Em outras palavras, sem um modelo democrático efetivo, não haverá a formação do Estado Democrático de Direito. No entanto, o processo de tomada de decisão pelos poderes tem sofrido questionamentos e gerado discussões, além de elevadas tensões, quando de possíveis ingerências de um poder em atribuições do outro.

O trabalho, portanto, demonstrou a construção teórica acerca de um modelo de juristocracia, ou de supremacia judicial, em que o Poder Judiciário seria o detentor constitucional da atribuição de decidir, em última instância, quando houvesse embate ou divergência com os demais poderes. Por outro lado, também restou demonstrado os argumentos e fundações da tida supremacia legislativa, defendendo uma autocontenção do Poder Judiciário, notadamente, a partir de uma atuação mais restritiva.

Com uma sugestão divergente de ambos os pontos, defende-se que a supremacia constitucional e o embate democrático devem perpassar pelo procedimento discursivo com forte deliberação e participação ativa das instituições e da população: um procedimento dialógico. Nessa conjectura, caberia precipuamente aos poderes fomentarem a discussão e o debate democrático, adotando procedimentos deliberativos ativos.

⁴⁵ REIS, T. G1 Política. *Deus, filhos...Veja os termos mais citados na votação do impeachment*. 2016. [Consultado em 2 de março de 2024]. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/04/deus-filhos-veja-os-termos-mais-citados-na-votacao-do-impeachment.html>.

⁴⁶ "Da mesma forma, os cidadãos só continuarão a participar de eleições políticas se puderem pressupor implicitamente que sua voz pode ser ouvida e que ela 'conta' – deve inclusive ter o mesmo peso que qualquer outro voto". (HABERMAS, J. *Uma nova mudança estrutural da esfera pública e a política deliberativa*. Trad. Denilson Luís Werle. Unesp, São Paulo, 2023, p. 85.)

De toda forma, o diálogo institucional permitiria a reabertura das discussões, quando um poder verificasse que o outro não deliberou ou permitiu a deliberação constitucional de forma suficiente ao decidir, de modo que o controle do processo de tomada de decisão se daria não só pela adoção de um procedimento discursivo (controle procedimental), mas também pela análise das razões e fundamentos, averiguando se, de fato, houve um enfrentamento de ideias e argumentos (controle material).

Referências

- ALBUQUERQUE ROCHA, J.D. *Estudos sobre o poder judiciário*, Malheiros, São Paulo, 1995.
- ALMEIDA NETO, M.C.D. "Jurisdição e a supremacia das normas constitucionais", *Caderno Virtual*, nº. 1, 2008.
- ÁVILA CUNHA, A. A. *Controle de Constitucionalidade: o histórico e uma breve visão sob o enfoque da Constituição Federal de 1988*, Clube de Autores, Joinville, 2016.
- BARBOSA, A.E.I, MONT'ALVERNE BARRETO LIMA, M. "Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo", *Revista de Investigações Constitucionais*, 4, nº. 4, 151-170, 1996. [Consultado em 15 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/hDx6rtYXCysqWX6MzYy6P/?lang=pt>.
- BARROSO, L.R. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Saraiva, São Paulo, 1998.
- BERMAN CORRÊA PINTO, J.G. "Supremacia Judicial e Controle de Constitucionalidade", *Direito Público*, 7, nº. 31, 25-57, 2010. [Consultado em 6 de agosto de 2024]. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1670/968>.
- BINENBOJM, G. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2004.
- BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. Malheiros, São Paulo, 2004.
- CARVALHO E SILVA, F.G.D., LIBERATO TIZZO, L.G., SAMPAR, R. "Amicus Curiae e a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição como direito fundamental", *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, 15, nº. 2, 2024. [Consultado em 19 de maio de 2024]. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/33778/18426>.
- FERREIRA MENDES, G., MÁRTIRES COELHO, I., GONET BRANCO, P.G. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. Saraiva, São Paulo, 2017.
- GÓES, R.T.D. *Democracia deliberativa e jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas*, Juruá, Curitiba, 2013.
- HABERMAS, J. *Uma nova mudança estrutural da esfera pública e a política deliberativa*. Trad. Denilson Luís Werle. Unesp, São Paulo, 2023.
- HÜBNER MENDES, C., (2008). *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Doutorado, Universidade de São Paulo. [Consultado em 5 de janeiro de 2024]. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf.
- MONT'ALVERNE BARRETO LIMA, M. "Jurisdição Constitucional: um problema da Teoria da Democracia Política", in *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional* (PEREIRA DE SOUZA NETO, C. et al.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003, p. 199-261.
- MOURA ALVES DE PAULA FILHO, A., GRASSI DE GOUVEIA, L. "Diálogo processual intersubjetivo pós-Código de Processo Civil de 2015: a jurisprudência do superior tribunal de justiça caminha no sentido de garanti-lo ou limitá-lo?", *Revista Brasileira de Direito Processual - Rbdpro*, nº. 117, 139-158, 2022. [Consultado em 30 de dezembro de 2022]. Disponível em: https://www.academia.edu/80958450/Di%C3%A1logo_processual_intersubjetivo_p%C3%B3s_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_de_2015_a_jurisprud%C3

- 3%Aancia_do_Superior_Tribunal_de_Justi%C3%A7a_caminha_no_sentido_de_garanti_lo_ou_limit%C3%A1_lo.
- PISKE DE A. BARBOSA, O., BENITES SARACHO, A. "Considerações sobre a teoria dos freios e contrapesos (checks and balances system), *RJLB*, Ano 5, nº. 2, 2019. [Consultado em 12 de junho de 2024]. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019_02_1627_1634.pdf.
- POLI, V. "Quem deve ser o detendor da última palavra, judiciário ou legislativo?", *Revista Faculdade de Direito Sul de Minas*, 31, nº. 2, 355-380, 2015. [Consultado em 13 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/2c9d0aad05d4affd3fff862f2ea5b9df.pdf>.
- REIS, T. G1 Política. *Deus, filhos...Veja os termos mais citados na votação do impeachment*. 2016. [Consultado em 2 de março de 2024]. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/04/deus-filhos-veja-os-termos-mais-citados-na-votacao-do-impeachment.html>.
- SALOMÃO LEITE, G. *Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2021.
- SILVA BACELAR DE VASCONCELOS, P.C.D, (1996). *Teoria geral do controlo jurídico do poder público*. Doutorado, Universidade de Coimbra, Lisboa. [Consultado em 12 de junho de 2024]. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/396>.
- SILVA, J.A.D. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, Malheiros, São Paulo, 2000.
- SILVA, J.A.D. *Curso de Direito Constitucional*. 44. ed. Malheiros, São Paulo, 2022.
- SOUSA SANTOS, B.D. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 4. ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2009.
- SOUZA CRUZ, A.R.D. *Jurisdição Constitucional Democrática*. 2. ed. Arraes, Belo Horizonte, 2014.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008, *Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 3510 DF*, data de julgamento 29 de maio 2008, data de publicação 28 de maio de 2010.
- WALDRON, J. "The Core of the Case Against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, 115:1346, 2006. [Consultado em 5 de janeiro de 2024]. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/9638/54_115YaleLJ1346_April2006_.pdf?sequence=2&isAllowed=y.



CADERNOS DE DIREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 25. Núm. Extraordinario (2024), pp. 452-481
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Por uma Escola Potiguar de Direito Internacional: contribuições da linha de pesquisa 3 do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Towards a Potiguar School of International Law: contributions from research line 3 of the Graduate Program in Law at the Federal University of Rio Grande do Norte

Pedro Augusto Vale¹

Thiago Oliveira Moreira²

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. O processo de formação da Escola Potiguar de Direito Internacional. 3. Breve perfil dos docentes vinculados à linha de pesquisa 3 do PPGD/UFRN no quadriênio 2021-2024. 4. Contribuições dos egressos da linha 3 do PPGD/UFRN para o desenvolvimento da Escola Potiguar de Direito Internacional. 5. Considerações finais. Referências.

Resumo: O estudo explora as inter-relações entre direito internacional, Constituição e concretização de direitos, focando na contribuição da linha de pesquisa 3 do PPGD/UFRN para o avanço do direito internacional. Assim, questionou-se: as pesquisas desenvolvidas no âmbito da linha de pesquisa 3 do PPGD/UFRN têm contribuído para a formação de uma Escola Potiguar de Direito Internacional? A pesquisa investiga a atuação de docentes e, notadamente, egressos, analisando suas qualificações, trajetórias profissionais e produção acadêmica, com o objetivo de avaliar a possibilidade de reconhecimento de uma escola regional. Utilizando uma metodologia mista, o estudo traça um

¹ Mestrando em Direito na UFRN. Bacharel em Direito pela UFRN, com período de mobilidade acadêmica na Universidade de Coimbra. Membro do Grupo de Pesquisa Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade. Integrante do Observatório de Direito Internacional do Rio Grande do Norte (OBDI). Pesquisador voluntário no Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7422-2285>. E-mail: pedro.vale.058@ufrn.edu.br.

² Professor na UFRN. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do País Basco (UPV/EHU). Mestre em Direito pela UFRN. Doutorando em Direito na FDUC. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito na UFRN. Líder do Grupo de Pesquisa Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6010-976X>. E-mail: thiago.moreira@ufrn.br.

histórico da Escola Potiguar e examina dissertações de mestrado, destacando temas recorrentes e lacunas na pesquisa. Justifica-se pela necessidade de entender o impacto acadêmico da linha, visando fortalecer políticas públicas e a proteção de direitos. Os resultados mostram uma produção diversificada com ênfase em direitos humanos, controle de convencionalidade, e questões contemporâneas como mudanças climáticas e migrações internacionais. Constatou-se, no entanto, uma limitada continuidade na qualificação acadêmica dos egressos, indicando a necessidade de maior incentivo à progressão acadêmica, como a criação de um curso de Doutorado, para consolidar a Escola Potiguar de Direito Internacional.

Palavras-chave: direito internacional; constituição; concretização; mestrado.

Abstract: The study explores the interrelations between international law, the Constitution, and the realization of rights, focusing on the contribution of Research Line 3 of the PPGD/UFRN to the advancement of international law. The research posed the following question: have the studies developed within research line 3 of the PPGD/UFRN contributed to the formation of a Potiguar School of International Law? The study investigates the work of faculty members and, notably, alumni, analyzing their qualifications, professional trajectories, and academic output, with the aim of assessing the possibility of recognizing a regional school. Using a mixed methodology, the study outlines a history of the Potiguar School and examines master's theses, highlighting recurring themes and gaps in research. The study is justified by the need to understand the academic impact of the research line, aiming to strengthen public policies and the protection of rights. The results reveal diverse output with an emphasis on human rights, conventionality control, and contemporary issues such as climate change and international migration. However, there is limited continuity in the academic qualification of graduates, indicating the need for greater encouragement for academic progression, such as the creation of a Doctoral program, to consolidate the Potiguar School of International Law.

Keywords: international law; constitution; realization; master's degree.

1. Considerações iniciais

O estudo das relações entre o direito internacional, a Constituição e a concretização de direitos é um campo de extrema relevância na atualidade, especialmente diante dos desafios globais e regionais que impactam a efetivação de direitos. Nesse contexto, a presente pesquisa se propõe a investigar a atuação e as contribuições da linha de pesquisa 3 do Programa de Pós-Graduação em Direito (mestrado) da UFRN, que se destaca por sua abordagem voltada para a integração do direito internacional com a realidade constitucional brasileira.

Com um programa com área de concentração "Constituição e Garantia de Direitos", e a partir de uma linha de pesquisa voltada para o "Direito Internacional e Concretização dos Direitos", a investigação ganha relevância diante da crescente necessidade de efetivar direitos, especialmente por meio do Direito Internacional. Essa abordagem busca não apenas compreender a relação entre os sistemas jurídicos nacionais e internacionais, mas também explorar como o Direito Internacional pode servir como ferramenta para a concretização de direitos em contextos onde as garantias constitucionais por si só não são suficientes.

A linha de pesquisa em questão tem buscado contribuir da melhor forma possível com conhecimentos teóricos e práticos que apoiam a formulação de políticas e a defesa dos direitos. Nesse sentido, a partir do histórico de proximidade do Rio Grande do Norte com o Direito Internacional, questiona-se: as pesquisas desenvolvidas no âmbito da linha de pesquisa 3 do PPGD/UFRN têm contribuído para a formação de uma Escola Potiguar de Direito Internacional?

Assim, os objetivos deste trabalho são: apresentar um breve histórico do processo de formação da Escola Potiguar de Direito Internacional; identificar a formação acadêmica e profissional dos docentes; e mapear o perfil dos mestres formados pela linha de pesquisa, analisando suas qualificações, atividades desenvolvidas antes e depois da conclusão do curso, e sua produção científica. O estudo visa destacar os temas mais recorrentes, identificar lacunas existentes, explorar possíveis avanços e, finalmente, avaliar a viabilidade do reconhecimento de uma escola regional de Direito Internacional.

O estudo adotou uma abordagem metodológica mista³ com natureza básica⁴. A principal técnica utilizada foi a pesquisa bibliográfica⁵, especificamente a revisão de literatura⁶. Na primeira parte, realizou uma revisão de literatura do tipo narrativa para elaborar um breve histórico da Escola Potiguar de Direito Internacional em seu processo formativo. Em seguida, a partir da investigação realizada no âmbito das dissertações de mestrado da linha de pesquisa em questão, foi possível identificar contribuições relevantes e áreas que necessitam de mais investigação, proporcionando uma visão integral do campo estudado.

Os dados utilizados neste estudo foram parcialmente coletados a partir do site do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, especificamente na seção "Ensino" -> "Dissertações/Teses"⁷, que oferece informações detalhadas sobre as teses defendidas no programa.

Para complementar essas informações, foi realizada uma verificação nos currículos Lattes dos autores para obter dados adicionais, como a experiência profissional anterior ao mestrado dos discentes, o eventual impacto do mestrado nas suas atividades profissionais, se foram financiados por bolsa de pesquisa durante o mestrado, bem como a proveniência da bolsa. Todas as informações foram inseridas em uma planilha eletrônica, estruturada para permitir uma análise eficiente e sistemática dos dados.

A coleta de dados foi realizada entre 24 e 28 de junho de 2024, com atualizações nos dias 27 e 28 de agosto do mesmo ano. As informações foram coletadas e organizadas em uma planilha eletrônica e incluem: o nome do autor ou autora, o título da dissertação, o nome do orientador ou orientadora, a data de defesa, a composição da banca examinadora, as palavras-chave associadas à tese, a existência de bolsa de pesquisa, as atividades profissionais anteriores e posteriores ao curso, se a dissertação foi publicada em formato de livro, o número de artigos publicados em periódicos com Qualis CAPES durante o mestrado e, por fim, o gênero do autor ou autora.

A verificação das informações adicionais, além das coletadas no site do PPGD/UFRN, foi realizada manualmente na plataforma Lattes, examinando cada autor individualmente para garantir a precisão dos dados. Com as informações organizadas, foi conduzida uma análise descritiva para identificar padrões na produção dentro da linha de pesquisa do programa.

As variáveis foram analisadas individualmente e em conjunto para explorar possíveis correlações relevantes. Com essa abordagem metodológica, foi possível realizar um bom levantamento da produção de dissertações derivadas da linha de pesquisa "Direito Internacional e Concretização de Direitos" do PPGD/UFRN.

³ A pesquisa mista consiste no uso da combinação de abordagens quantitativas e qualitativas. CRESWELL, J. W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto*, Artmed, Porto Alegre, 2010, p. 238.

⁴ As pesquisas básicas buscam promover o avanço científico, enquanto as aplicadas se concentram na resolução de problemas concretos. HENRIQUES, A.; MEDEIROS, J. B. *Metodologia científica na pesquisa jurídica*, Atlas, São Paulo, 2017, p.102.

⁵ A pesquisa bibliográfica utiliza material já elaborado, como livros e artigos científicos, como principal fonte de informação. GIL, A. C. *Como elaborar projetos de pesquisa*, Atlas, São Paulo, 2002, p. 44.

⁶ RAMOS VOSGERAU, D. S.; PAULIN ROMANOWSKI, J. "Estudos de revisão: implicações conceituais e metodológicas". *Rev. Diálogo Educ.*, v. 14, n. 41, 2014, pp. 165-189.

⁷ Disponível em https://sigaa.ufrn.br/sigaa/public/programa/defesas.jsf?lc=pt_BR&id=404. Acesso em 29 ago. 2024.

Esse mapeamento visa não apenas compreender o impacto acadêmico da linha, mas também identificar oportunidades de melhoria na formação oferecida e nas áreas de pesquisa, contribuindo assim para o fortalecimento das políticas públicas e da proteção dos direitos através de uma base acadêmica robusta e bem fundamentada. Com a realização desta pesquisa, pretende-se oferecer uma visão integral da contribuição da linha de pesquisa mencionada, tanto para a formação de uma Escola Potiguar, quanto para além da academia, destacando seus avanços e indicando caminhos futuros para fortalecer ainda mais o direito constitucional, internacional e a efetivação dos direitos.

2. O processo de formação da Escola Potiguar de Direito Internacional

A vocação internacionalista do estado do Rio Grande do Norte não é recente. Já na transição do século XIX para o XX, o potiguar Amaro Cavalcanti, nascido em Caicó (onde atualmente se encontra o município de Jardim de Piranhas), se destacava na história do direito internacional. Com uma trajetória significativa, atuou como professor de latim, advogado, deputado constituinte, senador, diplomata, consultor jurídico do Itamaraty, ministro do Supremo Tribunal Federal e membro da Corte Permanente de Arbitragem da Haia⁸.

Amaro Cavalcanti estudou direito na *Albany Law School*, nos Estados Unidos, durante uma missão patrocinada pelo Governo do Estado do Ceará, e se graduou com uma tese sobre o direito à educação. Em 2014, a *Albany Law Magazine* publicou uma breve nota destacando-o como “um dos mais eminentes egressos de *Albany Law*”⁹. A obra internacionalista do jurista foi analisada por George Galindo, que divide sua atuação em duas fases distintas: os escritos da década de 1900 e os da década de 1910¹⁰.

Na primeira fase, Amaro publicou dois livros: “O arbitramento (no direito internacional)” em 1901 e “A Justiça Internacional” em 1902. No entanto, Galindo aponta que provavelmente as únicas cópias restantes estão perdidas, já que não foram encontradas nas principais bibliotecas do Brasil. Apesar disso, é possível acessar os pareceres de Amaro produzidos enquanto foi Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores (1905-1906), publicados no primeiro volume dos “Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty”¹¹. Além disso, ele apresentou dois trabalhos importantes na Terceira Conferência Internacional Americana, em 1906, sobre arbitragem¹² e codificação do direito internacional¹³⁻¹⁴.

Durante a década de 1910, na segunda fase de sua obra internacionalista, Amaro Cavalcanti destacou-se como fundador, membro e primeiro presidente da Sociedade

⁸ TEIXEIRA DE SOUZA, C. A. *Amaro Cavalcanti: pequena história sobre o mais notável nordestino-riograndense na fase da transição do Império para a República brasileira*, Sebo Vermelho, Natal, 2009.

⁹ EMERY, R. “Amaro Cavalcanti, Brazil’s Justice of the Supreme Court and Minister of the Interior”. *Albany Law Magazine*, sum. 2014, p. 74. Disponível em https://issuu.com/albanylaw/docs/albanylaw_summer2014_final_online/76. Acesso em 27 ago. 2024.

¹⁰ BANDEIRA GALINDO, G. R. “Um Cauteloso Jurista: Amaro Cavalcanti e sua Obra Internacionalista”, in: BANDEIRA GALINDO, G. R. (Org.). *Direito Internacional no Brasil: Pensamento e Tradição*, v. 1. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2021, p. 233.

¹¹ CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. (Org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty. Vol. I (1903-1912)*, Senado Federal, Brasília, 2000. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1044/000577958_v1.pdf?sequence=28&isAllowed=y. Acesso em 30 ago, 2024.

¹² CAVALCANTI, A. “Exposición sobre la codificación del derecho internacional, público y privado, presentada à la IV Comisión”, in: *Terceira Conferência Internacional Americana: Trabalhos do Dr. Amaro Cavalcanti (Delegado do Brasil)*, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1906.

¹³ CAVALCANTI, A. “Arbitramento Internacional”, in: *Terceira Conferência Internacional Americana: Trabalhos do Dr. Amaro Cavalcanti (Delegado do Brasil)*, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1906.

¹⁴ BANDEIRA GALINDO, G. R. Op. Cit., p. 233.

Brasileira de Direito Internacional (SBDI)¹⁵, enquanto Rui Barbosa foi seu presidente de honra. Nesse contexto, apresentou estudos sobre temas como guerra, paz e o uso obrigatório do arbitramento em disputas entre Estados. Este período marca sua maior projeção internacional, com publicações no *American Journal of International Law*¹⁶ e na *Revue Générale de Droit International Public*¹⁷⁻¹⁸.

Embora sua obra não seja extensa, aborda questões jurídicas internacionais importantes da época e ajuda a definir a posição brasileira sobre elas, ajudando a sedimentar um rudimento de “epistemologia brasileira do direito internacional”. Os relatos indicam que Amaro Cavalcanti exercia uma clara liderança na SBDI, contribuindo para a formação de uma comunidade de internacionalistas no Brasil¹⁹.

Anos depois, nos anos de 1950, outro notável potiguar teve seu impacto no desenvolvimento de uma escola potiguar de direito internacional. Embora o impacto cultural e a grandeza intelectual de Luís da Câmara Cascudo sejam amplamente reconhecidos, muitas vezes passa despercebido um de seus principais papéis: ele foi professor catedrático de Direito Internacional Público na então Faculdade de Direito de Natal, hoje integrada à Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Apesar de exercer essa função e ter uma das mais extensas produções intelectuais do país, não foi possível encontrar obras dedicadas a essa temática. Conta um de seus biógrafos, Diógenes da Cunha Lima Filho, que, embora tenha recebido um convite para lecionar na Universidade de Brasília, Cascudo rejeitou a oferta imediatamente, a fim de permanecer em Natal²⁰.

Na década de 1970, Vitória dos Santos Costa, que havia sido aluna de Câmara Cascudo, tornou-se a primeira pessoa do Rio Grande do Norte a obter o título de doutora em direito. Concluiu seu doutorado (financiado por uma bolsa do Governo Francês) em Direito da Cooperação Internacional na Faculdade de Direito e Ciências Econômicas da Universidade de Nice, na França, com a tese “*Le droit de la mer et le développement en Amérique Latine*”²¹, orientada por René-Jean Dupuy, em maio de 1974²². Após retornar ao seu cargo de professora na UFRN, Vitória dos Santos Costa permaneceu na instituição até sua aposentadoria. Desde 2023, o PPGD/UFRN concede anualmente um prêmio em seu nome à melhor dissertação de mestrado do programa.

Sem embargo, desde a sua criação, a Faculdade de Direito de Natal e, posteriormente, o Curso de Direito, vinculado ao Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA) da Universidade Federal do Rio Grande do Norte tiveram vários responsáveis pela cadeira de Direito Internacional. Inicialmente ocupada por Câmara Cascudo, a cadeira foi depois assumida por Jorge Ivan Cascudo Rodrigues, ex-prefeito de Natal, e por Américo de Oliveira Costa. Em seguida, foi ocupada por Vitória dos Santos Costa, sua filha, e por

¹⁵ Haroldo Valladão destacou que Amaro Cavalcanti presidiu a Sociedade Brasileira de Direito Internacional até o dia de seu falecimento, em 28 de janeiro de 1922. Durante seu mandato, nunca faltou a uma reunião e foi o associado que apresentou o maior número de trabalhos e comunicações. VALLADÃO, H. “Amaro Cavalcanti, autêntico jurista da paz”, in: *Paz, Direito, Técnica*. José Olympio, Rio de Janeiro, 1959, p. 95.

¹⁶ CAVALCANTI, A. “Restrictive Clauses in International Arbitration Treaties”. *American Journal of International Law*, v. 8, n. 4. 1914.

¹⁷ CAVALCANTI, A. “La Codification du Droit International Américain”. *Revue Générale de Droit International Public*, v. 21. 1914.

¹⁸ BANDEIRA GALINDO, G. R. Op. Cit., p. 233.

¹⁹ BANDEIRA GALINDO, G. R. Ibid., p. 233.

²⁰ CUNHA LIMA FILHO, D. *Luís da Câmara Cascudo: Traços Biográficos*, Departamento Estadual de Imprensa, Natal, 1964, pp. 4-5. Disponível em: <http://ftp.editora.ufrn.br/bitstream/123456789/3912/1/Lu%C3%ADs%20da%20C%C3%A2mara%20Cascudo.%20Tra%C3%A7os%20Biogr%C3%A1ficos.%20LIMA%20FILHO%2C%20Di%C3%B3genes%20da%20Cunha.pdf>. Acesso em 30 ago. 2024.

²¹ SANTOS COSTA, V. *Le droit de la mer et le développement en Amérique Latine*. Tese de doutorado, Université de Nice, Nice, 1974.

²² SANTOS COSTA, V. “Gratidão à França”, *Revista da Academia Norte-rio-grandense de Letras*, v. 29, n. 17, 1982, p. 6.

Rosenite Alves de Oliveira²³. No início dos anos 2000, Rosenite desempenhou um papel crucial na criação da Simulação de Organizações Internacionais (SOI), que se tornou um dos projetos mais duradouros da UFRN e pioneiro no Nordeste.

A partir da atuação da professora Rosenite, os estudantes de Direito da UFRN fundaram, em 2001, a Simulação de Organizações Internacionais, inspirados pelos estudantes de Relações Internacionais da Universidade de Brasília, que haviam criado o AMUN, o primeiro MUN (*Model United Nations*) do Brasil. A SOI, desenvolvida em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN, se destacou como uma iniciativa pioneira no Norte-Nordeste. Atualmente, o projeto, coordenado pelo professor Diogo Pignataro de Oliveira, está em sua 23ª edição, tendo um relevante impacto regional e nacional e difundindo o conhecimento sobre questões internacionais aos alunos²⁴.

Para além da cadeira de Direito Internacional Público, outras disciplinas afins foram ofertadas no âmbito do curso de Direito da UFRN. Dentre elas, cabe destacar Direito Internacional Privado; Direito Internacional dos Direitos Humanos; Direito Internacional do Trabalho; Prática de Direito Internacional; Direito do Comércio Internacional e Indústria de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis; e Direito das Organizações Internacionais.

Na pós-graduação, no âmbito da linha de pesquisa 3, estão cadastradas no sistema e são de possível oferta os componentes curriculares Direito Internacional Privado; Teorias do Direito Internacional; Direito Internacional dos Migrantes; Direito do Contencioso Internacional; Direito Internacional, Constituição e Garantias de Direitos; Direito Internacional Econômico; Direito Internacional dos Direitos Humanos; Direito Internacional do Mar; Direito Ambiental Marítimo Internacional; Cooperação Jurídica Internacional; Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal; Direito Internacional nos Tribunais Superiores Brasileiros; Direito Internacional de Família; além de uma disciplina sobre os desafios e perspectivas na jurisdição interna e no direito internacional do *ne bis in idem*, e diferentes Seminários Jurídicos Avançados em direito internacional e concretização de direitos. Embora não esteja vinculada à linha de pesquisa 3, também é ofertada regularmente a disciplina Processo Civil Internacional e as Garantias Constitucionais do Processo.

Atualmente, a geração contemporânea da Escola Potiguar de Direito Internacional, além da SOI, conta com três grupos de pesquisa vinculados à UFRN. O primeiro é o grupo Direito Internacional e Soberania do Estado Brasileiro: aspectos universal e regional²⁵, liderado pelo professor Jahyr-Philippe Bichara, e criado em 2009. Esse grupo possui cinco pesquisadores e sete estudantes, distribuídos nas linhas de pesquisa: "A função do direito na conservação e uso sustentável dos recursos marinhos brasileiros", "A relação entre direito internacional e ordenamento jurídico brasileiro", "Aplicação do Direito Internacional pelo Poder Judiciário brasileiro", "Direito Internacional das Migrações", "Direito Internacional do Clima", "Direito Internacional Econômico" e "Direito Internacional dos Direitos Humanos".

O segundo grupo é o Observatório de Direito Internacional do Rio Grande do Norte²⁶, liderado pelo professor Marco Bruno Miranda Clementino, que foi criado em 2018. Atualmente, conta com nove pesquisadores, quarenta e seis estudantes e um técnico, distribuídos nas linhas de pesquisa: "Direito Internacional e Jurisdição", "Direito Internacional nos Tribunais Superiores", "Direito Internacional Privado" e "Direitos Internacional dos Direitos Humanos". O grupo mantém uma parceria com o Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

²³ Tais informações foram extraídas de discurso proferido por Marco Bruno Miranda Clementino na ocasião da abertura do 22º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, realizado em Natal, em 21 de agosto de 2024.

²⁴ SIMULAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS. *Afinal, o que é a SOI?* [s.d.]. Disponível em <https://www.soi.org.br/saibamais>. Acesso em 29 ago. 2024.

²⁵ Disponível em: dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/3914848967061062. Acesso em: 27 ago. 2024.

²⁶ Disponível em: dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7125637291648450. Acesso em: 27 ago. 2024.

O terceiro grupo é o Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade²⁷, liderado pelos professores Thiago Oliveira Moreira, da UFRN, e Rubén Miranda Gonçalves, da Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, na Espanha. Criado em 2019, o grupo atualmente conta com quatorze pesquisadores, treze estudantes e um colaborador estrangeiro, organizados nas linhas de pesquisa: "Concretização dos Direitos Humanos dos Migrantes pela Jurisdição", "Direitos Humanos, Gênero e Sistema de Justiça" e "Pluralismo Constitucional, Diálogo Interjurisdicional e Controle de Convencionalidade".

O papel do Rio Grande do Norte no direito internacional no Brasil tem se fortalecido significativamente nos últimos anos. Em agosto de 2024, Natal foi palco do 22º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, organizado pela Academia Brasileira de Direito Internacional e pela Sociedade Brasileira de Direito Internacional, em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN. O evento, realizado no estado natal de Amaro Cavalcanti, fundador e primeiro presidente da Sociedade, simbolizou um retorno às origens do idealizador da instituição, reforçando a importância histórica e contemporânea do estado no cenário do direito internacional brasileiro.

Encerrado, sem intenção de exaurir, o processo de formação da Escola Potiguar de Direito Internacional, é fundamental examinar como essa tradição se reflete na atual produção acadêmica local. As próximas seções focam no perfil dos docentes vinculados à linha em questão e na produção do Mestrado em Direito do PPGD/UFRN, investigando a contribuição contemporânea para o direito internacional e o estabelecimento da Escola Potiguar. Através de uma abordagem empírica, estes capítulos exploram os temas predominantes dos trabalhos desenvolvidos e o perfil dos egressos, oferecendo uma perspectiva atualizada sobre o engajamento acadêmico do estado na evolução do direito internacional.

3. Breve perfil dos docentes vinculados à linha de pesquisa 3 do PPGD/UFRN no quadriênio 2021-2024

A linha de pesquisa em questão foi estabelecida no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN em janeiro de 2013, com as primeiras dissertações defendidas em 2014. Desde então, oito professores têm contribuído com a orientação de trabalhos dentro da Linha de Pesquisa 3 do Mestrado em Direito da UFRN.

Os professores envolvidos são: Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave²⁸, que orientou quatro trabalhos; Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras, responsável por sete dissertações orientadas; Jahyr-Philippe Bichara, com dezessete orientações; Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya²⁹, que orientou dois trabalhos; Marco Bruno Miranda Clementino, que orientou treze dissertações; Renata Oliveira Almeida Menezes³⁰, que não orientou nenhum trabalho; Thiago Oliveira Moreira, com seis orientações; e Yara Maria Pereira Gurgel, cuja orientação abrange vinte e duas dissertações.

Este capítulo abordará o perfil dos docentes vinculados à linha de pesquisa durante o quadriênio 2021-2024, explorando suas formações acadêmicas, disciplinas ministradas, grupos de pesquisa que lideram ou integram, bem como, eventualmente, livros organizados no período. A análise busca identificar as qualificações e experiências que os professores trazem para a linha de pesquisa, evidenciando como suas atuações contribuem para o desenvolvimento do conhecimento em Direito Internacional, formação de novos pesquisadores e para a consolidação da Escola Potiguar de Direito Internacional.

Os professores credenciados ao programa e vinculados à linha durante todo o quadriênio são, em ordem alfabética, Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras, Jahyr-Philippe Bichara, Marco Bruno Miranda Clementino, Thiago Oliveira Moreira e Yara Maria Pereira Gurgel. Passa-se, portanto, a um breve perfil dos docentes.

²⁷ Disponível em: dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/3888229569181918. Acesso em: 27 ago. 2024.

²⁸ A referida professora deixou de integrar a linha em 2022.

²⁹ A professora não está credenciada junto ao PPGD/UFRN desde 2019.

³⁰ A professora se descredenciou do Programa em 2024.

A professora Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras³¹ é graduada em Direito pela UFPB, possui mestrado em Direito pela UFBA e em Ciências Sociais pela UFRN, além de doutorado em Ciências Sociais pela mesma instituição. Em 2022, concluiu um pós-doutorado pelo Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra. Atualmente, além de lecionar na graduação e no mestrado em Direito na UFRN, atua como promotora de justiça no Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Nos últimos quatro anos, ministrou três seminários jurídicos avançados na área de Direito e Gênero. Segundo o Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil (DGP/CNPq), integra os grupos "Direito Internacional e Soberania do Estado Brasileiro: aspectos universal e regional" e "Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade". Conforme seu currículo Lattes, no último quadriênio participou dos projetos de pesquisa "Direito e Gênero", "Feminicídio: a discussão sobre gênero no plenário do júri", e "Conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana e suas implicações jurídicas na realização dos direitos humanos". Em 2023, organizou um livro sobre Direito e Gênero, no qual analisou os pronunciamentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em matéria de violência de gênero³².

Jahyr-Philippe Bichara³³ é graduado em Direito pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, onde também obteve mestrado e doutorado em Direito, além de um mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Em 2018, concluiu um pós-doutorado na Université Paris 8 Vincennes-Saint-Denis. Atualmente, é Professor Titular na UFRN, em regime de dedicação exclusiva, onde leciona a disciplina de Direito Internacional Público na graduação e coordena o curso de Especialização em Direito Internacional. No mestrado, ofereceu, nos últimos quatro anos, a disciplina Direito Internacional, Constituição e Garantias de Direitos em três oportunidades. De acordo com o Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil (DGP/CNPq), lidera o grupo de pesquisa "Direito Internacional e Soberania do Estado Brasileiro: aspectos universal e regional" e integra o Grupo de Estudos de Direito Internacional Público (GEDIP)³⁴ da Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT), liderado por Valério de Oliveira Mazzuoli. No último quadriênio, conforme seu currículo Lattes, participou dos projetos de pesquisa "Direito Internacional, Constituição Federal de 1988 e concretização dos direitos", "Proteção Internacional do Clima e Direito Interno Brasileiro" e "Os limites do Acordo de Paris de 2015 sobre mudança do clima à luz das frustrações das conferências das partes". Em 2024, publicou um livro derivado de sua tese de titularidade, intitulado "A relativização da soberania estatal diante das migrações"³⁵, além da terceira edição de seu manual de Direito Internacional, em coautoria com Dominique Carreau, lançado em 2021³⁶. Nesse mesmo ano, organizou o segundo volume de "Direito Internacional e Questões da Atualidade"³⁷.

O docente Marco Bruno Miranda Clementino³⁸ é graduado em Direito pela UFRN, onde também realizou seu mestrado, e cursou doutorado em Direito na UFPE. Além de lecionar na graduação e no mestrado na UFRN, coordena o Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET) em Natal e atua como Juiz Federal titular da 6ª Vara Federal do Rio Grande do Norte. Nos últimos quatro anos, ofereceu a disciplina Cooperação Jurídica Internacional em três oportunidades e ministrou dois seminários jurídicos avançados.

³¹ Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/6098251246978722>. Acesso em: 27 ago. 2024.

³² CANUTO, E.; LIMA LINHARES, L. O. (Orgs.). *Direito & Gênero: Análise da jurisprudência da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de violência de gênero*, Editora Polimatia, Natal, 2023.

³³ Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/2615078199240903>. Acesso em: 27 ago. 2024.

³⁴ Disponível em: dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/4749274561618268. Acesso em: 27 ago. 2024.

³⁵ BICHARA, J.-P. *A relativização da soberania estatal diante das migrações*, Arraes Editores, Belo Horizonte, 2024.

³⁶ CARREAU, D.; BICHARA, J.-P. *Direito internacional*, 3 ed., A. Pedone, Paris, 2021.

³⁷ BICHARA, J.-P. *Direito internacional e questões da atualidade, Volume II: os direitos dos migrantes*, Caule de Papiro, Natal, 2021.

³⁸ Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/1281119330515495>. Acesso em: 27 ago. 2024.

Além do campo jurídico, também lecionou em cursos de pós-graduação na área de administração e no Instituto Metrópole Digital da UFRN, abordando temas como a estrutura do Poder Judiciário, inovação e o judiciário. De acordo com o Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil (DGP/CNPq), lidera o grupo de pesquisa Observatório de Direito Internacional do Rio Grande do Norte. Nos últimos anos, participou dos projetos de pesquisa "Direito Internacional na Fronteira - Cooperação Jurídica Internacional Brasil-Bolívia (Programa Jurisdição e Fronteiras)", "Direito Internacional dos Direitos Humanos" e "Direito Internacional e Jurisdição", além de projetos sobre ciência de dados, inteligência artificial e inovação no Direito. No último quadriênio, organizou livros sobre direito administrativo³⁹ e inovação judicial⁴⁰.

O professor Thiago Oliveira Moreira⁴¹ graduou-se em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) e concluiu um mestrado em Direito pela UFRN. Posteriormente, obteve um segundo mestrado e um doutorado em Direito pela Universidade do País Basco, na Espanha, e atualmente cursa um segundo doutorado na Universidade de Coimbra, com estância de investigação na Universidade Externado de Colômbia. Recentemente, atuou como professor visitante na Universidade Lusófona do Porto, em 2022, e na Universidade Portucalense, em 2024, ambas em Portugal. Na atualidade, é Professor Associado I na UFRN, em regime de dedicação exclusiva, lecionando na graduação e no mestrado, além de coordenar o Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UFRN). Nos últimos quatro anos, ofereceu na pós-graduação a disciplina Constitucionalismo Multinível Latino-americano em três ocasiões, Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Internacional dos Migrantes, cada uma vez, além de três seminários jurídicos avançados sobre o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. De acordo com o Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil (DGP/CNPq), lidera o grupo de pesquisa "Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade" e integra o Observatório de Direito Internacional do Rio Grande do Norte. Desde 2021, participou dos projetos de pesquisa "A Concretização dos Direitos Humanos dos Migrantes pela Jurisdição Internacional e Brasileira", "A Relação entre o Direito Interamericano dos Direitos Humanos e o Direito Estatal: um estudo à luz da heterarquia das normas" e "O Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua Concretização no Âmbito Doméstico". No último quadriênio, organizou diversos livros, incluindo uma coleção atualmente com quatro volumes sobre o direito internacional dos direitos humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade⁴²; direitos humanos dos migrantes no contexto da pandemia de COVID-19⁴³; políticas públicas, direito e desenvolvimento⁴⁴; acesso à justiça⁴⁵; direito internacional dos

³⁹ ARRUDA BEZERRA NETO, B.; CAVALCANTE CARVALHO, L. H.; MIRANDA CLEMENTINO, M. B.; MAIA LINS, R. (Orgs.). *O Futuro do Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Prof. Edilson Nobre*, Noeses, São Paulo, 2023.

⁴⁰ CASTAGNA LUNARDI, F.; MIRANDA CLEMENTINO, M. B. (Orgs.). *Inovação judicial: fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto*, Brasília, ENFAM, 2021.

⁴¹ Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/8030681636075210>. Acesso em: 27 ago. 2024.

⁴² OLIVEIRA MOREIRA, T.; PEREIRA GURGEL, Y. M. (Coords.); ALVES LOPES FILHO, F. C. (Org.). *O Direito Internacional dos Direitos Humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade*, v. 1, Polimatia, Natal, 2021; OLIVEIRA MOREIRA, T.; PEREIRA GURGEL, Y. M. (Coords.). *O Direito Internacional dos Direitos Humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade*, v. 2, Polimatia, Natal, 2022; MAIA, C.; OLIVEIRA MOREIRA, T.; PEREIRA GURGEL, Y. M. (Orgs.). *O Direito Internacional dos Direitos Humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade*, v. 3, Polimatia, Natal, 2022; OLIVEIRA MOREIRA, T.; CARDOSO SQUEFF, T. (Orgs.). *O Direito Internacional dos Direitos Humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade: estudos em homenagem ao Prof. Antônio Augusto Cançado Trindade*, v. 4, Polimatia, Natal, 2023.

⁴³ CARVALHO RAMOS, A.; OLIVEIRA MOREIRA, T.; FRIEDRICH, T. S. (Coords.); BARBERO GONZÁLEZ, I.; GERMANO ALVES, F.; VEDOVATO, L. R. (Orgs.). *Direitos humanos dos migrantes e pandemia*, Instituto Memória, Curitiba, 2021.

⁴⁴ MORAES BRAGA JÚNIOR, S. A.; OLIVEIRA MOREIRA, T.; GERMANO ALVES, F. (Orgs.). *Políticas Públicas, Direito e Desenvolvimento: aspectos educacionais, ambientais, econômicos e tributários*, Motres, Salvador, 2022.

⁴⁵ ALENCAR XAVIER, Y. M.; GERMANO ALVES, F.; OLIVEIRA MOREIRA, T. (Orgs.). *Prestação jurisdicional e diferentes formas de acesso à justiça*, Polimatia, Natal, 2022.

direitos humanos⁴⁶; além dos anais do Congresso Brasileiro de Direito Aplicado⁴⁷ e do 4º Congresso Internacional de Derechos Humanos y Derecho Electoral⁴⁸.

Yara Maria Pereira Gurgel⁴⁹ é graduada em Direito pela UFRN, com mestrado e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Em 2019, concluiu um pós-doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Atualmente, é Professora Associada III na UFRN, em regime de dedicação exclusiva, lecionando na graduação e no mestrado em Direito. Nos últimos quatro anos, ministrou a disciplina Direito Internacional dos Direitos Humanos na pós-graduação em três ocasiões, além de dois seminários jurídicos avançados e uma disciplina sobre negociações trabalhistas em curso de especialização lato sensu. De acordo com o Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil (DGP/CNPq), participa dos grupos de pesquisa "Direito Internacional e Soberania do Estado Brasileiro: aspectos universal e regional", "Observatório de Direito Internacional do Rio Grande do Norte" e "Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade". No último quadriênio, integrou os projetos de pesquisa "Proteção Internacional do Trabalho e o Combate às Discriminações nas Relações de Trabalho", "Conteúdo Normativo da Dignidade da Pessoa Humana e suas Implicações Jurídicas na Realização dos Direitos Humanos" e "O Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua Concretização no Âmbito Doméstico". Entre 2021 e 2024, coordenou alguns volumes da coleção "Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade"⁵⁰.

Durante o último quadriênio (2021-2024), os professores vinculados à linha 3 publicaram 56 artigos em periódicos com Qualis CAPES. Destes, 9 foram classificados como Qualis A1, 7 como Qualis A2, 10 como Qualis A3, 16 como Qualis A4, 4 como Qualis B1, 5 como Qualis B2, 5 como Qualis B3, e nenhum Qualis B4 ou C.

O tema mais recorrente nos trabalhos foi, sem dúvida, as migrações internacionais, abrangendo questões de direitos humanos, políticas migratórias, apatridia, entre outros. Além disso, destacou-se a aplicação do direito internacional no âmbito doméstico. Outros tópicos frequentes incluíram Direito e Gênero, proteção ambiental e mudanças climáticas, além de teoria do direito internacional, tanto sob perspectivas clássicas quanto contemporâneas.

⁴⁶ PIGNATARO DE OLIVEIRA, D.; ALENCAR XAVIER, Y. M.; OLIVEIRA MOREIRA, T. (Orgs.). *Direito Internacional dos Direitos Humanos: em comemoração aos 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos*, OAB Editora, Brasília, 2022.

⁴⁷ GERMANO ALVES, F.; OLIVEIRA MOREIRA, T.; MEDEIROS LEITE, T.; FERNANDES ALVES, V. R. (Orgs.). *Direito aplicado: tendências atuais do direito*, v. 1, Polimatia, Natal, 2022; AFONSO CARNEIRO, F. M.; OLIVEIRA MOREIRA, T.; FERNANDES ALVES, V. R. (Orgs.). *Direito aplicado: Agenda 2030 (direito internacional e direitos humanos)*, v. 3, Insigne Acadêmica, Natal, 2023; AGRA DE MEDEIROS, B. et. al. (Orgs.). *Anais do IIº Congresso Brasileiro de Direito Aplicado: inovação e sociedade*, Polimatia, Natal, 2023; GERMANO ALVES, F.; ALMEIDA MENEZES, R. O.; OLIVEIRA MOREIRA, T.; FERNANDES ALVES, V. R. (Orgs.). *Direito aplicado: inovação e sociedade*, v. 2, Polimatia, Natal, 2023; AFONSO CARNEIRO, F. M.; SILVA MELO, R. M.; OLIVEIRA MOREIRA, T. (Orgs.). *Direito aplicado: tecnologia e desenvolvimento (Direito Internacional e Direitos Humanos)*, v. 3, Insigne Acadêmica, Natal, 2024.

⁴⁸ SORELA CASTILLO, A.; MIRANDA GONÇALVES, R.; OLIVEIRA MOREIRA, T. (Dir.). *Derechos Humanos en debate: Reflexiones sobre su alcance en un mundo globalizado*, Academia Líder de Formación Avanzada, Morelos, 2024.

⁴⁹ Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/8686260157736966>. Acesso em 27 ago. 2024.

⁵⁰ OLIVEIRA MOREIRA, T.; PEREIRA GURGEL, Y. M. (Coords.); ALVES LOPES FILHO, F. C. (Org.). *O Direito Internacional dos Direitos Humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade*, v. 1, Polimatia, Natal, 2021; OLIVEIRA MOREIRA, T.; PEREIRA GURGEL, Y. M. (Coords.). *O Direito Internacional dos Direitos Humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade*, v. 2, Polimatia, Natal, 2022; MAIA, C.; OLIVEIRA MOREIRA, T.; PEREIRA GURGEL, Y. M. (Orgs.). *O Direito Internacional dos Direitos Humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade*, v. 3, Polimatia, Natal, 2022.

Com relação à língua dos artigos, a imensa maioria foi escrita em português. No entanto, houveram quatro artigos escritos em espanhol⁵¹, três em inglês⁵² e um em francês⁵³. Além disso, catorze artigos foram publicados em revistas estrangeiras⁵⁴,

⁵¹ SILVA CARDOSO, J.; OLIVEIRA MOREIRA, T. "Los desafíos de la gobernanza migratoria en el MERCOSUR: las suspensiones de Venezuela y sus consecuencias en la política migratoria brasileña". *Si Somos Americanos - Revista de Estudios Transfronterizos*, v. 22, p. 34-58, 2022; ARAÚJO COSTA, M.; CANUTO, E. "La perspectiva de género como elemento del constitucionalismo multinivel: un análisis a partir de la jurisprudencia del tribunal de justicia de Rio Grande do Norte". *Revista de Derecho Público*, v. 1, p. 1-22, 2023; AMARANTE DE OLIVEIRA, C. J. A.; OLIVEIRA MOREIRA, T. O. "El Constitucionalismo Multinivel Interamericano y el diálogo (necesario) entre el Supremo Tribunal Federal de Brasil y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de prisión preventiva". *Estudios constitucionales*, v. 21, p. 279-307, 2023; ARAÚJO COSTA, M.; OLIVEIRA VERAS, E. V. C.; OLIVEIRA MOREIRA, T. "El diálogo interjurisdiccional entre el Supremo Tribunal Federal y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el tema de género". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, v. 54, p. 1-22, 2024.

⁵² JACOB DE MENEZES-NETO, E.; MIRANDA CLEMENTINO, M. B. "Using deep learning to predict outcomes of legal appeals better than human experts: A study with data from Brazilian federal courts". *PLoS One*, v. 17, p. e0272287, 2022; OLIVEIRA MOREIRA, T.; LODÔNIO DANTAS, B. "The Exercise Of Conventionality Control By The Non-Specialized Brazilian Higher Courts". *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos (UFRN)*, v. 14, p. 203-229, 2023; OLIVEIRA MOREIRA, T.; VALE, P. A. "Migrants' human rights in Brazil: state of the art". *Cadernos De Direito Actual*, v. 24, p. 56-70, 2024.

⁵³ BICHARA, J.-P. "Les droits des migrants dans le système interaméricain de protection des droits humains". *Revue Européenne des Migrations Internationales*, v. 40, p. 193-200, 2024.

⁵⁴ **Argentina:** AMARANTE DE OLIVEIRA, C. J. A.; OLIVEIRA MOREIRA, T. "As garantias processuais dos imigrantes presos provisoriamente: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil à luz do Direito Internacional". *RECorDIP*, v. 1, p. 246-275, 2022; **Chile:** SILVA CARDOSO, J. L. M.; OLIVEIRA MOREIRA, T. "Los desafíos de la gobernanza migratoria en el MERCOSUR: las suspensiones de Venezuela y sus consecuencias en la política migratoria brasileña". *Si Somos Americanos - Revista de Estudios Transfronterizos*, v. 22, p. 34-58, 2022; ARAÚJO COSTA, M.; CANUTO, E. "La perspectiva de género como elemento del constitucionalismo multinivel: un análisis a partir de la jurisprudencia del tribunal de justicia de Rio Grande do Norte". *Revista de Derecho Público*, v. 1, p. 1-22, 2023; AMARANTE DE OLIVEIRA, C. J. A.; OLIVEIRA MOREIRA, T. "El Constitucionalismo Multinivel Interamericano y el diálogo (necesario) entre el Supremo Tribunal Federal de Brasil y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de prisión preventiva". *Estudios constitucionales*, v. 21, p. 279-307, 2023; **Colômbia:** OLIVEIRA MOREIRA, T.; ARAÚJO COSTA, M.; OLIVEIRA VERAS, E. V. C. "El diálogo interjurisdiccional entre el Supremo Tribunal Federal y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el tema de género". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, v. 54, p. 1-22, 2024.; OLIVEIRA MOREIRA, T.; LODÔNIO DANTAS, B. "O papel do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano na proteção dos direitos humanos das pessoas em situação de mobilidade internacional". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, v. XXIX, p. 321-350, 2023; OLIVEIRA MOREIRA, T.; ALVES DOS SANTOS, I. E. "O princípio anticorrupção e a sua inserção no processo de constitucionalização do direito internacional". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, v. XXVIII, p. 213-232, 2022; **Espanha:** SOUSA LINS, R. G.; PEREIRA GURGEL, Y. M.; OLIVEIRA MOREIRA, T. "O Constitucionalismo Multinível de Ingolf Pernice: uma análise de pontos e contrapontos". *Cadernos de Direito Actual*, v. 15, p. 186-203, 2021; OLIVEIRA MOREIRA, T.; FERNANDES ALVES, V. R. "Dever de Prestar Contas e Cenários Anticorrupção: uma análise de sua interface a partir de casos contenciosos da Corte Interamericana de Direitos Humanos". *Revista General De Derecho Administrativo*, v. 66, p. 1-34, 2024; OLIVEIRA MOREIRA, T.; LODÔNIO DANTAS, B. "A Jurisdição Cooperativa como Instrumento de Materialização do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano (ICCLA) no Brasil". *Cadernos De Direito Actual*, v. 21, p. 363-385, 2023; OLIVEIRA MOREIRA, T.; VALE, P. A. "Migrants' human rights in Brazil: state of the art". *Cadernos De Direito Actual*, v. 24, p. 56-70, 2024; **França:** BICHARA, J.-P. "Les droits des migrants dans le système interaméricain de protection des droits humains". *Revue Européenne des Migrations Internationales*, v. 40, p. 193-200, 2024; **Portugal:** BICHARA, J.-P.; MAIA ROCHA, I. Q. "Direito Internacional e Direito Brasileiro na Atualidade: entre Avanços e Incongruências do Poder Judiciário". *RJLB - Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 6, p. 1105, 2021; **Estados Unidos:** JACOB DE MENEZES-NETO, E.; MIRANDA CLEMENTINO, M. B. "Using deep learning to predict outcomes of legal appeals better than human experts: A study with data from Brazilian federal courts". *PLoS One*, v. 17, p. e0272287, 2022.

sendo sete em revistas da América Latina (Argentina, Chile, e Colômbia), seis em revistas da Europa (Espanha, França e Portugal) e um da América do Norte (Estados Unidos). Além disso, sete estão indexados no *Journal Citation Reports* (JCR), cinco do Scopus e um no Web of Science.

Além dos artigos publicados em revistas classificadas pelo Qualis CAPES, foram publicados 113 capítulos de livros, tanto em obras nacionais quanto internacionais. Também foram publicados 18 trabalhos completos em anais de congressos, nacionais e internacionais. Vale destacar que, como alguns congressos publicam seus anais em formato de livro, esses números podem não refletir com precisão a quantidade exata de publicações.

Além disso, a inserção social dos docentes do programa é significativa, destacando-se pela participação ativa no Comitê Estadual Intersectorial de Atenção aos Refugiados, Apátridas e Migrantes do Rio Grande do Norte (CERAM/RN)⁵⁵ e em algumas Unidades de Fiscalização e Monitoramento das Decisões do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (UMF), como as do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF 5)⁵⁶ e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN)⁵⁷.

Para além da composição de organismos de relevância para a proteção dos direitos humanos e aplicação do direito internacional, a produção dos professores vinculados à linha 3 tem um impacto prático no sistema de justiça. A título exemplificativo, a obra da professora Érica Canuto sobre a Lei Maria da Penha⁵⁸ foi citada na fundamentação do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.138/DF, do STF, sob relatoria do Ministro Alexandre de Moraes⁵⁹; e a obra do professor Thiago Oliveira Moreira⁶⁰ foi citada como fundamentação da decisão da Apelação Cível nº 0811107-10.2022.4.05.8100⁶¹.

Não obstante, todos os professores vinculados à linha de pesquisa 3 têm diversos trabalhos incluídos na Biblioteca Digital Jurídica (BDJur) do Superior Tribunal de Justiça⁶². Em 2022, Thiago Oliveira Moreira teve um trabalho, em coautoria com o egresso Richardy Videnov Alves Santos⁶³, destacado na bibliografia do Tribunal Superior do Trabalho (TST), em dossiê com o tema "Controle de convencionalidade no direito do trabalho".

Nos últimos quatro anos, os professores vinculados à linha 3 participaram ativamente da organização de diversos eventos acadêmicos, conforme registrado na aba "Organização de eventos, congressos, exposições e feiras" do currículo Lattes. Em 2021, foi realizado um seminário sobre direito internacional econômico e em 2023, ocorreram

⁵⁵ O professor Thiago Oliveira Moreira ocupa a cadeira destinada à UFRN, enquanto o professor Jahyr-Philippe Bichara ocupa a suplência.

⁵⁶ O professor Marco Bruno Miranda Clementino ocupa uma das vagas destinadas aos juízes federais, enquanto Thiago Oliveira Moreira ocupa a vaga de professor.

⁵⁷ Existem duas vagas destinadas à academia. Enquanto Thiago Oliveira Moreira ocupa a vaga de professor, Bruna Agra de Medeiros, que realiza pesquisa a nível pós-doutoral no PPGD/UFRN, ocupa a vaga de pesquisador.

⁵⁸ CANUTO, E. *Princípios Especiais da Lei Maria da Penha*, Fórum, Belo Horizonte, 2021.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). ADI nº 6.138/DF. Relator Ministro ALEXANDRE DE MORAIS. Órgão Julgador PLENÁRIO. Data do julgamento: 23/03/2022. Data de publicação DOU: 22/06/2022.

⁶⁰ OLIVEIRA MOREIRA, T. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*, Instituto Memória, Curitiba, 2019.

⁶¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Quinta Turma). *Apelação Cível nº 0811107-10.2022.4.05.8100*. Relatora Desembargadora Federal Convocada POLYANA FALCÃO BRITO. Órgão Julgador QUINTA TURMA. Data do julgamento: 22/10/2023.

⁶² Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/2>. Acesso em: 29 ago. 2024.

⁶³ ALVES DOS SANTOS, R. V.; OLIVEIRA MOREIRA, T.; DUARTE NETO, B. H. "Controle de convencionalidade da reforma trabalhista pelos magistrados de 1º grau do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região". *Inter: Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ*, v. 4, n. 2, p. 96-125, 2021.

o IV *Congreso Internacional de Derechos Humanos y Electoral*, ambos com a participação de docentes e pesquisadores brasileiros e estrangeiros, e o I Encontro de Professores e Pesquisadores de Direito Internacional do Nordeste.

Nesse mesmo ano, foi organizado um mutirão pela Justiça Federal, com apoio do PPGD/UFRN, denominado Mutirão Pop Rua Jud Migrantes, destinado a atender as necessidades da população migrante no Rio Grande do Norte. Ainda entre 2023 e 2024, destacaram-se três cursos voltados para a área de violência de gênero, abordando temas como guarda de filhos e violência doméstica e familiar, defesa dos direitos das mulheres em situação de violência, e violência patrimonial sob a perspectiva de gênero. Embora esses cursos não estejam diretamente vinculados ao direito internacional, eles contribuem para a materialização de obrigações internacionais, reforçando o compromisso com a concretização dos direitos humanos.

Já em 2024, ocorreram o 22º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, coordenado localmente por professores da linha 3, citado anteriormente, e um seminário em parceria com a Universidade de Pisa, na Itália, e a Universidade Católica de Pernambuco (Unicap) sobre a proteção multinível dos direitos humanos, com a participação de professores brasileiros e um italiano.

Outros eventos relevantes incluíram congressos sobre direito transnacional e direitos humanos, além dos Seminários de Direito Internacional dos Direitos Humanos do PPGD/UFRN, que tiveram sete edições realizadas durante o último quadriênio, da IV à X. No âmbito do Observatório de Direito Internacional do Rio Grande do Norte, são realizadas periodicamente palestras do "Ciclo de Palestras Direito Internacional em Foco", abordando diversas áreas do direito internacional, com transmissão gratuita pelo canal do YouTube do grupo⁶⁴.

Após examinar o perfil dos professores que compõem a linha de pesquisa em estudo, com destaque para suas qualificações e contribuições acadêmicas, é necessário voltar a atenção para os egressos do programa. A análise dos dados dos ex-alunos permitirá compreender o impacto da formação oferecida, identificar os principais destinos profissionais dos mestres formados, mapear a produção científica gerada, e verificar características da Escola Potiguar de Direito Internacional.

4. Contribuições dos egressos da linha 3 do PPGD/UFRN para o desenvolvimento da Escola Potiguar de Direito Internacional

Embora o foco do artigo seja avaliar o perfil dos egressos da linha 3 do curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN, é relevante também considerar, ainda que de forma exemplificativa, a produção científica quantitativa de discentes e docentes. É importante observar a possível sobreposição na produção de discentes e docentes devido à coautoria. Desde o início da linha 3 (de 2012 a 2024), foram publicados pelos alunos⁶⁵ 80 artigos em periódicos classificados pelo Qualis CAPES. Dentre esses, 5 foram classificados como Qualis A1, 2 como Qualis A2, 9 como Qualis A3, 29 como Qualis A4, 9 como Qualis B1, 9 como Qualis B2, 9 como Qualis B3, 2 como Qualis B4, e 6 como Qualis C.

No entanto, em que pese uma produção razoavelmente expressiva, com uma média de 1,12 artigos por egresso, a divisão não é nem um pouco equilibrada. Dos 71 mestres formados pela linha, a partir dos dados coletados da plataforma Lattes, 33 não publicaram nenhum artigo em periódico com Qualis CAPES no decurso do mestrado. Além disso, apenas 17 dissertações foram publicadas em formato de livro, o que resulta em apenas 23.94% das dissertações defendidas.

⁶⁴ Disponível em: <https://www.youtube.com/@OBDIRN>. Acesso em: 30 ago. 2024.

⁶⁵ Não foram incluídos no quantitativo os artigos publicados pelos alunos atualmente matriculados no programa.

Antes mesmo do estabelecimento da linha de pesquisa 3, algumas dissertações já abordavam a temática internacionalista, como foi o caso de dissertações sobre “Os antagonismos da integração sul-americana na ordem jurídica brasileira”⁶⁶, defendida em 2011, e a “Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Jurisdição Brasileira”⁶⁷, defendida em 2012.

Com relação às temáticas abordadas, as dissertações vinculadas à linha 3 do mestrado em Direito da UFRN destacam-se por uma forte ênfase em Direitos Humanos. A análise das palavras-chave revela que muitos trabalhos focam no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIPDH). Ao menos treze trabalhos tratam do SIPDH, abordando questões como o acesso direto do indivíduo à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)⁶⁸, a implementação⁶⁹ e execução⁷⁰ das sentenças da Corte no ordenamento jurídico brasileiro, e as falhas na aplicação das normas interamericanas na proteção de mulheres encarceradas⁷¹. Outros temas exploram o impacto da jurisprudência da Corte IDH na proteção da população LGBTQIAPN+ no Brasil⁷²⁻⁷³, os efeitos do reconhecimento da diversidade sexual como direito humano pelo SIPDH⁷⁴, e casos emblemáticos como o de Maria da Penha Fernandes na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)⁷⁵.

⁶⁶ NEVES MACEDO, M. *Os antagonismos da integração sul-americana na ordem jurídica brasileira*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2011.

⁶⁷ OLIVEIRA MOREIRA, T. *Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Jurisdição Brasileira*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2012.

⁶⁸ SIMÕES PIRES, J. *Sistema Interamericano e acesso direto do indivíduo à Corte IDH: em busca de uma maior promoção do direito internacional dos direitos humanos na América*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.

⁶⁹ MEDEIROS TORRES, S. *A implementação das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no direito brasileiro: o impacto do Caso Gomes Lund no exercício do controle de convencionalidade*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

⁷⁰ MATOS DE QUEIROZ, A. P. *As sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a problemática da execução no direito brasileiro*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

⁷¹ ARAÚJO COSTA, M. *Direitos humanos das mulheres encarceradas no Complexo Penal Dr. João Chaves e (des)cumprimento das normas do Sistema Interamericano*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2024.

⁷² CASTRO MELO, A. V. *Direitos humanos da população LGBTQIA+ no Brasil: status atual de proteção e possíveis contribuições da jurisprudência contenciosa do Sistema Interamericano*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2023.

⁷³ CASSIANO DE ARAÚJO, Y. R. *A construção jurídica da cidadania sexual no Brasil: diálogo com os marcos normativos internacionais de proteção às pessoas LGBTQIAP+ e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2023.

⁷⁴ SÁ NETO, C. E. *Os efeitos do reconhecimento da diversidade sexual como um direito humano pelo Sistema Interamericano de Proteção*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014.

⁷⁵ PEIXOTO NÓBREGA, B. *Caso Maria da Penha Fernandes: (des)cumprimento das recomendações feitas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao Brasil*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.

Além disso, as dissertações examinam a proteção do direito à vida intrauterina sob a perspectiva do SIPDH⁷⁶, a política migratória brasileira à luz das normas interamericanas⁷⁷, e a proteção ambiental promovida pela Corte IDH⁷⁸. Questões correlatas, como o exercício do controle de convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina⁷⁹, bem como a inconvencionalidade da prisão preventiva no Brasil à luz da teoria do Constitucionalismo Multinível, também são temas presentes⁸⁰.

O controle de convencionalidade é outro tema frequentemente abordado nas dissertações, com algumas interseções com os temas discutidos anteriormente. Pelo menos oito trabalhos tratam dessa temática, explorando uma variedade de assuntos, como o controle de convencionalidade em matéria previdenciária pela Justiça Federal⁸¹, o controle preventivo da Reforma Trabalhista de 2017 pelo Congresso Nacional⁸², e a análise da convencionalidade e constitucionalidade da política de cotas para mulheres no ambiente laboral⁸³.

Em seguida, diversas dissertações abordam a temática de gênero, com pelo menos nove trabalhos dedicados a essa área. Esses estudos exploram, especificamente, as relações interseccionais entre gênero e refúgio⁸⁴, gênero e raça⁸⁵, e gênero, origem e cultura⁸⁶. Outras pesquisas analisam os direitos humanos de mulheres transexuais e travestis em privação de liberdade no Rio Grande do Norte⁸⁷, o direito internacional à

⁷⁶ CAVALCANTE DE SOUZA JÚNIOR, C. J. *O direito internacional dos direitos da personalidade: uma análise do direito à vida intrauterina à luz do Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019.

⁷⁷ SILVA, T. R. A (necessária) convencionalização da legislação migratória brasileira: uma análise da regulamentação da política migratória à luz do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2020.

⁷⁸ RIBEIRO DE OLIVEIRA, J. E. R. *Proteção ambiental e Corte Interamericana de Direitos Humanos: um aporte de reflexão para a justiça comum brasileira*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.

⁷⁹ LODÔNIO DANTAS, B. *O exercício do controle de convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e sua (in)compatibilidade com o Ius Constitutionale Commune na América Latina*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2024.

⁸⁰ AMARANTE DE OLIVEIRA, C. J. A. *A (in)convencionalidade da prisão preventiva no Brasil a partir da teoria do Constitucionalismo Multinível*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2024.

⁸¹ PAIVA PINHEIRO, P. I. *O (não) exercício do controle de convencionalidade em matéria previdenciária pela Justiça Federal*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2023.

⁸² CAVALCANTI MAGALHÃES, D. *O controle de convencionalidade da Reforma Trabalhista de 2017 pelo Congresso Nacional*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2024.

⁸³ ABRANTES BARBOSA, L. F. *Análise da convencionalidade e constitucionalidade da política de cotas para mulheres enquanto medida válida para combater a discriminação de gênero nas relações de trabalho*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2023.

⁸⁴ PEREIRA DA SILVA, W. M. N. *Mulheres e refugiadas: uma análise da proteção internacional dos direitos humanos conferidos às mulheres refugiadas sob a ótica interseccional entre gênero e refúgio*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.

⁸⁵ SOUSA MATHIAS, A. Q. S. *Gênero e raça: interseccionalidades no combate à violência contra as mulheres brasileiras*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2024.

⁸⁶ MEDEIROS ROSA, M. C. *Por ser de lá: a tutela jurídica da mulher nordestina sujeita a discriminação múltipla com base em gênero, origem e cultura*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

⁸⁷ LIMA LINHARES, L. O. *A efetivação dos direitos humanos das mulheres transexuais e travestis em privação de liberdade no Rio Grande do Norte: um estudo à luz do direito internacional*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2023.

equidade de gênero e o pioneirismo antidiscriminatório de Nísia Floresta⁸⁸. Além disso, incluem-se investigações sobre o direito à retificação do registro civil de crianças e adolescentes trans no Brasil⁸⁹ e a influência do direito internacional no processo de empoderamento econômico das mulheres por meio de políticas comerciais⁹⁰, bem como sobre como o sistema internacional da OIT pode proteger o mercado de trabalho da mulher⁹¹.

Outro tema frequentemente abordado nas dissertações da linha de pesquisa em questão é a cooperação jurídica internacional. Ao menos seis dissertações abordam essa temática. Notadamente, foram estudadas questões de cooperação para o combate à corrupção⁹², cooperação jurídica e terrorismo⁹³, cooperação cível via auxílio direto⁹⁴, os reflexos na jurisdição brasileira do Mutual Legal Assistance Treaty celebrado entre o Brasil e os Estados Unidos⁹⁵, uma análise empírica da atuação da Justiça Federal da 5ª Região em matéria de cooperação jurídica internacional⁹⁶, e um estudo sobre o regime global de bloqueio de bens⁹⁷.

Além disso, foram desenvolvidos trabalhos sobre proteção ao meio ambiente e mudanças climáticas, incluindo dissertações que examinam a adequação do município de Natal/RN ao Acordo de Paris⁹⁸, a implementação das contribuições nacionalmente determinadas pelo Brasil nesse contexto⁹⁹ e a aplicabilidade do direito internacional do mar no ordenamento jurídico brasileiro como medida de prevenção contra incidentes de poluição marinha por óleo¹⁰⁰.

⁸⁸ ARAÚJO, L. B. *Direito internacional à equidade de gênero e o pioneirismo antidiscriminatório de Nísia Floresta*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2022.

⁸⁹ DANTAS DE SENA, M. L. M. *Crianças e adolescentes trans no Brasil: retificação do registro civil à luz dos direitos humanos*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2024.

⁹⁰ GALIZA E SILVA, G. *A influência do direito internacional no processo de empoderamento econômico das mulheres e a incorporação do gênero na política comercial brasileira*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

⁹¹ ALMEIDA DE ARAÚJO, A. *Corresponsabilidade familiar e proteção do mercado de trabalho da mulher: o sistema internacional da OIT como fonte integrativa da garantia constitucional*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.

⁹² SANTOS, E. K. *As inconsistências no cumprimento da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida) pelo Estado brasileiro*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2024.

⁹³ EULÁLIO BRASILEIRO, A. *A cooperação jurídica internacional no terrorismo*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

⁹⁴ ARAGÃO SILVA, P. H. *A cooperação jurídica internacional em matéria civil via auxílio direto: uma análise acerca do reconhecimento de uma ordem jurídica transnacional*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019.

⁹⁵ MAGALHÃES DE LACERDA, P. C. *O direito penal do inimigo na atualidade: Mutual Legal Assistance Treaty – MLAT, em matéria penal, celebrado entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos da América bem como seus reflexos na jurisdição brasileira*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.

⁹⁶ PEREIRA DE ANDRADE, B. *A atuação da Justiça Federal da 5ª Região em matéria de cooperação jurídica internacional: análise empírica de dados do Sistema de Processo Judicial Eletrônico*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.

⁹⁷ ROCHA DE ANDRADE, F. *Regime global de bloqueio de bens: a implementação do regime internacional de persecução patrimonial penal pelo Estado brasileiro*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2024.

⁹⁸ ARO BEZERRA, R. *A ação multinível desempenhada a partir da competência constitucional suplementar no combate à mudança climática: o atraso do município de Natal/RN na adequação ao Acordo de Paris*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2023.

⁹⁹ MANIÇOBA BALDUINO, M. C. J. *Mudanças climáticas: análise da implementação das contribuições nacionalmente determinadas do Brasil no Acordo de Paris*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2020.

¹⁰⁰ LINS ALVES, R. *A aplicabilidade do direito internacional do mar no ordenamento jurídico brasileiro como medida de prevenção contra incidentes de poluição marinha por óleo*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.

No âmbito das migrações internacionais, refúgio e apatridia, há estudos sobre o Comitê Estadual Intersetorial de Atenção aos Refugiados, Apátridas e Migrantes do Rio Grande do Norte¹⁰¹, o direito internacional humanitário e sua relação com os migrantes¹⁰², a proteção dos trabalhadores migrantes¹⁰³, e a efetivação dos direitos humanos dos migrantes venezuelanos pela Justiça Federal brasileira no contexto da pandemia de COVID-19¹⁰⁴. Além disso, incluem-se trabalhos sobre a natureza do asilo diplomático¹⁰⁵, medidas de retirada compulsória de estrangeiros¹⁰⁶, e a atuação do Estado brasileiro frente o sistema internacional de proteção dos apátridas¹⁰⁷.

Outro tema recorrente foi o direito internacional econômico, a partir da abordagem de temas variados e relevantes. Entre os estudos, destacam-se: a proteção internacional dos direitos humanos por organismos econômicos¹⁰⁸, a aplicação dos acordos da Organização Mundial do Comércio (OMC) pelo poder judiciário brasileiro¹⁰⁹, e a defesa do desenvolvimento nacional pelo Brasil no órgão de solução de controvérsias da OMC¹¹⁰. Também foram analisados os acordos de cooperação e facilitação de investimentos e seu impacto potencial no desenvolvimento nacional¹¹¹, a necessidade de adequação da legislação brasileira às normas da OMC¹¹², e o tratamento jurídico do investimento estrangeiro direto no regime de partilha de produção¹¹³.

Sobre direito internacional do trabalho, foram desenvolvidos alguns trabalhos que abordam temas relevantes. Dentre eles, foi estudado a caracterização das convenções

¹⁰¹ MAIA ROCHA, I. Q. *A defesa dos direitos dos migrantes pelo Comitê Estadual Intersetorial de Atenção aos Refugiados, Apátridas e Migrantes do Rio Grande do Norte: os desafios para o cumprimento do direito internacional*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.

¹⁰² MONTEIRO CAVALCANTI, F. *Uma proposta para um redimensionamento do direito internacional humanitário a serviço da proteção de migrantes*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2020.

¹⁰³ FREITAS RODRIGUES, F. L. *A proteção internacional do trabalhador migrante frente ao direito brasileiro: avanços e lacunas na legislação e na efetivação dos direitos dos migrantes*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019.

¹⁰⁴ SILVA CARDOSO, J. L. M. *Direitos humanos dos migrantes venezuelanos e sua efetivação pela Justiça Federal brasileira no contexto da pandemia da COVID-19*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2023.

¹⁰⁵ MAIA MESQUITA, A. W. *A natureza jurídica do asilo diplomático: a proteção e defesa dos direitos humanos em face da discricionariedade do ato administrativo*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.

¹⁰⁶ MORAIS GALVÃO, A. P. *Saída compulsória do estrangeiro do território nacional à luz dos direitos humanos: análise de casos*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014.

¹⁰⁷ ALEIXO DE CARVALHO, L. A. *O sistema de proteção internacional aos indivíduos apátridas e a atuação do Estado brasileiro*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.

¹⁰⁸ SILVA NETO, F. J. *A proteção internacional dos direitos humanos pelos organismos intergovernamentais de cunho econômico*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2015.

¹⁰⁹ MARQUES FONSECA JÚNIOR, S. *A aplicação dos acordos da Organização Mundial do Comércio pelo poder judiciário brasileiro*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.

¹¹⁰ DINIZ LÚCIO, L. *A defesa do desenvolvimento nacional pelo estado brasileiro no órgão de solução de controvérsias da OMC*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.

¹¹¹ SILVA DANTAS, A. *Os acordos de cooperação e facilitação de investimentos: análise quanto à potencial contribuição de tais instrumentos para a promoção do desenvolvimento nacional*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019.

¹¹² GOMES FERREIRA, I. M. *A posição do Brasil perante as normas da OMC: a necessidade de conformação da legislação interna ao direito internacional na decisão do DS472 e DS497*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

¹¹³ RIBEIRO VITOR, R. *Análise do tratamento jurídico sobre o investimento estrangeiro direto no regime de partilha de produção, a partir da experiência do Campo Libra*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2015.

da OIT como tratados de direitos humanos e suas consequências no Brasil¹¹⁴ e a aplicação da Convenção Nº 111 da OIT em casos de dispensa discriminatória por câncer¹¹⁵. Outro trabalho revisa a aplicação das convenções da OIT sobre saúde e segurança no ambiente de trabalho no Brasil¹¹⁶, enquanto um estudo comparado avalia a conformidade dos sistemas de seguridade social no Cone Sul com a Convenção Nº 102 da OIT¹¹⁷. Outros abordaram as conexões entre a negociação coletiva e o direito à igualdade¹¹⁸, o tratamento das informações pessoais dos trabalhadores¹¹⁹ e a proteção da população LGBTQIAPN+ no contexto laboral¹²⁰.

Diversas dissertações tratam de temas no direito internacional privado. Algumas exploram o contrato internacional de gestação por substituição e sua eficácia no Brasil¹²¹, enquanto outras abordam os desafios do direito de família internacional, como casamento e subtração internacional de crianças¹²². Também são analisados litígios relacionados à plataforma continental estendida¹²³ e a segurança jurídica em contratos

¹¹⁴ WANDERLEY GALVÃO, J. C. *O problema da caracterização das convenções da OIT como tratados de direitos humanos e suas consequências no direito brasileiro*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.

¹¹⁵ BATISTA DOS SANTOS, T. *Aplicação da Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho na solução de casos de dispensa discriminatória de empregado motivada pelo câncer: uma análise da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho no período de 2016-2021*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.

¹¹⁶ COSTA DE FIGUEIREDO, T. M. *O direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado e a (in) aplicação das convenções da OIT sobre a saúde e segurança do trabalhador: panorama jurídico brasileiro de tutela ao ambiente laboral*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.

¹¹⁷ NASCIMENTO SILVA, D. E. *A proteção social no Cone Sul: um estudo comparado sobre a conformidade dos sistemas de seguridade social da Argentina, Brasil, Chile e Uruguai e a Convenção nº 102 da Organização Internacional do Trabalho*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.

¹¹⁸ QUEIROZ RAMOS, I. C. B. *A negociação coletiva como instrumento de efetividade do direito fundamental à igualdade*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014.

¹¹⁹ GALVÃO LINS, R. *O consentimento e o tratamento de informações pessoais de trabalhadores subordinados: uma análise sob a ótica da proteção cooperativa de dados pessoais*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.

¹²⁰ DELGADO NOBRE, I. F. *A condição LGBTQIA+ no ambiente laboral e a perspectiva de proteção no internacional e constitucional: entre a normatividade e a autopercepção do sujeito*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.

¹²¹ TEIXEIRA DE ARAÚJO, D. M. *O contrato internacional de gestação por substituição e sua eficácia no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019.

¹²² OLIVEIRA DA COSTA, C. *Desafios do direito de família internacional: casamento e uniões estáveis; alimentos e a subtração internacional de crianças*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.

¹²³ CAVALCANTI DA ROCHA, A. L. N. S. *Da jurisdição para a solução de controvérsias na plataforma continental estendida com limites pendentes de definição*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.

internacionais no Brasil¹²⁴. Outros temas incluem a proteção da moda sob o direito internacional da propriedade intelectual¹²⁵, o regime de transferência internacional de dados no Brasil¹²⁶ e a arbitragem internacional¹²⁷, bem como o acesso das pessoas jurídicas de matriz brasileira à justiça internacional¹²⁸.

Além dos temas mais frequentes discutidos anteriormente, algumas dissertações abordam questões relevantes e específicas do direito internacional, mas menos recorrentes. Entre elas, destacam-se o estudo sobre solidariedade no direito internacional¹²⁹ e a aplicabilidade da liberdade de expressão em relação ao discurso de ódio sob a perspectiva internacional e brasileira¹³⁰. Outras dissertações examinam a liberdade religiosa da criança no Brasil¹³¹ e os limites da pena de morte no país¹³². Além disso, há análises sobre o direito humano à alimentação adequada¹³³, bem como o direito internacional dos direitos humanos em relação a sanções internas como a castração química e o cadastro de pedófilos¹³⁴. Também são abordadas questões como os limites da internação psiquiátrica forçada¹³⁵ e os direitos das pessoas surdas¹³⁶, e os mecanismos de efetiva-

¹²⁴ SILVA MENDES, A. M. *A efetivação da segurança jurídica enquanto valor na solução de litígios provenientes de contratos internacionais no Brasil*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019.

¹²⁵ CÂMARA MOREIRA, A. O. *A proteção do direito da moda sob a perspectiva do direito internacional da propriedade intelectual*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

¹²⁶ VALENÇA DE OLIVEIRA, R. R. *Regime de transferência internacional de dados à luz da ordem jurídica brasileira*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.

¹²⁷ ALMEIDA CABRAL, D. *A arbitragem internacional e o Estado brasileiro: uma irresistível conformação à ordem internacional*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.

¹²⁸ CÂMARA SILVA, R. *Perspectivas do acesso à justiça internacional para as pessoas jurídicas de matriz brasileira*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.

¹²⁹ FERNANDES LIMA, L. Z. *A solidariedade no direito internacional: entre "lex ferenda" e "lex lata"*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.

¹³⁰ PEIXOTO DE BRITO, F. *A aplicabilidade da liberdade de expressão em relação ao direito à igualdade e não discriminação: o discurso de ódio sob a perspectiva internacional e no direito brasileiro*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

¹³¹ GUEDES DE ANDRADE, I. *Liberdade religiosa da criança: aplicabilidade a partir do constitucionalismo do direito internacional dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2024.

¹³² DANTAS JÚNIOR, J. F. *A vida humana e a pena de morte no Brasil: limites conceituais da pena de morte aplicável no Brasil, adequações ao direito internacional e enfrentamentos à dignidade da pessoa humana*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2020.

¹³³ MOURA SOARES, E. K. B. G. *O direito humano à alimentação adequada e sua proteção no âmbito internacional e brasileiro*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019.

¹³⁴ REIS CADÓ, R. O. *O direito internacional dos direitos humanos e as sanções penais de âmbito interno: uma análise constitucional da castração química e do cadastro dos pedófilos*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019.

¹³⁵ OLIVEIRA SILVA, G. D. *Os limites da internação psiquiátrica forçada de usuários de drogas ilícitas à luz da proteção internacional dos direitos humanos*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

¹³⁶ BRAGA LIMA, A. P. *Direitos humanos das pessoas surdas: instrumentos de promoção da igualdade à luz dos tratados internacionais e da legislação brasileira*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019.

ção da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico brasileiro¹³⁷, as relações entre o direito internacional penal e o direito estatal à luz do transconstitucionalismo¹³⁸.

Nos últimos anos o PPGD/UFRN tem aberto vagas para estágio de pós-doutoramento. Até o momento, um doutor já o concluiu, com pesquisa sobre combate à corrupção e Sistema Interamericano, e uma tem uma pesquisa em andamento sobre a aplicação do direito interamericano dos direitos humanos pelo TJRN, notadamente em decorrência da Recomendação nº 123 do CNJ, ambos sob supervisão do professor Thiago Oliveira Moreira.

Dos mestres formados pela linha 3 do Mestrado em Direito da UFRN, dezoito foram bolsistas, ou seja, 25.35% dos mestrandos. Com relação à agência financiadora, dezesseis foram financiados pela CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior) e dois pela ANP (Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis). A composição de gênero entre os egressos é equilibrada, porém com uma leve predominância feminina: são 38 (53.52%) mulheres e 33 homens (46.47%).

Além disso, os egressos possuem uma trajetória prévia diversa em várias áreas jurídicas e acadêmicas. Apesar de mais da metade (41) dos egressos estarem com o currículo Lattes desatualizado, foi possível elaborar um sucinto perfil do ingressante no curso. Em seguida, buscou-se verificar o perfil do egresso, com os eventuais impactos do mestrado nas suas atividades profissionais.

Dos egressos da linha formados até 2024, dezesseis ingressaram no mestrado no mesmo ano de conclusão da graduação ou no ano imediatamente seguinte. Além disso, quatro já exerciam a docência no ensino superior. Desses, inclui-se uma professora na própria UFRN, um que exerceu função de professor substituto na UFRN e na UERN, uma na UNI-RN (Centro Universitário do Rio Grande do Norte) e uma na UniFacex (Centro Universitário Facex).

Na atividade jurídica propriamente dita, dez atuavam como advogados, e um como advogado da União, enquanto dois eram juízes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (TJRN), sendo um deles também professor no UNI-RN. Além disso, havia um Procurador da República, uma Procuradora do Trabalho e um Procurador do Estado do Rio Grande do Norte. Destacam-se ainda um oficial de justiça do TJRN, um auditor fiscal do trabalho, quatro servidores do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região (TRT 21), uma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (TRT 2), dois do TJRN, dois da Justiça Federal no Rio Grande do Norte (JFRN), um do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte (MPRN), um do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), e uma tabeliã. Entre os residentes¹³⁹, havia um na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte (DPERN) e dois no MPRN. Além disso, havia um bolsista na Secretaria de Estado da Administração do Rio Grande do Norte (SEAD/RN).

Para além da atividade jurídica, havia um engenheiro eletricista, uma servidora administrativa do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Paraíba (IFPB) e

¹³⁷ HOLANDA FERNANDES, F. *Os mecanismos de efetivação da convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.

¹³⁸ ALVES LOPES FILHO, F. C. A. *Transconstitucionalismo entre direito internacional penal e direito estatal: contribuições à resolução de problemas constitucionais na relação entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.

¹³⁹ Conforme a Resolução nº 439 de 07 de janeiro de 2022 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), os Programas de Residência Jurídica visam “proporcionar o aprimoramento da formação teórica e prática dos profissionais do Sistema de Justiça”, e “consiste no treinamento em serviço, abrangendo ensino, pesquisa e extensão, bem como o auxílio prático aos magistrados e servidores do Poder Judiciário no desempenho de suas atribuições institucionais”. Muito embora a resolução diga respeito aos tribunais, outros órgãos do Sistema de Justiça também têm adotado programas semelhantes. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução Nº 439 de 07/01/2022. Autoriza os tribunais a instituírem programas de residência jurídica*. Brasília, 2022.

um professor de inglês no SENAC (Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial). Há, ainda, catorze egressos cuja formação prévia não consta no currículo Lattes.

Após a conclusão do curso de mestrado em Direito na UFRN, os mestres formados pela linha 3 seguiram trajetórias diversas. Destaca-se que quinze deles ingressaram ou estão cursando doutorado em Direito ou áreas relacionadas, incluindo dois na Universidade de Lisboa, um na Universidade de Lille, um na Universidade de Santiago de Compostela, dois na Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), um na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), uma na Universidade de São Paulo (USP), um na Universidade de Fortaleza (UNIFOR), dois na Universidade Federal da Paraíba (UFPB), um na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), um na Universidade Nove de Julho (UNINOVE), e um no Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Adicionalmente, uma cursa doutorado em Educação na UFPB e um realizou estágio pós-doutoral na Universidade de Málaga.

Além disso, vários seguiram a carreira docente: dois são ou foram professores substitutos na UFRN, duas na UFRSA (Universidade Federal Rural do Semi-Árido), um na UFRA (Universidade Federal Rural da Amazônia), um na UFPB (Universidade Federal da Paraíba) e um no IFPI (Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Piauí), assim como um efetivo na UFSC, um na UFRSA, um na UniFacex, um na pós-graduação em Direito do UNI-RN, um na Faculdade Católica Santa Teresinha e uma na ESA/PB (Escola Superior de Advocacia da Paraíba).

Entre os profissionais que seguiram carreiras jurídicas, um advogado da União passou a atuar na área de estudos do mestrado, notadamente na ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados) e na Procuradoria Nacional de Assuntos Internacionais. Outros profissionais incluem: procurador do Estado do Ceará, assessora jurídica de uma ONG em Direitos Humanos, assessor do Tribunal de Contas do Estado de Alagoas (TCE-AL), assessora defensorial, servidora na Prefeitura de Parnamirim e bolsista da SEAD/RN.

Por fim, quarenta e dois mestres possuem currículos Lattes desatualizados ou ainda não foi possível verificar o impacto da conclusão do curso na sua atividade profissional, deixando em aberto a evolução de suas carreiras.

5. Considerações finais

Considerando a relevância do estudo das relações entre o direito internacional, a Constituição e a concretização dos direitos, esta pesquisa buscou investigar as teses derivadas da linha de pesquisa 3 do mestrado em Direito da UFRN, "Direito Internacional e Concretização dos Direitos".

O perfil dos docentes vinculados à linha de pesquisa revela uma formação acadêmica diversificada, com qualificações que incluem pós-graduações nacionais e internacionais, além de pós-doutorados e experiências profissionais relevantes em áreas como Direito Internacional, Direitos Humanos, e Justiça. Dos cinco docentes analisados, três exercem as atividades docentes em regime de dedicação exclusiva. Todos dialogam em diferentes grupos de pesquisa, contribuindo significativamente para a produção científica e a formação de novos juristas. No último quadriênio, os docentes lideraram iniciativas acadêmicas e publicaram obras relevantes, consolidando a influência da Escola Potiguar de Direito Internacional.

As dissertações defendidas, por seu lado, apresentaram uma variedade imensa de temáticas estudadas. Houve uma prevalência dos estudos sobre direitos humanos, notadamente sobre o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o controle de convencionalidade. Ainda, houveram contribuições significativas no campo do direito e gênero, da cooperação jurídica internacional, meio ambiente e mudanças climáticas, e migrações internacionais. Além disso, trabalhos sobre direito internacional econômico, do trabalho e privado também foram desenvolvidos.

Essas temáticas refletem as preocupações contemporâneas com a proteção dos direitos humanos, a sustentabilidade ambiental e a igualdade de gênero, demonstrando a relevância da Linha de Pesquisa 3 ao abordar questões de grande impacto social. No entanto, a análise da formação dos egressos da linha de pesquisa evidencia uma certa

limitação da continuidade da qualificação acadêmica. Poucos mais de 20% dos egressos seguiram para a etapa do doutorado. Além disso, o impacto do curso na carreira dos egressos foi identificado apenas em alguns casos. Isso pode se dever à dificuldade na coleta de dados, devido à desatualização dos currículos Lattes, que pode ter impedido uma avaliação mais abrangente.

Além disso, a grande maioria dos ingressantes são ou recém-formados ou servidores públicos, que não necessariamente têm interesse em seguir uma carreira acadêmica. Portanto, é necessário promover a atividade acadêmica após o término do curso de mestrado, possivelmente com, oportunamente, a criação de um curso de Doutorado em Direito no âmbito do PPGD/UFRN, possibilitando a continuidade da qualificação acadêmica dos egressos.

Sem embargo, é inegável a relevância dos estudos em direito internacional no Rio Grande do Norte, que há mais de um século busca manter vivo o legado de seu patrono, Amaro Cavalcanti. Desde a fundação da Sociedade Brasileira de Direito Internacional pelo jurista em tela até a criação de projetos de extensão e grupos de pesquisa relevantes, o estado, notadamente através do PPGD/UFRN, tem demonstrado um compromisso contínuo com a excelência e a inovação na área. Este esforço é evidenciado não apenas pela produção acadêmica e pelo engajamento de seus estudantes e egressos, mas também pela persistente promoção do diálogo e da reflexão sobre questões globais.

Embora não seja possível verificar a existência de elementos que comprovem uma unidade epistemológica da produção, nem uma continuidade na formação dos egressos, é possível falar em uma Escola Potiguar de Direito Internacional, ainda que em formação. O Rio Grande do Norte, portanto, continua a ser um pilar significativo no desenvolvimento e na expansão do direito internacional no Brasil.

Referencias

- ABRANTES BARBOSA, L. F. *Análise da convencionalidade e constitucionalidade da política de cotas para mulheres enquanto medida válida para combater a discriminação de gênero nas relações de trabalho*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2023.
- ALMEIDA DE ARAÚJO, A. *Corresponsabilidade familiar e proteção do mercado de trabalho da mulher: o sistema internacional da OIT como fonte integrativa da garantia constitucional*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.
- ALVES DOS SANTOS, R. V.; OLIVEIRA MOREIRA, T.; DUARTE NETO, B. H. "Controle de convencionalidade da reforma trabalhista pelos magistrados de 1º grau do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região". *Inter: Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ*, v. 4, n. 2, p. 96-125, 2021.
- ALVES LOPES FILHO, F. C. A. *Transconstitucionalismo entre direito internacional penal e direito estatal: contribuições à resolução de problemas constitucionais na relação entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.
- AFONSO CARNEIRO, F. M.; OLIVEIRA MOREIRA, T.; FERNANDES ALVES, V. R. (Orgs.). *Direito aplicado: Agenda 2030 (direito internacional e direitos humanos)*, v. 3, Insigne Acadêmica, Natal, 2023.
- AGRA DE MEDEIROS, B. et. al. (Orgs.). *Anais do IIº Congresso Brasileiro de Direito Aplicado: inovação e sociedade*, Polimatia, Natal, 2023.
- ALEIXO DE CARVALHO, L. A. *O sistema de proteção internacional aos indivíduos apátridas e a atuação do Estado brasileiro*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.
- ALENCAR XAVIER, Y. M.; GERMANO ALVES, F.; OLIVEIRA MOREIRA, T. (Orgs.). *Prestação jurisdicional e diferentes formas de acesso à justiça*, Polimatia, Natal, 2022.
- ALMEIDA CABRAL, D. *A arbitragem internacional e o Estado brasileiro: uma irresistível conformação à ordem internacional*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.

- AMARANTE DE OLIVEIRA, C. J. A. *A (in)convencionalidade da prisão preventiva no Brasil a partir da teoria do Constitucionalismo Multinível*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2024.
- AMARANTE DE OLIVEIRA, C. J. A.; OLIVEIRA MOREIRA, T. "As garantias processuais dos imigrantes presos provisoriamente: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil à luz do Direito Internacional". *RECorDIP*, v. 1, p. 246-275, 2022.
- AMARANTE DE OLIVEIRA, C. J. A.; OLIVEIRA MOREIRA, T. O. "El Constitucionalismo Multinivel Interamericano y el diálogo (necesario) entre el Supremo Tribunal Federal de Brasil y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de prisión preventiva". *Estudios constitucionales*, v. 21, p. 279-307, 2023.
- ARAGÃO SILVA, P. H. *A cooperação jurídica internacional em matéria civil via auxílio direto: uma análise acerca do reconhecimento de uma ordem jurídica transnacional*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019.
- ARAÚJO, L. B. *Direito internacional à equidade de gênero e o pioneirismo antidiscriminatório de Nísia Floresta*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2022.
- ARAÚJO COSTA, M. *Direitos humanos das mulheres encarceradas no Complexo Penal Dr. João Chaves e (des)cumprimento das normas do Sistema Interamericano*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2024.
- ARAÚJO COSTA, M.; CANUTO, E. "La perspectiva de género como elemento del constitucionalismo multinivel: un análisis a partir de la jurisprudencia del tribunal de justicia de Rio Grande do Norte". *Revista de Derecho Público*, v. 1, p. 1-22, 2023.
- ARAÚJO COSTA, M.; OLIVEIRA VERAS, E. V. C.; OLIVEIRA MOREIRA, T. "El diálogo interjurisdiccional entre el Supremo Tribunal Federal y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el tema de género". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, v. 54, p. 1-22, 2024.
- ARO BEZERRA, R. *A ação multinível desempenhada a partir da competência constitucional suplementar no combate à mudança climática: o atraso do município de Natal/RN na adequação ao Acordo de Paris*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2023.
- ARRUDA BEZERRA NETO, B.; CAVALCANTE CARVALHO, L. H.; MIRANDA CLEMENTINO, M. B.; MAIA LINS, R. (Orgs.). *O Futuro do Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Prof. Edilson Nobre*, Noeses, São Paulo, 2023.
- BANDEIRA GALINDO, G. R. "Um Cauteloso Jurista: Amaro Cavalcanti e sua Obra Internacionalista", in: BANDEIRA GALINDO, G. R. (Org.). *Direito Internacional no Brasil: Pensamento e Tradição*, v. 1. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2021, p. 233.
- BATISTA DOS SANTOS, T. *Aplicação da Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho na solução de casos de dispensa discriminatória de empregado motivada pelo câncer: uma análise da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho no período de 2016-2021*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.
- BICHARA, J.-P. *A relativização da soberania estatal diante das migrações*, Arraes Editores, Belo Horizonte, 2024.
- BICHARA, J.-P. *Direito internacional e questões da atualidade, Volume II: os direitos dos migrantes*, Caule de Papiro, Natal, 2021.
- BICHARA, J.-P. "Les droits des migrants dans le système interaméricain de protection des droits humains". *Revue Européenne des Migrations Internationales*, v. 40, p. 193-200, 2024.
- BICHARA, J.-P.; MAIA ROCHA, I. Q. "Direito Internacional e Direito Brasileiro na Atualidade: entre Avanços e Incongruências do Poder Judiciário". *RJLB - Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 6, p. 1105, 2021.

- BRAGA LIMA, A. P. *Direitos humanos das pessoas surdas: instrumentos de promoção da igualdade à luz dos tratados internacionais e da legislação brasileira*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). ADI nº 6.138/DF. Relator Ministro ALEXANDRE DE MORAIS. Órgão Julgador PLENÁRIO. Data do julgamento: 23/03/2022. Data de publicação DOU: 22/06/2022.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Quinta Turma). *Apelação Cível nº 0811107-10.2022.4.05.8100*. Relatora Desembargadora Federal Convocada POLYANA FALCÃO BRITO. Órgão Julgador QUINTA TURMA. Data do julgamento: 22/10/2023.
- CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. (Org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty. Vol. I (1903-1912)*, Senado Federal, Brasília, 2000. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1044/000577958_v1.pdf?sequence=28&isAllowed=y. Acesso em 30 ago, 2024.
- CÂMARA MOREIRA, A. O. *A proteção do direito da moda sob a perspectiva do direito internacional da propriedade intelectual*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.
- CÂMARA SILVA, R. *Perspectivas do acesso à justiça internacional para as pessoas jurídicas de matriz brasileira*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.
- CANUTO, E. *Princípios Especiais da Lei Maria da Penha*, Fórum, Belo Horizonte, 2021.
- CANUTO, E.; LIMA LINHARES, L. O. (Orgs.). *Direito & Gênero: Análise da jurisprudência da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de violência de gênero*, Editora Polimatia, Natal, 2023.
- CARREAU, D.; BICHARA, J.-P. *Direito internacional*, 3 ed., A. Pedone, Paris, 2021.
- CARVALHO RAMOS, A.; OLIVEIRA MOREIRA, T.; FRIEDRICH, T. S. (Coords.); BARBERO GONZÁLEZ, I.; GERMANO ALVES, F.; VEDOVATO, L. R. (Orgs.). *Direitos humanos dos migrantes e pandemia*, Instituto Memória, Curitiba, 2021.
- CASSIANO DE ARAÚJO, Y. R. *A construção jurídica da cidadania sexual no Brasil: diálogo com os marcos normativos internacionais de proteção às pessoas LGBTQIAP+ e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2023.
- CASTAGNA LUNARDI, F.; MIRANDA CLEMENTINO, M. B. (Orgs.). *Inovação judicial: fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto*, Brasília, ENFAM, 2021.
- CASTRO MELO, A. V. *Direitos humanos da população LGBTQIA+ no Brasil: status atual de proteção e possíveis contribuições da jurisprudência contenciosa do Sistema Interamericano*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2023.
- CAVALCANTE DE SOUZA JÚNIOR, C. J. *O direito internacional dos direitos da personalidade: uma análise do direito à vida intrauterina à luz do Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019.
- CAVALCANTI, A. "Arbitramiento Internacional", in: *Terceira Conferência Internacional Americana: Trabalhos do Dr. Amaro Cavalcanti (Delegado do Brasil)*, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1906.
- CAVALCANTI, A. "Exposición sobre la codificación del derecho internacional, público y privado, presentada a la IV Comisión", in: *Terceira Conferência Internacional Americana: Trabalhos do Dr. Amaro Cavalcanti (Delegado do Brasil)*, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1906.
- CAVALCANTI, A. "La Codification du Droit International Américain". *Revue Générale de Droit International Public*, v. 21. 1914.
- CAVALCANTI, A. "Restrictive Clauses in International Arbitration Treaties". *American Journal of International Law*, v. 8, n. 4. 1914, pp. 723-737.

- CAVALCANTI DA ROCHA, A. L. N. S. *Da jurisdição para a solução de controvérsias na plataforma continental estendida com limites pendentes de definição*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.
- CAVALCANTI MAGALHÃES, D. *O controle de convencionalidade da Reforma Trabalhista de 2017 pelo Congresso Nacional*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2024.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução Nº 439 de 07/01/2022. Autoriza os tribunais a instituírem programas de residência jurídica*. Brasília, 2022.
- COSTA DE FIGUEIREDO, T. M. *O direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado e a (in) aplicação das convenções da OIT sobre a saúde e segurança do trabalhador: panorama jurídico brasileiro de tutela ao ambiente laboral*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.
- CRESWELL, J. W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto*, Artemed, Porto Alegre, 2010.
- CUNHA LIMA FILHO, D. *Luís da Câmara Cascudo: Traços Biográficos*, Departamento Estadual de Imprensa, Natal, 1964, pp. 4-5. Disponível em: <http://ftp.editora.ufrn.br/bitstream/123456789/3912/1/Lu%C3%ADs%20da%20C%C3%A2mara%20Cascudo.%20Tra%C3%A7os%20Biogr%C3%A1ficos.%20LIMA%20FILHO%2C%20Di%C3%B3genes%20da%20Cunha.pdf>. Acesso em 30 ago. 2024.
- DANTAS DE SENA, M. L. M. *Crianças e adolescentes trans no Brasil: retificação do registro civil à luz dos direitos humanos*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2024.
- DANTAS JÚNIOR, J. F. *A vida humana e a pena de morte no Brasil: limites conceituais da pena de morte aplicável no Brasil, adequações ao direito internacional e enfrentamentos à dignidade da pessoa humana*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2020.
- DELGADO NOBRE, I. F. *A condição LGBTQIA+ no ambiente laboral e a perspectiva de proteção no internacional e constitucional: entre a normatividade e a autopercepção do sujeito*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.
- DINIZ LÚCIO, L. *A defesa do desenvolvimento nacional pelo estado brasileiro no órgão de solução de controvérsias da OMC*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.
- EMERY, R. "Amaro Cavalcanti, Brazil's Justice of the Supreme Court and Minister of the Interior". *Albany Law Magazine*, sum. 2014, p. 74. Disponível em https://issuu.com/albanylaw/docs/albanylaw_summer2014_final_online/76. Acesso em 27 ago. 2024.
- EULÁLIO BRASILEIRO, A. *A cooperação jurídica internacional no terrorismo*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.
- FERNANDES LIMA, L. Z. *A solidariedade no direito internacional: entre "lex ferenda" e "lex lata"*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.
- FREITAS RODRIGUES, F. L. *A proteção internacional do trabalhador migrante frente ao direito brasileiro: avanços e lacunas na legislação e na efetivação dos direitos dos migrantes*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019.
- GALIZA E SILVA, G. *A influência do direito internacional no processo de empoderamento econômico das mulheres e a incorporação do gênero na política comercial brasileira*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.
- GALVÃO LINS, R. *O consentimento e o tratamento de informações pessoais de trabalhadores subordinados: uma análise sob a ótica da proteção cooperativa de dados pessoais*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.

- GERMANO ALVES, F.; ALMEIDA MENEZES, R. O.; OLIVEIRA MOREIRA, T.; FERNANDES ALVES, V. R. (Orgs.). *Direito aplicado: inovação e sociedade*, v. 2, Polimatia, Natal, 2023.
- GERMANO ALVES, F.; OLIVEIRA MOREIRA, T.; MEDEIROS LEITE, T.; FERNANDES ALVES, V. R. (Orgs.). *Direito aplicado: tendências atuais do direito*, v. 1, Polimatia, Natal, 2022.
- GIL, A. C. *Como elaborar projetos de pesquisa*, Atlas, São Paulo, 2002.
- GOMES FERREIRA, I. M. *A posição do Brasil perante as normas da OMC: a necessidade de conformação da legislação interna ao direito internacional na decisão do DS472 e DS497*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.
- GUEDES DE ANDRADE, I. *Liberdade religiosa da criança: aplicabilidade a partir do constitucionalismo do direito internacional dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2024.
- HENRIQUES, A.; MEDEIROS, J. B. *Metodologia científica na pesquisa jurídica*, Atlas, São Paulo, 2017.
- HOLANDA FERNANDES, F. *Os mecanismos de efetivação da convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.
- LIMA LINHARES, L. O. *A efetivação dos direitos humanos das mulheres transexuais e travestis em privação de liberdade no Rio Grande do Norte: um estudo à luz do direito internacional*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2023.
- LINS ALVES, R. *A aplicabilidade do direito internacional do mar no ordenamento jurídico brasileiro como medida de prevenção contra incidentes de poluição marinha por óleo*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.
- LODÔNIO DANTAS, B. *O exercício do controle de convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e sua (in)compatibilidade com o Ius Constitutionale Commune na América Latina*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2024.
- LOPES, N. "Lembranças da Turma da Liberdade", *AgoraRN*, Natal, 22 dez. 2022. Disponível em: <https://agorarn.com.br/ultimas/ney-lopes-lebrancas-da-turma-da-liberdade/>. Acesso em 29 ago. 2024.
- MAGALHÃES DE LACERDA, P. C. *O direito penal do inimigo na atualidade: Mutual Legal Assistance Treaty – MLAT, em matéria penal, celebrado entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos da América bem como seus reflexos na jurisdição brasileira*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.
- MAIA, C.; OLIVEIRA MOREIRA, T.; PEREIRA GURGEL, Y. M. (Orgs.). *O Direito Internacional dos Direitos Humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade*, v. 3, Polimatia, Natal, 2022.
- MAIA MESQUITA, A. W. *A natureza jurídica do asilo diplomático: a proteção e defesa dos direitos humanos em face da discricionariedade do ato administrativo*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.
- MAIA ROCHA, I. Q. *A defesa dos direitos dos migrantes pelo Comitê Estadual Intersetorial de Atenção aos Refugiados, Apátridas e Migrantes do Rio Grande do Norte: os desafios para o cumprimento do direito internacional*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.
- MANIÇOBA BALDUINO, M. C. J. *Mudanças climáticas: análise da implementação das contribuições nacionalmente determinadas do Brasil no Acordo de Paris*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2020.

- MARQUES FONSECA JÚNIOR, S. *A aplicação dos acordos da Organização Mundial do Comércio pelo poder judiciário brasileiro*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.
- MATOS DE QUEIROZ, A. P. *As sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a problemática da execução no direito brasileiro*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.
- MEDEIROS ROSA, M. C. *Por ser de lá: a tutela jurídica da mulher nordestina sujeita a discriminação múltipla com base em gênero, origem e cultura*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.
- MEDEIROS TORRES, S. *A implementação das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no direito brasileiro: o impacto do Caso Gomes Lund no exercício do controle de convencionalidade*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.
- MONTEIRO CAVALCANTI, F. *Uma proposta para um redimensionamento do direito internacional humanitário a serviço da proteção de migrantes*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2020.
- MORAES BRAGA JÚNIOR, S. A.; OLIVEIRA MOREIRA, T.; GERMANO ALVES, F. (Orgs.). *Políticas Públicas, Direito e Desenvolvimento: aspectos educacionais, ambientais, econômicos e tributários*, Motres, Salvador, 2022.
- MORAIS GALVÃO, A. P. *Saída compulsória do estrangeiro do território nacional à luz dos direitos humanos: análise de casos*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014.
- MOURA SOARES, E. K. B. G. *O direito humano à alimentação adequada e sua proteção no âmbito internacional e brasileiro*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019.
- NASCIMENTO SILVA, D. E. *A proteção social no Cone Sul: um estudo comparado sobre a conformidade dos sistemas de seguridade social da Argentina, Brasil, Chile e Uruguai e a Convenção nº 102 da Organização Internacional do Trabalho*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.
- NEVES MACEDO, M. *Os antagonismos da integração sul-americana na ordem jurídica brasileira*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2011.
- OLIVEIRA DA COSTA, C. *Desafios do direito de família internacional: casamento e uniões estáveis; alimentos e a subtração internacional de crianças*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.
- OLIVEIRA MOREIRA, T. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*, Instituto Memória, Curitiba, 2019.
- OLIVEIRA MOREIRA, T. *Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Jurisdição Brasileira*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2012.
- OLIVEIRA MOREIRA, T.; ALVES DOS SANTOS, I. E. "O princípio anticorrupção e a sua inserção no processo de constitucionalização do direito internacional". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, v. XXVIII, p. 213-232, 2022.
- OLIVEIRA MOREIRA, T.; CARDOSO SQUEFF, T. (Orgs.). *O Direito Internacional dos Direitos Humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade: estudos em homenagem ao Prof. Antônio Augusto Cançado Trindade*, v. 4, Polimatia, Natal, 2023.
- OLIVEIRA MOREIRA, T.; FERNANDES ALVES, V. R. "Dever de Prestar Contas e Cenários Anticorrupção: uma análise de sua interface a partir de casos contenciosos da Corte Interamericana de Direitos Humanos". *Revista General De Derecho Administrativo*, v. 66, p. 1-34, 2024.
- OLIVEIRA MOREIRA, T.; LODÔNIO DANTAS, B. "A Jurisdição Cooperativa como Instrumento de Materialização do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano (ICCLA) no Brasil". *Cadernos De Direito Actual*, v. 21, p. 363-385, 2023.
- OLIVEIRA MOREIRA, T.; LODÔNIO DANTAS, B. "O papel do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano na proteção dos direitos humanos das pessoas em situação de mobilidade internacional". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, v. XXIX, p. 321-350, 2023.

- OLIVEIRA MOREIRA, T.; LODÔNIO DANTAS, B. "The Exercise Of Conventionality Control By The Non-Specialized Brazilian Higher Courts". *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos (UFRN)*, v. 14, p. 203-229, 2023.
- OLIVEIRA MOREIRA, T.; PEREIRA GURGEL, Y. M. (Coords.); ALVES LOPES FILHO, F. C. (Org.). *O Direito Internacional dos Direitos Humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade*, v. 1, Polimatia, Natal, 2021.
- OLIVEIRA MOREIRA, T.; PEREIRA GURGEL, Y. M. (Coords.). *O Direito Internacional dos Direitos Humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade*, v. 2, Polimatia, Natal, 2022.
- OLIVEIRA MOREIRA, T.; VALE, P. A. "Migrants' human rights in Brazil: state of the art". *Cadernos De Direito Actual*, v. 24, p. 56-70, 2024.
- OLIVEIRA SILVA, G. D. *Os limites da internação psiquiátrica forçada de usuários de drogas ilícitas à luz da proteção internacional dos direitos humanos*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.
- PAIVA PINHEIRO, P. I. *O (não) exercício do controle de convencionalidade em matéria previdenciária pela Justiça Federal*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2023.
- PEIXOTO DE BRITO, F. *A aplicabilidade da liberdade de expressão em relação ao direito à igualdade e não discriminação: o discurso de ódio sob a perspectiva internacional e no direito brasileiro*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.
- PEIXOTO NÓBREGA, B. *Caso Maria da Penha Fernandes: (des)cumprimento das recomendações feitas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao Brasil*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.
- PEREIRA DA SILVA, W. M. N. *Mulheres e refugiadas: uma análise da proteção internacional dos direitos humanos conferidos às mulheres refugiadas sob a ótica interseccional entre gênero e refúgio*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.
- PEREIRA DE ANDRADE, B. *A atuação da Justiça Federal da 5ª Região em matéria de cooperação jurídica internacional: análise empírica de dados do Sistema de Processo Judicial Eletrônico*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.
- PIGNATARO DE OLIVEIRA, D.; ALENCAR XAVIER, Y. M.; OLIVEIRA MOREIRA, T. (Orgs.). *Direito Internacional dos Direitos Humanos: em comemoração aos 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos*, OAB Editora, Brasília, 2022.
- QUEIROZ RAMOS, I. C. B. *A negociação coletiva como instrumento de efetividade do direito fundamental à igualdade*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014.
- RAMOS VOSGERAU, D. S.; PAULIN ROMANOWSKI, J. "Estudos de revisão: implicações conceituais e metodológicas". *Rev. Diálogo Educ.*, v. 14, n. 41, 2014, pp. 165–189.
- REIS CADÓ, R. O. *O direito internacional dos direitos humanos e as sanções penais de âmbito interno: uma análise constitucional da castração química e do cadastro dos pedófilos*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019.
- RIBEIRO DE OLIVEIRA, J. E. R. *Proteção ambiental e Corte Interamericana de Direitos Humanos: um aporte de reflexão para a justiça comum brasileira*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.
- RIBEIRO VITOR, R. *Análise do tratamento jurídico sobre o investimento estrangeiro direto no regime de partilha de produção, a partir da experiência do Campo Libra*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2015.
- ROCHA DE ANDRADE, F. *Regime global de bloqueio de bens: a implementação do regime internacional de persecução patrimonial penal pelo Estado brasileiro*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2024.

- SÁ NETO, C. E. *Os efeitos do reconhecimento da diversidade sexual como um direito humano pelo Sistema Interamericano de Proteção*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014.
- SANTOS, E. K. *As inconsistências no cumprimento da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida) pelo Estado brasileiro*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2024.
- SANTOS COSTA, V. "Gratidão à França", *Revista da Academia Norte-rio-grandense de Letras*, v. 29, n. 17, 1982, p. 6.
- SANTOS COSTA, V. *Le droit de la mer et le développement en Amérique Latine*. Tese de doutorado, Université de Nice, Nice, 1974.
- SILVA, T. R. *A (necessária) convencionalização da legislação migratória brasileira: uma análise da regulamentação da política migratória à luz do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2020.
- SILVA CARDOSO, J. L. M. *Direitos humanos dos migrantes venezuelanos e sua efetivação pela Justiça Federal brasileira no contexto da pandemia da COVID-19*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2023.
- SILVA CARDOSO, J.; OLIVEIRA MOREIRA, T. "Los desafíos de la gobernanza migratoria en el MERCOSUR: las suspensiones de Venezuela y sus consecuencias en la política migratoria brasileña". *Si Somos Americanos - Revista de Estudios Transfronterizos*, v. 22, p. 34-58, 2022.
- SILVA DANTAS, A. *Os acordos de cooperação e facilitação de investimentos: análise quanto à potencial contribuição de tais instrumentos para a promoção do desenvolvimento nacional*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019.
- SILVA MENDES, A. M. *A efetivação da segurança jurídica enquanto valor na solução de litígios provenientes de contratos internacionais no Brasil*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019.
- SILVA NETO, F. J. *A proteção internacional dos direitos humanos pelos organismos intergovernamentais de cunho econômico*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2015.
- SIMÕES PIRES, J. *Sistema Interamericano e acesso direto do indivíduo à Corte IDH: em busca de uma maior promoção do direito internacional dos direitos humanos na América*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.
- SIMULAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS. *Afinal, o que é a SOI?* [s.d.]. Disponível em <https://www.soi.org.br/saibamais>. Acesso em 29 ago. 2024.
- SORELA CASTILLO, A.; MIRANDA GONÇALVES, R.; OLIVEIRA MOREIRA, T. (Dir.). *De-rechos Humanos en debate: Reflexiones sobre su alcance en un mundo globalizado*, Academia Líder de Formación Avanzada, Morelos, 2024.
- SOUSA LINS, R. G.; PEREIRA GURGEL, Y. M.; OLIVEIRA MOREIRA, T. "O Constitucionalismo Multinível de Ingolf Pernice: uma análise de pontos e contrapontos". *Cadernos de Dereito Actual*, v. 15, p. 186-203, 2021.
- SOUSA MATHIAS, A. Q. S. *Gênero e raça: interseccionalidades no combate à violência contra as mulheres brasileiras*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2024.
- TEIXEIRA DE ARAÚJO, D. M. *O contrato internacional de gestação por substituição e sua eficácia no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019.
- TEIXEIRA DE SOUZA, C. A. *Amaro Cavalcanti: pequena história sobre o mais notável norte-riograndense na fase da transição do Império para a República brasileira*, Sebo Vermelho, Natal, 2009.
- VALENÇA DE OLIVEIRA, R. R. *Regime de transferência internacional de dados à luz da ordem jurídica brasileira*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.

VALLADÃO, H. "Amaro Cavalcanti, autêntico jurista da paz", in: *Paz, Direito, Técnica*. José Olympio, Rio de Janeiro, 1959.

WANDERLEY GALVÃO, J. C. *O problema da caracterização das convenções da OIT como tratados de direitos humanos e suas consequências no direito brasileiro*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 25. Núm. Extraordinario (2024), pp. 482-503
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Brazilian Federal Constitution, Political Crises, Women and Rights

Maria Luiza P. de Alencar Mayer Feitosa¹

Federal University of Paraíba – UFPB

Federal University of Rio Grande do Norte - UFRN

Alana Raissa Fernandes²

Federal University of Rio Grande do Norte - UFRN

Summary: 1. Introduction. 2. Brief history of women's achievements: the ambiguous relationship between the Federal Constitutions and the 1916 Brazilian Civil Code. 3. Constituent achievements of the so-called "lipstick lobby" and rights enshrined in the 1988 Federal Constitution. 4. Recent setbacks and resurgence of women's policies and rights in Brazil. 5. The necessity of state policies for women's rights. 6. Post-retraction: The need for state policies to rearticulate women's rights. 7. Concluding remarks. 8. References.

Abstract: The feminist movement in Brazil has a trajectory of advancements and setbacks. During the Workers' Party governments, there was a significant boost in gender equality and women's protection policies; however, between 2019 and 2022, there were severe setbacks. The current Brazilian government, which began in 2023, has once again addressed women's demands for rights and public policies. Nevertheless, the oscillation between periods of progress and decline reinforces the need for state policies aimed at the continuous consolidation of women's rights. This study adopts a qualitative approach, focusing on the analysis of facts and the interpretation of the country's political moments to understand the adversities encountered from the Federal Constitution of 1988 to the present day. It employs the deductive method, along with techniques of bibliographic and documentary studies, to draw inferences that explain, throughout the course of the study, the oscillations in women's policies and rights over the past decades.

¹ PhD in Juridical and Economic Sciences from the Faculty of Law at the University of Coimbra, Portugal. Postdoctoral researcher in Law, State, and Society at the Federal University of Santa Catarina, Brazil. Retired full professor at the Federal University of Paraíba, Brazil. Visiting full professor at the Federal University of Rio Grande do Norte, Brazil. CNPq research productivity fellow. Email: mluizalencar@gmail.com

² Graduated in Law from the University Center of Rio Grande do Norte, Brazil. Master's degree in Law from the Federal University of Rio Grande do Norte, Brazil. CNPq master's scholarship holder. E-mail: alanaraissaf@gmail.com

Keywords: Brazilian federal constitution; Women's rights; Advancements and setbacks.

1. Introduction

Historically, the feminist movement in Western societies has not been confined to the suffragist agenda – an important milestone, yet one incapable of fully depicting the spectrum of women's demands. Similarly, progress has not been constant nor linear, as evidenced by the fluctuation of periods of advancements and setbacks in the recognition of rights ensuring women equality, respect, and dignity, both in politics and other social domains.

In Brazil, mobilizations taking place during the 1960s and 1970s showed that politics is the way forward. "*The personal is political*" was a rallying cry that framed the struggle for equality and inclusion, as the debate challenging the patriarchal assumptions about women's everyday lives flourished and invigorated their demands. During those decades, for instance, the campaign slogan "*love doesn't kill*" referred to the worryingly frequent cases of femicide³, to call for public protection.

Subsequently, in the 1980s, struggles for the re-democratization in Brazil led to the social construction of a new political order, which, among other significant achievements, included the reduction of inequality between men and women, then enshrined in the Federal Constitution⁴. Such advancements were inscribed into the 1988 Constitution, through the re-interpretation of traditional civil institutions such as marriage, family, and succession, which resulted in the adoption of public policies aimed at tackling domestic violence, social prejudice, and fostering public health upon the creation of State Councils on Women's Conditions (CECF) and the first policing stations specialized in defending women, as spearheaded by the Brazilian state of São Paulo.

Similarly, at the federal level, the National Council for Women's Rights (CNDM) was inaugurated to coordinate women's movements and their mobilizations throughout the constitutional process (1985-1988). In total, twenty months of intense debates aimed at re-democratizing the country and conceiving a brand new constitutional order constructed upon social rights. The particular agenda of women became known as the "*lipstick lobby*," which culminated in the drafting of the "Brazilian Women's Letter to the Constituents,"⁵ formally delivered to the National Congress on 26 March 1987.

The 1988 Constitution instigated significant advancements of women's struggles, such as formal equality between men and women; the expansion of women's civil, social, and economic rights; the equality of rights and duties within conjugal relationships, without a necessary link to marriage; the establishment of the principle of non-discrimination based on sex; the prohibition of discrimination against women in the labor market; and the establishment of rights in the sexual and reproductive fields, among other achievements detailed further on.

Thus, throughout the 1990s, part of the consolidation of this novel legal reality was gradually implemented with significant progress in the protection and promotion of women's rights. In the early 2000s, especially between 2003 and 2016, during the governments of the Workers' Party (PT), the feminist movement's agenda experienced a remarkable boost, achieving important victories, including the creation of public

³ Mention of the case of socialite Ângela Diniz, who was murdered by her husband, Raul Fernando do Amaral Street, in Rio de Janeiro on December 30, 1976.

⁴ TOSCANO DE BRITO, L. M. *Uma encoraja a outra: da inserção das mulheres potiguanas no espaço político ao perfil da candidata eleita Natal/RN 2023*. Monografia da UFRN, 2023. Available in: [https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/54385/1/Insercaomulheres potiguanas_Brito_2023.pdf](https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/54385/1/Insercaomulheres%20potiguanas_Brito_2023.pdf). Accessed: 10 agu. 2024.

⁵ CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER. *Carta da mulher brasileira aos constituintes*. Brasília-DF, 1987. Available in: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituente%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf. Accessed: 9 agu. 2024.

policies aimed at gender equality and protection against domestic violence, areas in which, despite formal legislative guarantees, no satisfactory political measures materially ensured such rights.

During this period, once discriminated feminist demands began to receive greater attention and support, thus reflecting a commitment to a more just and equal society, as stipulated in the Constitution. Notably, during this phase, a more favorable environment for the debate and implementation of new gender equity measures contributed to institutionalizing new rights in a positive cyclical construction, as delineated below.

However, following the impeachment of President Dilma Rousseff in 2016, and until the return of the current administration in 2023, Brazil experienced a profound decline in the progressive feminist agenda, especially women's movements and other "minoritized majorities," a reality that deeply impacted the effectiveness of human rights in Brazil as a whole. After the political removal of the country's first female president, a substitute government followed suit, and in January 2019, the far-right conservative Jair Bolsonaro assumed office. Under his administration, the women's agenda was placed under the Ministry of Women, Family, and Human Rights (MDH), led by evangelical pastor Damareo Alves.

Despite the apparent progress marked by the establishment of a specific ministerial department focused on women's issues, anachronism prevailed due to the prioritization of the family axis. In the Ministry of Women, Family and Human Rights (MDH), the emphasis on family was aligned with the most religious and conservative aspects of the term, namely monogamous relationships, heterosexual couples, and male privilege. Consequently, this focus led to the intentional dismantling of established public policies supporting women, particularly Black and poor women, as well as the LGBTQIA+ population and other vulnerable social groups.

Starting in 2020, the situation worsened due to two main reasons. First, the COVID-19 pandemic, which officially lasted from March 2020 to May 2023, as declared by the World Health Organization (WHO). Additionally, the stimulus to guns and fire weapons ownership, a priority goal of the then federal government, resulted in increasingly armed men within households, leading women to suffer multiple forms of abuse, progressively more subject to femicide and overall indifference caused by budgetary cuts in government social programs, alongside persistent inequality in the workplace exacerbated by the pandemic.

Despite the apparent progress of establishing a specific ministry for women's issues, anachronism prevailed due to the prioritization given to the family axis. Within the Ministry of Women, Family, and Human Rights (MDH), the primacy of the family theme was accompanied by the more religious and conservative aspects of the term, namely monogamous relationships, heterosexual couples, and male privilege. Consequently, there was a deliberate dismantling of established public policies for women, especially Black and poor women, as well as for the LGBTQIA+ population and other vulnerable social groups.

In 2022, new presidential elections were held, resulting in the election of former President Lula da Silva for a non-consecutive third term, with his inauguration taking place in January 2023. The demands of the women's movement gained renewed institutional momentum, aiming to establish themselves amid adverse circumstances of rights losses and dismantling. A general overview of the current policies highlights⁶, among other issues, efforts to confront and prevent violence; the promotion of women's work and financial autonomy⁷; the creation of programs and projects related to health, education, housing, and professional qualification; the expansion of spaces in sectors

⁶ MINISTÉRIO DAS MULHERES. *79 ações federais indicam conquistas e avanços nas políticas para mulheres*. 2024. Available in: <https://www.gov.br/mulheres/pt-br/central-de-conteudos/noticias/2024/marco/79-acoes-federais-indicam-conquistas-e-avancos-nas-politicas-para-mulheres>. Accessed: 8 ago. 2024.

⁷ MINISTÉRIO DAS MULHERES. *Principais ações de 2023*. 2023. Available in: https://www.gov.br/mulheres/pt-br/centraldeconteudos/noticias/2024/fevereiro/Relatorio_Principais_Acoes_2023_Ministrio_das_Mulheres.pdf. Accessed: 10 ago. 2024.

such as family farming; and the adoption of legislative changes, such as the enactment of the Equal Pay Act - Law No. 14,611/2023⁸, and new provisions in the Maria da Penha Law - Law No. 14,674/2023⁹, including housing assistance for victims of domestic violence. These initiatives collectively aim to enhance the guarantee of rights and access to citizenship.

This brief overview reveals that, within a short period, the Brazilian state has fluctuated dangerously in its trajectory towards consolidating women's rights. Recently, Brazil transitioned from being a driver of change and a promoter of social improvements, compliant with constitutionally mandated policies, to becoming a proponent of reactionary and conservative agendas, often illegal. Currently, the nation is once again committed to an agenda that ensures rights through comprehensive governmental actions. This pendulum movement understandably generates insecurity. Against this backdrop, it is important to mention that the objective of this article is to provide a focused examination of constitutional issues, tracing the journey from the 1988 Constitution to the recent setbacks, in order to highlight the need for the reconstruction and/or consolidation of rights as state policies, rather than government policies.

Considering the context provided, from a methodological perspective, this study is characterized as applied, historical, and critical, engaging in dialogue with facts, concepts, norms, and actions. It examines practical issues identified in Brazilian politics during the specified period, particularly those impacting women's rights and their guarantees¹⁰. Through a theoretical approach, focusing on the analysis and interpretation of events in relation to the realization of women's social rights, the study aims to construct a well-founded dialogue. The goal is both descriptive and interpretative, seeking to identify and analyze the main fluctuations in the consolidation of women's rights in the country over recent decades. This aims to underscore the need for implementing state policies that reduce the dependence of rights on the ideological inclinations of the current governing administration.

This approach can be delineated by the qualitative aspect of the investigation, considering the dynamic relationship between the rise and decline of women's rights in Brazil. It also employs a deductive method, relying on general analyses to reach specific conclusions. Regarding formal procedures, the research employs bibliographic and documentary study techniques, involving the analysis of book chapters, articles, theses, dissertations, and news reports. These aspects will be explored further in the following sections.

⁸ Law n. 14,611 of 2023, known as the "Equal Pay Law," primarily aims to establish regulations to ensure wage equity between men and women in Brazil. In addition to mandating equal pay for equal work, performed under equivalent conditions and with similar qualifications, the law requires companies to implement practices that promote equitable wage policies. This action will facilitate the verification of companies' wage policies in accordance with the established norms, with mechanisms for monitoring and enforcing penalties on companies that fail to comply with the requirements, including fines and other sanctions. Finally, the law encourages increased representation of women in leadership and management positions, enabling more comprehensive equality of opportunities. BRASIL. *Lei n. 14.611, de 03 de julho de 2023*. Brasília-DF, 2023. Available in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14611.htm. Accessed: 05 agu. 2024.

⁹ Regarding Law n. 14,674/23, also known as Maria da Penha Law (initially drafted in 2006 as Law n. 11,340), its main objective is to reinforce protective measures for women in situations of domestic and family violence. Among its various provisions, the possibility of granting rental assistance to women victims of violence who need to distance themselves from their aggressors stands out. This measure provides financial support to ensure safe housing, a feature implemented in the latest amendment of 2023. Additionally, the law provides for the expansion of emergency protective measures, the creation of specialized assistance networks, and specific actions to ensure the care and safety of minors in contexts of domestic violence. BRASIL. *Lei n. 14.674, de 14 de setembro de 2023*. Brasília-DF, 2023. Available in: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/____/Ato2023-2026/2023/Lei/L14674.htm. Accessed: 05 agu. 2024.

¹⁰ CARLOS GIL, A. *Métodos e Técnicas de pesquisa social*. Atlas, São Paulo, 2008, p. 6.

2. Brief history of women's achievements: the ambiguous relationship between the Federal Constitutions and the 1916 Brazilian Civil Code

The historical process leading to the text of the so-called "Citizen Constitution" of 1988 was preceded by incremental achievements documented in previous constitutions throughout the 20th century, specifically those of 1934, 1937, 1946, and 1967. In each instance, every step taken was a result of the demands made by the emerging women's movement, which resiliently planted seeds in what was often unwelcoming terrain.

The landmark 1934 Constitution was instrumental in securing women's right to vote in Article 109¹¹. Although pioneering, this provision faced contradictions within the final draft of the constituent document, as Article 121 removed the obligation for women to vote, while maintaining this duty only for men. Therefore, despite the extension of the voting guarantee, there was a significant practical differentiation, as the voluntary nature of women's voting was influenced by other associated social issues. It is noteworthy that this ambiguity was supported by the then-current Civil Code¹², which was patriarchal, property-oriented, and conservative. Nevertheless, the 1934 Constitution introduced unprecedented provisions for women, such as the right to equal pay, the prohibition of women working in unhealthy conditions, and the allowance for postpartum rest.

Despite these advances, including the elimination of gender distinctions in the constitutional text, the prevailing Civil Code imposed substantial restrictions on women's individual freedom, directly affecting property and economic matters related to labor and other areas. This aspect deserves particular attention, considering that economic freedom provides women with financial independence from parents and spouses. Hence, preventing women from fully enjoying fundamental rights derived from the principles of equality and non-discrimination due to financial control effectively keeps them in a state of dependency.

Subsequently, in 1937, with the establishment of the "*Estado Novo*", the new constitution, inspired by the rise of totalitarian regimes in Europe, was revised to be even more restrictive of individual rights in general, moving away from the guarantee of individual rights and promoting state-controlled social actions. Notable examples include the implementation of the death penalty (Article 13), restrictions on the possibilities of association (with certain provisions being revoked in 1942, such as Article 122, paragraphs 2, 8, and 10), and the prohibition of the formation of political parties.

Later, in 1946, a new constitution was promulgated during the presidency of Eurico Gaspar Dutra, the first president elected after the authoritarian period led by Getúlio Vargas. Among the social changes, significant developments for feminist causes included the restoration of individual freedoms and the possibility of association. In this new constitution, it is notable that the phrase "without distinction of sex" was removed from Article 141, paragraph 1, indirectly indicating that, despite the restoration of rights, various distinctions and limitations persisted in the legislation, hindering the realization of gender equality in the workplace¹³ and women's economic freedom.

¹¹ The 1934 Constitution was enacted during the government of President Getúlio Vargas, in the period known as the "provisional government," a term used to describe the first phase of the Vargas Era following the 1930 revolution. Article 109 of the Constitution stated: *Registration and voting are mandatory for men, and for women, when they hold a paid public office, under the sanctions and exceptions determined by law.* BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro-RJ, 1934. Available in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Accessed: 21 jul. 2024.

¹² "[...] since the Empire, the political exclusion of women occurred without being explicitly stated in legal texts. In 1932, at first glance, women would have been equated with men. However, the combination of voluntary voting and the prevailing Civil Code reveals that this right could only be exercised if authorized by the head of the family, the husband." LIMONGI, F.; SOUZA OLIVEIRA, J. D; TOMÉ SCHMITT, S. "Sufrágio universal, mas... só para homens: o voto feminino no Brasil". *Revista de Sociologia e Política*, 27, 2019, p. 1-23.

¹³ "In the labor context, the regulations specifically addressed formal work, excluding the situation of informal and rural workers. "It is evident that the focus of women's protection was directed at women who worked in the formal labor market, which represented a very small minority. Women

It is crucial to recall that the Civil Code—Law No. 3,071, in force at that time—dated back to 1916¹⁴. Among the regulations applicable in 1946 concerning women's issues was the Civil Code, which required women to obey their husbands' commands. According to Article 233, items I to IV, husbands managed their wives' property and had to authorize their choice of profession¹⁵. Therefore, although the 1946 Constitution did not explicitly mention the marital submission of married women, the Civil Code contained provisions that endorsed the limitation of women's freedom of choice and control over their own lives as wives. This situation was not significantly different for single women, as even before marriage, institutionalized inequality prevailed. For instance, grooms could demand proof of marital virginity from brides in cases of doubt for the continuation of the marriage, without any reciprocal requirement¹⁶.

Subsequently, from 1964 to 1985, Brazil was under military rule, which led to the establishment of a new constitution in 1967. This constitution was successively amended by institutional acts, most notably Institutional Act No. 5 of 1969, which intensified the authoritarian nature of the regime, severely impacting individual freedoms. Given that the focus of this study is on the advancement of feminist issues and women's movements, the analysis then shifts to the 1988 Constitution, known as the "Citizen Constitution," which was responsible for restoring the democratic agenda and implementing positive changes in women's rights and guarantees, emphasizing gender equality and the strengthening of institutional mechanisms that ensure the pursuit of new rights.

3. Constituent achievements of the so-called "lipstick lobby" and rights enshrined in the 1988 Federal Constitution

The article 5 of the Federal Constitution of 1988¹⁷ enshrines the fundamental principle of legal equality between men and women, which is safeguarded as an immutable clause and serves as a reference point for other constitutional provisions, unfolding into new rights and legal guarantees, all of which are intertwined with gender issues. The content of this provision, which may seem redundant at first glance, holds immense importance as a democratic achievement for the country, as it simultaneously encompasses a solid array of fundamental rights and guarantees and acts as a beacon for the protection of individual and collective rights, promoting justice and equality between the sexes in the pursuit of a pluralistic and diverse society.

engaged in informal work, those who lived and worked in rural areas, and those dedicated to family and household care were not given special attention, let alone specific protective measures." PRADO BITTENCOURT, R. D. "A mulher na legislação brasileira: uma análise histórica". *Revista reflexão e crítica do direito*, 2022, 1, p. 278-297.

¹⁴ QUADRO COMPARATIVO. *Código Civil 1916*. 2003. Available in: <https://www2.sena.do.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70309/704509.pdf>. Accessed: 6 ago. 2024.

¹⁵ Article 233: The husband is the head of the marital society. His responsibilities include I. The legal representation of the family. II. The administration of both common property and the wife's personal property, which the husband is responsible for managing according to the matrimonial regime adopted or the prenuptial agreement (Articles 178, § 9º, n. I, c, 274, 289, n. I, and 311). III. The right to establish and change the family domicile (Articles 46 and 233, n. IV). IV. The right to authorize the wife's profession and her residence outside the marital home (Articles 231, n. II, 242, n. VII, 243 to 245, n. II, and 247, n. III). BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro-RJ, 1934. Available in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Accessed: 21 jul. 2024.

¹⁶ PRADO BITTENCOURT, R. D. "A mulher na legislação brasileira: uma análise histórica". *Revista reflexão e crítica do direito*, 2022, 1, p. 278-297.

¹⁷ Article 5 of the 1988 Federal Constitution: All persons are equal before the law, without distinction of any kind, guaranteeing to Brazilians and foreign residents in the country the inviolability of the right to life, liberty, equality, security, and property, as follows: I. Men and women have equal rights and obligations, under the terms of this Constitution; [...]. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília-DF, 1988. Available in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Accessed: 22 ago. 2024.

The process of re-democratization and the expansion of citizenship embraced the true equality of rights between men and women. Collective awareness, political struggles, and the creation or amendment of norms that promote or protect women's rights were intelligently transformed into objectives of the feminist movement, aimed at securing amendments and guarantees for both existing and emerging rights, defined through the joint efforts of social movements, society, and the State.

To reach the Constituent Assembly, the preparation of the agenda was led by the National Council for Women's Rights, established in 1985 through the campaign "Women and the Constituent Assembly," which engaged the country in opening channels of communication between the feminist movement and political decision-making mechanisms. It is worth noting the astuteness of the slogan that underscored the fight for representation, "A Constituent Assembly that truly counts must include women's voices." At that time, rights to education, health, and a family life free from trauma were grounded in fundamental and human principles, such as legal equality¹⁸.

As stated, by affirming legal equality between men and women, other feminist achievements were guaranteed, further reflected in the constitutional text. In the realm of labor, Article 7, section XXX, of the Constitution prohibits discrimination in wages, job functions, and admission criteria based on sex, age, color, or marital status. Similarly, section XXV of the same article provides for free assistance to children and dependents from birth until the age of five in daycare centers and preschools. Another area deserving constitutional isonomic protection is domestic work, which, due to the sexual division of labor and structural racism, predominantly affects black women. Thus, the 1988 Constitution ensured, among other rights, a 120-day maternity leave without loss of employment or salary, social security rights, minimum wage, weekly rest, and paid vacation.

In the social security context, the Constitution similarly guaranteed retirement under the general social security system, with 35 years of contribution required for men and 30 years for women, and a minimum retirement age of 65 for men and 60 for women—explicitly recognizing women's dual work burden. This limit was reduced by five years for both male and female rural workers¹². In a similar vein, concerning the social function of property, Article 183 of the Constitution granted title to land ownership and use rights, both in urban and rural areas, to men and women, regardless of marital status. This was a victory for the Rural Women Workers' Movement, which represented leaseholders, salaried workers, union members, or agrarian reform settlers, who often lost their land when abandoned by their partners or upon becoming widowed.

Special attention should be given to the advances made in Family Law. Article 226 of the Constitution provided the family unit (understood broadly and breaking away from the notion of man versus woman) with specific state protection by creating mechanisms to prevent violence within family relationships. This measure represented a significant legal improvement in controlling domestic violence. For the first time, such constitutional protection was granted as a duty and responsibility of the State. Additionally, the 1988 Constitution abolished paternal authority by stipulating that family planning is a free decision of the couple, thereby eliminating the notion of the man as the "head of the family" and ensuring that decisions would be made jointly or referred to the judiciary in cases of disagreement.

These and other rights demonstrate the constitutional guarantee of equal treatment for men and women, as well as differentiated treatment for women when necessary, under the principle of non-discrimination. This approach also serves as a form of positive

¹⁸ The National Archives holds in its collection documents produced and/or accumulated by the Council from 1974 to 2006, under the code EZ. These include approximately 27 meters of textual documents, such as projects, reports, meeting minutes, brochures, posters, correspondence, newspaper articles, and more, in addition to 2,000 photographs and moving images. These documents highlight women's participation in the Constituent Assembly of 1987/88, as well as women's struggle for their rights over the past decades. MINISTÉRIO DA GESTÃO E DA INOVAÇÃO EM SERVIÇOS PÚBLICOS. *Lobby das meninas: a mulher na constituinte de 1987/88*. 2020. Available in: <https://querepublicaeessa.an.gov.br/index.php/que-republica-e-essa/assuntos/temas/213-lobby-das-meninas>. Accessed: 23 ago. 2024.

discrimination, capable of promoting and achieving gender equality¹⁹. Thus, the same factor of "sex," which should not be used as a vector of negative discrimination that disadvantages women, should, through the action of equalizing and inclusive legal norms, be used to mitigate social, political, economic, cultural, and legal disparities between men and women.

In this perspective, Boaventura Santos shows great sensitivity when discussing the importance of equal or different treatment accorded to individuals regarding human rights. He states, "We have the right to be equal when our difference makes us inferior. We have the right to be different when our equality strips us of our character." He concludes by highlighting the ethical and legal imperative for adopting a projection of legal equality "that recognizes differences" as well as differentiation "that does not produce, feed, or reproduce inequalities."²⁰

Among the innovations, there was an expansion and/or creation of new civil rights (individual or personality rights, related to one's name, family status, and others), economic and social rights (related to housing, labor, education, family farming, and others), as well as cultural rights. All these efforts contributed to advances that resonate today, as seen in the 2030 Agenda of the United Nations, signed in 2015 by more than 190 countries, with 17 Sustainable Development Goals (SDGs) and 169 targets. These goals encompass social, economic, and environmental dimensions for the development of society, with action plans to promote gender equality and combat climate change and its impacts, such as food insecurity, job loss, multiple forms of violence, and their impact on health²¹.

In this context, it is important to mention Constitutional Amendment 78/2013, known as the Women's PEC, which guaranteed domestic workers, both male and female, rights such as a national minimum wage, unemployment insurance, wage irreducibility, the 13th salary, wage protection, daily and weekly working hour limits, paid weekly rest, paid overtime, annual vacation, maternity leave, paternity leave, proportional notice, application of collective agreements or conventions, FGTS (Guarantee Fund for Time of Service), and others. In 2015, Complementary Law 150 effectively regulated these rights²².

Social movements, especially the feminist movement, gained momentum during the 1980s and 1990s, with effects extending into the current millennium, achieving the broadening and consolidation of gender issues. When asked about the usefulness of expanding gender possibilities, Judith Butler reminds us that if the cause of unequal and unjust human relationships and exclusionary institutions lies in an exploitative system

¹⁹ ANJOS COSTA, W. O. D. S. D.; BOSIO CAMPHELLO, L. G. "A 2030 com foco na efetivação do direito humano à igualdade das identidades de gênero e seus reflexos para o greening universitário". *Cadernos de Direito Actual*, 16, 2021 pp. 46–69.

²⁰ SOUZA SANTOS, B. D.; ARRISCADO NUNES, J. "Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade". *Revista Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, 2003, p. 25-68.

²¹ The theme chosen by the United Nations for International Women's Day 2022 was "Gender Equality Today for a Sustainable Tomorrow," with a focus on promoting the intersection between gender equality and sustainability, highlighting the vital role of women, particularly environmental activists, in the fight against climate change. The relevance of this theme aligns with the 2030 Agenda and its Sustainable Development Goals (SDGs), which aim to promote gender equality and address climate change. To achieve these goals, it is essential to strengthen social movements and implement public policies that encourage female participation in the pursuit of sustainable development. FUNDO BRASIL. *Não existe desenvolvimento sustentável sem igualdade de gênero*. 2023. Available in: https://www.fundobrasil.org.br/blog/nao-existe-desenvolvimento-sustentavel-sem-igualdade-degenero/?gclid=Cj0KCQjwof6WBhD4ARIsAOi65aggJWJSHI9LQ0Gjmb4Nsc22bVjVNMjLSJgolmatcM6p5l5CYgtNAlGaAtKWEALw_wcB. Accessed: 6 ago. 2024.

²² Research data from Ipea in 2019 indicate that only 28.3% of people in domestic work had a formal employment contract. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Os desafios do passado no trabalho doméstico: reflexões para o caso brasileiro a partir dos dados da PNAD contínua*. 2019. Available in: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9538/1/td_2528.pdf. Accessed: 20 ago. 2024.

that layers oppressions, with women often at the bottom, marked by variations such as race, ethnicity, gender identities, sexual orientation, and numerous other identities and diversities, which bear the greatest burden of income concentration, violence, and social exclusion, then the gender perspective must be highlighted—it is “not a luxury, but as crucial as bread”²³.

4. Recent setbacks and resurgence of women’s policies and rights in Brazil

Historically and institutionally, regarding gender issues, the election of Lula da Silva in 2022 brought innovations compared to his previous terms, both in the definition of the ministerial body and the creation of a specific ministry. Previously, he had established a secretariat with ministerial status. From 2003 to 2016, due to this model, women’s secretariats were replicated in the structures of progressive state and municipal governments, increasingly organizing and integrating the feminist movement into administrative management, with women occupying key positions.

In the early stages, female managers faced typical challenges of public administration, such as the lack of physical infrastructure and financial and human resources. Recently, however, following the election of Jair Bolsonaro and the creation of the Ministry of Women, Family, and Human Rights under pastor Damarens Alves, the situation has worsened considerably. In fact, the existing bureaucratic and administrative disruptions were compounded by a new element: the confrontation of a form of conservative political activism or reversed protagonism, fueled by prejudices, the denial of identity issues, and a rejection of politics itself, undermining the political gains made by women through years of advocacy and hard work.

In 2019, within the ministry, the gender perspective was disregarded in the adoption of public policies, a reality fraught with significant risks for the democratic process and the rights of so-called minoritized majorities. Given the context of violence against women and social exclusion in Brazil, the state’s involvement and investment in public equity policies are indispensable. Hence, the national situation began to deteriorate. On one hand, the coup in 2016 accelerated the dismantling of the Welfare State through the implementation of an economic policy driven by false fiscal austerity measures²⁴. On the other hand, this new ministry actively dismantled and destroyed public policies crucial to advancing identity and gender issues. For instance, Ordinance 457/2021, published by the Ministry of Women, Family, and Human Rights (MDH), mandated a review of the National Human Rights Plan (PNDH) but excluded the historical participation of civil society in the debate²⁵.

Following the impeachment of Dilma Rousseff, the economic policy regressions worsened under Michel Temer’s administration, marked by the approval of Constitutional Amendment 95/2016, which imposed a cap on public spending. This cap

²³ LE MONDE DIPLOMATIQUE BRASIL. *Igualdade de gênero não é um luxo, é tão crucial quanto pão*. 2021. Available in: <https://diplomatie.org.br/igualdade-de-genero-nao-e-um-luxo-e-tao-crucial-quanto-pao/>. Accessed: 8 ago. 2024.

²⁴ BRASIL. *Emenda Constitucional n. 95 de 2016*. Brasília-DF, 2016. Available in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm. Accessed: 23 ago. 2024.

²⁵ An article published by Portal Catarinas highlights a meeting of activists that took place in response to the setbacks in the National Human Rights Program (PNDH) promoted by Damarens Alves’s administration. On this occasion, the event brought together organizations and activists concerned about the deterioration of human rights policies in Brazil, creating a platform to discuss and express opposition to the measures adopted, which, according to the participants, weakened human rights protection and led to regressions in the social justice agenda. PORTAL CATARINAS. *Damarens Alv(o)s: ativistas se reúnem contra retrocessos no Programa Nacional de Direitos Humanos*. 2021. Available in: <https://catarinhas.info/damarens-alves-ativistas-se-reunem-contra-retrocessos-no-programa-nacional-de-direitos-humanos/>. Accessed: 6 ago. 2024. Likewise, the article deserves mention “A sinistra Damarens e seu projeto de destruição”. CARTA CAPITAL. *A sinistra Damarens e seu projeto de destruição*. 2022. Available: <https://www.cartacapital.com.br/opiniaao/a-sinistra-damarens-e-seu-projeto-de-destruicao/>. Accessed: 20 ago. 2024.

strangled the budget for social sectors²⁶ like health, education, and social protection, under the pretext of not exceeding fiscal limits that treated social investment as an expense or expenditure. Subsequently, a series of socio-economic dismantling actions followed, including labor reform (Law 13,467/2017)²⁷ and pension reform (Constitutional Amendment 103/2019), which curtailed rights that also extended to women. As a result, the progressive and egalitarian trajectory that had been assured for women and minorities was abruptly interrupted before it could complete its course.

In a broader context, beyond the cuts to socio-economic policies, a type of religious anti-feminism emerged, coupled with pseudo-patriarchal values reminiscent of the Middle Ages. In essence, then-minister Damares Alves, now a senator for Brasília DF, criticized what supporters of the Bolsonaro government called "gender ideology," a pejorative term opposing the concept of gender as understood by the feminist movement—not as biological sex but recognizing the differentiation in the social perception of men's and women's abilities as culturally constructed. Conservative sectors of society use this term to oppose school activities that address gender issues and related topics, such as sexuality—those who advocate for gender discussions in schools reject the term "gender ideology" and prefer "gender education" or similar terms. In a broader context, beyond the cuts to socio-economic policies, a type of religious anti-feminism emerged, coupled with pseudo-patriarchal values reminiscent of the Middle Ages. In essence, then-minister Damares Alves, now a senator for Brasília DF, criticized what supporters of the Bolsonaro government called "gender ideology," a pejorative term opposing the concept of gender as understood by the feminist movement—not as biological sex but recognizing the differentiation in the social perception of men's and women's abilities as culturally constructed. Conservative sectors of society use this term to oppose school activities that address gender issues and related topics, such as sexuality—those who advocate for gender discussions in schools reject the term "gender ideology" and prefer "gender education" or similar terms²⁸.

Similarly, the minister supported homeschooling and endorsed the 'School Without Party' proposal. Homeschooling involves a form of education where parents or guardians take on the formal education of their children at home, without requiring attendance at traditional private or public educational institutions. This practice, widely debated, has generated controversy and sparked discussions about the role of the state in education

²⁶ The absurdity of this Constitutional Amendment is in defining public investments in social areas as "expenditures." Article 107: Individual limits are established for primary expenditures for each fiscal year: I. Of the Executive Branch; II. Of the Supreme Federal Court, the Superior Court of Justice, the National Justice Council, the Labor Courts, the Federal Courts, the Military Justice of the Union, the Electoral Courts, and the Courts of the Federal District and Territories, within the Judiciary Branch; III. Of the Federal Senate, the Chamber of Deputies, and the Federal Court of Accounts, within the Legislative Branch; IV. Of the Public Prosecutor's Office of the Union and the National Council of the Public Prosecutor's Office; V. Of the Federal Public Defender's Office. § 1. Each of the limits referred to in the caput of this article shall be equivalent to: I. For the 2017 fiscal year, the primary expenditure paid in the 2016 fiscal year, including paid outstanding obligations and other operations affecting the primary result, adjusted by 7.2% (seven-point two percent); and II. For subsequent fiscal years, the limit for the immediately preceding fiscal year, adjusted by the variation of the Broad Consumer Price Index (IPCA), published by the Brazilian Institute of Geography and Statistics, or another index that may replace it, for the twelve-month period ending in June of the year preceding that referred to in the budget law. BRASIL. *Emenda Constitucional n. 95 de 2016*. Brasília-DF, 2016. Available in: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc95 .htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm). Accessed: 23 agu. 2024.

²⁷ PORTAL JUSTIFICANDO. *Acesso à Justiça: o drama da classe trabalhadora não começou com a reforma trabalhista*. 2017. Available in: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/ace-sso-a-justica-o-drama-da-classe-trabalhadora-nao-comecou-com-a-reforma-trabalhista/53501132> 1. Accessed: 15 agu. 2022.

²⁸ SUPORTEPRESS. *Ideologia de gênero: o que é e qual a polêmica por trás dela?* Politize!, 2018. Available in: <https://www.politize.com.br/ideologia-de-genero-questao-de-genero/>. Accessed: 23 agu. 2024.

and family rights. Additionally, the proposal aimed to limit what would be considered "political and ideological indoctrination" in schools, leading to a polarizing public debate and, consequently, highlighting these issues as significant within the Ministry of Education during that period.

The 'School Without Party' project, not exactly proposed but ratified by the Ministry of Education under Bolsonaro's government, sought to combat what its supporters viewed as "indoctrination" in schools, especially concerning political and moral issues. The project, clearly opposing Paulo Freire's pedagogical vision of "education for domestication" versus "education for freedom," or "education for the object-man versus education for the subject-man,"²⁹ suggested interventions like posting signs in schools and universities with guidance on students' rights not to be exposed to content they considered inappropriate or "ideological," and suggested laws prohibiting teachers from disseminating "political and ideological views"³⁰.

The Ministry of Family also proposed adopting the Statute of the Unborn, which would grant legal personality to the fetus while criminalizing abortion. Additionally, it is worth noting, following Pierre Bourdieu's teachings, that the Ministry advocated for what it termed a "religious government"³¹, whatever that may mean³². Thus, the Ministry was committed to promoting measures that aimed to restrict access to reproductive health and contraception services, aligning with a conservative agenda seeking to redefine public health policies based on religious principles.

There was a clear promotion of the image of modest and feminine women requiring protection and care, conforming to a specific standard, which was the only focus of support from Bolsonaro's government policies. Taciana Gouveia highlights that the protected and cared-for woman was generally white, cisgender, heterosexual, and a mother, meaning that the MDH ideologically reduced the concept of family, in direct opposition to the constitutional provisions for expanding and embracing all forms of family grouping through diversity. This illustrated the significant and subtle dominance of the government's intervention strategy in the field of women's rights, driven by fundamentalist evangelical logic³³.

To illustrate, during the pandemic, amid rising domestic violence cases, the MDH promoted a campaign in July 2020 with the slogan "Report domestic violence—For some families, isolation is becoming even more difficult." This reveals a connection with the Ministry of Economy's determination to avoid social isolation, a health measure recommended by the World Health Organization to prevent virus transmission. On the other hand, as Cibely Silva and Jorge Henrique Barbosa³⁴ pointed out, the supposedly

²⁹ NEVES FREIRE, P. R. *Pedagogia do oprimido*. Paz & Terra, São Paulo, 2019.

³⁰ Since the Brazilian Constitution enshrines the freedom to learn, teach, and conduct research, as well as the pluralism of ideas and pedagogical approaches, the Supreme Federal Court ruled that Law No. 7,800/2016 of the State of Alagoas was unconstitutional due to a 'violation of the right to education with the full and emancipatory scope conferred by the Constitution,' thereby settling the matter. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 5537, 2016*. Available in: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991079>. Accessed: 25 ago. 2024.

³¹ PATTARO AMARAL, F. "La estética femocrática negativa en el gobierno Bolsonaro en Brasil: Michelle Bolsonaro y Damares Alves". *Revista IUSTA*, 2023, 58, p. 25-40.

³² Best described in the author's words in the following excerpt: for whom, [...] the Church, burdened by the deep anti-feminism of a clergy ready to condemn all female faults against decency, especially regarding clothing, and to propagate, from the height of its wisdom, a pessimistic view of women and femininity, explicitly inculcates (or inculcated) a familial moral code, completely dominated by patriarchal values and primarily by the dogma of women's innate inferiority. Furthermore, it acts, in a more indirect way, on the historical structures of the unconscious [...]. BOURDIEU, P. *A dominação masculina*. Bestbolso, 2017.

³³ BÖLL STIFTUNG, H. *Políticas para as mulheres no governo Bolsonaro: notas para reflexão*. 2021. Available in: <https://br.boell.org/pt-br/2021/02/26/politicas-para-mulheres-no-governo-bolsonaro-notas-para-reflexao>. Accessed: 9 ago. 2024.

³⁴ EUGÊNIA SILVA, C.; HENRIQUE BARBOSA, J. "Análise do discurso oficial de lançamento da campanha do governo Federal contra a violência doméstica no contexto da pandemia do COVID-19". *Revista Espaço Acadêmico*, 224, 2020.

limited rationale for “valuing” women and combating this form of violence was not centered on the woman herself but on the family, highlighting the conservative and oppressive undertone of this strategy. Similarly, the word “woman,” singular or plural, was absent from the slogan, shifting the suffering caused by violence to the families. The authors also noted that the MDH’s advertising materials included images of female aggressors, subtly implying (without directly mentioning it) that women can also be perpetrators of abuse in the home and need to stop “victimizing themselves.”

Attention should be paid to the trajectory of policy decline and value reversal. What was initially exacerbated by so-called ultraliberal necropolitics³⁵ (from 2016 onwards), affecting economic and social rights, was further aggravated by the government’s authoritarian and conservative ideological stance, particularly by the MDH. In 2020, this situation was intensified by the COVID-19 pandemic, a process that especially impacted women, widening the gap of social injustice.

As mentioned in the introduction, the pandemic exponentially increased cases of abuse, general domestic violence, and violence against women³⁶, without effective public policies and governmental measures being adopted to address the issue. Another negative effect of the pandemic on women’s lives is related to unemployment—according to the Continuous PNAD survey by IBGE, 8.5 million women had left the workforce in the last quarter of 2020, compared to the same period the previous year³⁷. A third impact group involves the new jobs obtained during the pandemic and the level of emotional stress, including cases of depression and anxiety³⁸.

After the pandemic and the Bolsonaro government, a form of democratic relief is underway, following the defeat of the authoritarian project in 2022. Among other measures, the following actions have been taken to resume policies and rights for women: reinstatement of the ‘Women Living Without Violence’ program; publication of Decree No. 11,430, which stipulates that at least 8% of job positions in contracts with the public administration are reserved for women experiencing violence; and publication of Decree No. 11,432, which regulates the Menstrual Health Protection and Promotion Program³⁹.

³⁵ A term attributed to Achille Mbembe, based on Michel Foucault’s concept of biopower. It raises questions about whether or not the State, under the discourse of law and order, is granted a kind of ‘license to kill.’ The expression, which recently emerged and gained notoriety, refers to the use of the State’s social and political power to dictate how some people can live and how others must die, exerting control over individuals’ lives—who is considered worthy of living and who may be exposed to death or conditions of life that inevitably lead to death. A recent example of necropolitics in Brazil occurred in the context of the pandemic, although it is recurrently exercised in the context of penal and penitentiary issues, as well as in the cases of poverty and hunger. MBEMBE, A. *Necropolítica*. São Paulo, 2018, p. 80. MICHEL FOUCAULT, P. *Microfísica do poder*. Paz & Terra, São Paulo, 2021.

³⁶ Data from the Brazilian Forum on Public Security (FBSP) highlight the difficulties women face in reporting abuse during isolation, as well as the monthly increase in femicide and/or homicide rates across various states. Between March 2020, the onset of the Covid-19 pandemic, and December 2021, the last month for which data is available, there were 2,451 femicides and 100,398 cases of rape and rape of vulnerable individuals involving female victims. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Violência contra as Mulheres em 2021*. 2021. Available in: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/03/violencia-contra-mulher-2021-v5.pdf>. Accessed: 22 agu. 2024.

³⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise da população brasileira em 2019*. IBGE, 2019.

³⁸ According to the study ‘Non-stop: Women’s work and life during the pandemic,’ 50% of Brazilian women began caring for someone during the pandemic, 52% of whom were Black. Women were also more affected in terms of emotional health. According to the study ‘Exploratory Study on the Psychological Impact of COVID-19 on the General Brazilian Population,’ women accounted for 40.5% of depression symptoms, 34.9% of anxiety, and 37.3% of stress. SEMPRE VIVA ORGANIZAÇÃO FEMINISTA. *Sem para o trabalho e a vida das mulheres na pandemia*. 2020. Available in: https://mulheresnapandemia.sof.org.br/wp-content/uploads/2020/08/Relatorio_Pesquisa_SemPara.pdf. Accessed: 23 agu. 2024.

³⁹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Dignidade Menstrual*. 2024. Available in: <https://www.gov.br/saude/pt-br/campanhas-da-saude/2024/dignidademenstrual#:~:text=Campanha> %20

The actions related to the 'Women Living Without Violence' program aimed to ensure the centralization of protection policies within the Federal Government. This measure enables the Ministry of Women to act strategically with other federal entities, increasing the reach of this initiative, particularly by strengthening the Brazilian Women's House, a project designed to provide key public services for women victims of violence in a single location, including specialized police stations, annexes of the Court of Justice, annexes of the Public Defender's Office, and the Public Prosecutor's Office, as well as other services related to psychosocial assistance and promoting women's economic autonomy.

Subsequently, the Ministry of Women and the Ministry of Management and Innovation in Public Services collaborated on Decree No. 11,430, which aims to ensure that at least 8% of positions in public contracts are reserved for women victims of domestic and family violence. This measure demonstrates the intent to achieve gender pay equality directly, as in the requirement for bidding companies to implement actions aimed at gender equality in the workplace, using this criterion as a tiebreaker in federal public administration bids.

Finally, it is worth mentioning the Menstrual Dignity Program, established by Decree No. 11,432 and regulated by Law No. 14,214/2021, proposed by Congresswoman Tábara Amaral from the PSB, São Paulo. This measure aims to ensure the free and continuous distribution of sanitary pads to individuals who lack access to these essential products during their menstrual cycle, focusing on those who face difficulties in acquiring pads and live in less accessible areas, through the Popular Pharmacy of Brazil Program (PFPB). It is noted that the previous government initially vetoed the free distribution of sanitary pads, but eventually relented under social pressure⁴⁰.

5. The necessity of state policies for women's rights

The fight of women against social exclusion and violence cannot overlook the need for investment by the Brazilian State in public policies. In this regard, even during the Bolsonaro administration, significant achievements were made. For example, in the field of educational policies, the constitutionalization and consolidation of Fundeb (Fund for the Maintenance and Development of Basic Education and the Enhancement of Education Professionals) were achieved through the approval of Constitutional Amendment No. 108/2020. This was the result of mobilization by public schools, which, in response to the National Congress, confronted the federal government and secured the approval of the proposal⁴¹, thereby making the Fund permanent. The Fund was

Programa%20Dignidade%20Menstrual-Info&text=Para%20promover%20a%20sa%C3%BA de%20das oferta%20gratuita%20de%20absorventes%20higi%C3%AAnicos. Accessed: 23 agu. 2024.

MINISTÉRIO DAS MULHERES. *Programa Dignidade Menstrual*. 2023. Available in: <https://www.gov.br/mulheres/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas-1/programa-de-dignidademenstrual#:~:text=O%20Programa%20Dignidade%20Menstrual%20foi,Fam%C3%ADlia%20e%20Combate%20%C3%A0%20Fome>. Accessed: 10 agu. 2024.

⁴⁰ G1. *Veto de Bolsonaro a distribuição de absorventes expõe 'pobreza menstrual': entenda o conceito*. 2021. Available in: <https://g1.globo.com/saude/noticia/2021/10/07/veto-de-bolsonaro-a-distribuicao-de-absorventes-expoe-pobreza-menstrual-entenda-o-conceito-e-o-que-esta-em-jogo.ghtml>. Accessed: 23 agu. 2024.

⁴¹ It is important to note that the government did not support the significant increase in the federal government's participation in funding the fund, which was approved by the National Congress, progressively raising the contribution from 10% to 23% by 2026. As if that weren't enough, Bolsonaro preferred greater flexibility in the use of FUNDEB resources, suggesting that states and municipalities should have more autonomy in deciding how to apply these funds. This included the possibility of direct cash transfers to families instead of prioritizing investments in educational infrastructure and the appreciation of education professionals. BASÍLIO, A. L. *Entenda as principais mudanças no Fundeb*. 2020. Available in: <https://www.cartacapital.com.br/educacao/entenda-as-principais-mudancas-no-fundeb/>. Accessed: 26 agu. 2024.

initially set to expire on December 31, 2020, as stipulated by Law 11,494/2007. This progress led to improved working conditions, remuneration, and career prospects for education workers, a sector composed of 80% women, according to data from the 2020 School Census. Additionally, Fundeb promotes the right to education for more than 23 million girls and women in public schools and those outside the education system, especially Black, quilombola, riverside, rural, and indigenous women⁴².

Other achievements include the recognition of the unconstitutionality of anti-gender municipal laws by the Supreme Federal Court (STF)⁴³. This judicial understanding clarifies that the State's duty to combat all forms of discrimination does not merely involve punishing violations of rights but necessarily includes the obligation to implement the teaching of gender, gender identity, and sexual diversity in schools as a hallmark of the republican mission of the right to education. This institutional response by the Judiciary confronted reactionary movements that, since 2014, have sought to censor education as a cultural strategy to dismantle historical achievements in gender debates and women's rights. Such was the case with the "School Without Party" project, which, as mentioned earlier, was defeated in both the National Congress and the STF, thereby reaffirming the notion of education as a practice of freedom in schools.

An equally significant achievement was the re-approval by Congress, during the early stages of the pandemic, of the emergency basic income, which positively impacted primarily Black women living in the peripheries of major urban centers. A payment of R\$600 was authorized for three months for up to two adults in families with an income of up to three minimum wages, with single mothers eligible to receive two benefits. However, this support lasted only for the initially planned three-month period. Subsequent government uncertainties and hesitations further complicated the already difficult situation of poor and racialized single mothers until the approval, during the 2022 election year, of an unconstitutional and electoral measure through Constitutional Amendment 123, which extended the benefit until December 2022⁴⁴.

⁴² LE MONDE DIPLOMATIQUE BRASIL. *Igualdade de gênero não é um luxo, é tão crucial quanto pão*. 2021. Available in: <https://diplomatie.org.br/igualdade-de-genero-nao-e-um-luxo-e-tao-crucial-quanto-pao/>. Accessed: 8 ago. 2024.

⁴³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 457*, 2017. Available in: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5192888>. Accessed: 25 ago. 2024. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 467*, 2017. Available in: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5206806>. Accessed: 25 ago. 2024. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 526*, 2017. Available in: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur425819>. Accessed: 25 ago. 2024. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 460*, 2017. Available in: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5204904>. Accessed: 25 ago. 2024. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 461*, 2017. Available in: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5204906>. Accessed: 25 ago. 2024. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 465*, 2017. Available in: <https://portal.stf.jus.br/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&numProcesso=465>. Accessed: 25 ago. 2024. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 600*, 2017. Available in: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5733808>. Accessed: 25 ago. 2024. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 5537*, 2016. Available in: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991079>. Accessed: 25 ago. 2024. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 5.580*, 2016. Available in: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5036462>. Accessed: 25 ago. 2024. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 6.038*, 2018. Available in: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5576085>. Accessed: 25 ago. 2024.

⁴⁴ Constitutional Amendment 123, of July 14, 2022, which, less than three months before the elections, allowed for the public spending cap to be exceeded, revealing the false nature of the fiscal austerity discourse. This amendment recognized a supposed and non-existent 'state of emergency' resulting from the unforeseeable increase in oil prices, while allowing the Bolsonaro government to: cap state fuel and derivative taxes at 17 or 18%; increase the gas voucher amount; create a one-thousand reais voucher for self-employed truck drivers; and expand the

For 2023, with the aim of ensuring stability for emergency income transfer programs, the new government reinstated the Bolsa Família program, initially through Provisional Measure 1,164/2023, signed by President Lula, which was subsequently transformed into Law 14,601/2023⁴⁵. The new law prioritizes single mothers, pregnant women, breastfeeding women, female heads of households, and women in severe social vulnerability, such as victims of domestic violence or extreme poverty. Among the general measures stemming from this law is the creation of a new loan modality for Bolsa Família beneficiaries, offering up to R\$6,000 in credit to boost small businesses among low-income families, thereby providing opportunities to strengthen the local economy and promote financial autonomy⁴⁶.

In the area of combating violence against women, the women's movement has secured significant victories, such as the Maria da Penha Law of 2006 and the Femicide Law of 2015. These two pieces of legislation have enhanced the protection of women against violence historically suffered by women, through a legal framework that holds violent and abusive men accountable. It is worth noting the important decision by the STF on March 15, 2022, which unanimously confirmed a preliminary ruling by Justice Dias Toffoli in the context of ADPF No. 779, affirming the legal impossibility of invoking the "defense of honor" argument⁴⁷, a defense commonly presented by accused parties in cases of femicide or assaults against women to justify the aggressor's behavior.

This summary demonstrates progress, but it is important to remember that the traces of political authoritarianism were not eradicated with Bolsonaro's electoral defeat. Amid the obscurantism that threatens current society, the Maria da Penha Law itself has come into conflict with the conservative segment of national politics, mainly led by the so-called "Bible and Bullet" caucus, composed of conservative pastors, military police, and militias⁴⁸. Although it is the country's most prominent legal reference, the Maria da Penha Law has completed eighteen years amidst increasing violence against women. According to the current Ministry of Women, there were 114,848 reported cases in 2023, a higher number than in the previous year, which was itself higher than the year before⁴⁹. The situation is so dire that Maria da Penha herself has faced death threats from ultra-conservative radicals.

Brazil Aid Program (Programa Auxílio Brasil), as outlined in Law n. 14,284, of December 29, 2021. BRASIL. *Emenda Constitucional n. 123 de 2022*. Brasília-DF, 2022. Available in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/emendas/emc/emc123.htm. Accessed: 25 ago. 2024.

⁴⁵ MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO E ASSISTÊNCIA SOCIAL, FAMÍLIA E COMBATE À FOME. *Relançamento do Bolsa Família completa um ano com conquistas para a população*. 2024. Available in: <https://www.gov.br/mds/pt-br/noticias-e-conteudos/desenvolvimento-social/noticias-desenvolvimento-social/relancamento-do-bolsa-familia-completa-um-ano-com-comq> uistas-para-a-populacao. Accessed: 23 ago. 2024.

⁴⁶ REDAÇÃO MIX VALE. *Governo lança novo empréstimo do Bolsa Família com crédito de até R\$ 6 Mil*. 2024. Available in: <https://www.mixvale.com.br/2024/08/18/governo-lanca-novo-emprestimo-do-bolsa-familia-com-credito-de-ate-r-6-mil/>. Accessed: 23 ago. 2024.

⁴⁷ The justification, based on the thesis, suggested that it was acceptable for the defendant to murder or assault his partner (the victim) if she committed adultery, as she would have wounded his honor. In other words, it was a way for the aggressor to blame the victim, attributing the cause of his own actions to the woman's death or injury. SUPORTEPRESS. *A tese da legítima defesa da honra: o que é e por que é inconstitucional*. 2021. Available in: <https://www.politize.com.br/tese-da-legitima-defesa-da-honra/>. Accessed: 9 ago. 2024.

⁴⁸ The Liberal Party represents 92 seats, the bloc comprising MDB, PSD, Republicanos, and Podemos represents 147 seats, and finally, the bloc of União, PP, PSDB-Cidadania Federation, PDT, Avante, Solidariedade, and PRD holds 161 seats, out of a total of 513. PORTAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Bancadas atuais da Câmara dos Deputados*. 2024. Available in: <https://www.camara.leg.br/deputados/bancada-atual>. Accessed: 26 ago. 2024.

⁴⁹ G1. *Lei Maria da Penha completa 18 anos, mas violência contra a mulher segue crescendo no país*. 2024. Available in: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2024/08/07/lei-maria-da-penha-completa-18-anos-mas-violencia-contra-a-mulher-segue-crescendo-no-pais.ghtml>. Accessed: 23 ago. 2024.

6. Post-retraction: The need for state policies to rearticulate women's rights

As discussed here, the institutional agendas of the feminist movement have been gradually depleted. This process began with the Temer administration, which succeeded Dilma Rousseff's government after the impeachment, when the Secretariat for Women's Policies was dismantled and subsequently closed. It continued under Bolsonaro's administration, where women's demands were subsumed and subordinated to the conservative treatment of family matters. During Pastor Damascos Alves' tenure, the Ministry of Women, Family, and Human Rights (MDH) focused increasingly on the family theme, while neglecting the other two areas: women's rights and human rights. The Bolsonaro administration, overall, reintroduced a disrespectful attitude towards women, rooted in an archaic and anachronistic view, driven by the intention to relegate the female condition to a place of submission, promoting harmful, sexist, and LGBT-phobic discourses detrimental to human rights.

This context reveals an ideological strategy to reinforce and glamorize patriarchal practices, which, as a rule and according to the Constitution, Brazilian governments are supposed to combat rather than encourage. Unsurprisingly, throughout the Bolsonaro administration, the violent rhetoric and the indifference to abusive practices resulted in a shocking increase in femicide⁵⁰ and violence against women, even within institutional environments⁵¹—the cases of institutional harassment against female and male employees are part of this strategy. Paradoxically, these deaths, abuses, and instances of harassment sparked social outrage and became more prominently reported and denounced by major mass media outlets as well as on social media, highlighting the growing mobilization of the feminist movement.

It is worth noting that in the context of family rights, which stood in clear opposition to women's rights, Bolsonaro's policies contradicted direct constitutional recommendations that should be implemented as state policies, obligatory for all governments due to their roots in constitutional rationality. However, in the institutional discourse, there was no room for women's emancipation. In this scenario, the electoral rejection of the authoritarian project in the 2022 elections, while significant, did not resolve the issue of regression, nor did it address the challenges of maintaining, consolidating, or even reconstructing women's rights. This includes upholding the constitutional gains of 1988 and deepening new levels of protection, such as ensuring access to quality education and decent living conditions—equal pay, full employment, and public health that respects women's decisions, even encompassing aspects related to menstrual poverty. All of this demands greater participation of women in public decision-making spaces.

⁵⁰ For example, in the state of Rio Grande do Sul, the number of femicides increased by 35% in the first quarter of 2022. PORTAL GELEDÉS. *Feminicídios sobem 35% no primeiro trimestre de 2022 e RS vê reverter queda do último ano.* 2022. Available in: <https://www.geledes.org.br/feminicidios-sobem-35-no-primeiro-trimestre-de-2022-e-rs-ve-reverter-queda-do-ultimo-ano/>. Accessed: 9 ago. 2024.

⁵¹ Among other cases, there is the emblematic situation involving the President of Caixa Econômica Federal during the Bolsonaro administration. Reports of moral and sexual harassment saw a sharp increase at Caixa Econômica Federal following the arrival of the now former president Pedro Guimarães in 2019. According to data from the state bank, in 2015, there were 69 accusations of moral harassment and none of sexual harassment. In 2022, the numbers were 177 and 77, respectively. The information was obtained through the Freedom of Information Act. WALTENBERG, G. *Casos de assédio na Caixa explodem sob Pedro Guimarães.* 2022. Available in: <https://www.poder360.com.br/poder-economia/economia/casos-de-assedio-na-caixa-explodem-sob-pedro-guimaraes/>. Accessed: 9 ago. 2024. It is also worth mentioning the recent Law 14,612 - Amendments to the Statute of Advocacy, which includes moral harassment, sexual harassment, and discrimination among the ethical and disciplinary infractions within the Brazilian Bar Association (OAB). BRASIL. *Lei n. 14.612, de 3 de julho de 2023.* Brasília-DF, 2023. Available in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2023-2026/2023/lei/l14612.htm. Accessed: 23 ago. 2024.

Promoting parity of opportunities is not limited to adopting measures and actions but also pertains to the effectiveness of incentive, protection, promotion, and safeguarding policies, which, despite their constitutional foundation, can be neglected by governments according to the interests and ideologies of the political group or individual in power, as was recently observed. This indicates that, beyond the constitutional foundation, public policies protecting vulnerable and historically neglected sectors, such as women, need to be structured transversally, designed by different sectors of society, and receive substantial social support, notably from the national parliament, media outlets, social movements, associations, and other entities. Most importantly, they should be backed by robust budgetary investment, making them less dependent on government changes at the federal, state, or municipal levels. In short, these policies must be strong and enduring enough to ensure the implementation of fundamental rights, which are all characteristics of state policies.

Public policies are, therefore, programs, actions, and decisions created by the governments of federative entities—mayors, governors, and presidents—alongside civil society. Hence, both government policies and state policies are public. The difference between them lies primarily in the fields of Political Science and Law, to distinguish them based on stability, their capacity to withstand government changes, planning, and the breadth of the general interest that drives them. According to Caroline Müller Bittencourt and Janriê Rodrigues Reck⁵², public policies should be observed along at least three axes: institutional arrangements, decision-making models, and objectives.

Doctrine has worked with strong and/or weak classifications regarding state or government public policies. This classification, in the context of the subject matter addressed here, is highly useful due to certain characteristics. In agreement with the aforementioned authors⁵³, it is important to identify in state public policy aspects such as: whether substantial changes can be made by the ruling government; the hierarchy of its importance in case of judicial intervention or prioritization of public resources; its connection with unalterable constitutional clauses; whether they allow the participation of specialized organizations in legal decisions, such as the Public Prosecutor's Office and the Judiciary; whether they designate the value of social universality in contrast to the partisan commitment of the elected government; and whether, in case of discontinuity, they open the possibility for the accountability of the violating agent, among other traits.

This implies that, in principle, due to their strong connection with constitutional mandates, state policies are more easily subject to judicial action in cases of non-compliance. They transcend governments and lead to the accountability of agents who interrupt them. In such cases, there should perhaps be severe punishments, in the sense of effective accountability, for those who deliberately or ideologically fail to comply, without invoking the so-called "reserve of the possible,"⁵⁴ unless duly proven.

State policies should, therefore, enjoy the differential of having an expanded constructive base, created by law. The establishing regulations should specify institutional resource allocation and other investment channels, monitoring and evaluation indicators, and specifically that their funding guarantees cannot be easily replaced or interrupted. Thus, the higher the standard of institutionalization, the closer the public policy is to being a state policy. Examples of state public policies include the Unified Health System (SUS), established by Law 8080/1990 in the field of the right to health, and the aforementioned Fundeb, established by Law 14,113/2020 in the area of the right to education. In the context of the right to work, with respect to this field of

⁵² MÜLLER BITENCOURT, C.; RODRIGUES RECK, J. "Paradoxos do federalismo - uma observação pragmático-sistêmica". *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 49, 2012, p. 151-176.

⁵³ MÜLLER BITENCOURT, C.; RODRIGUES RECK, J. "Paradoxos do federalismo - uma observação pragmático-sistêmica". *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 49, 2012, p. 151-176.

⁵⁴ The 'reserve of the possible' is an implicit constitutional principle that balances the relationship between the economic and social rights guaranteed in the constitution and the financial support available from public funds.

study, there is equal pay between men and women, which, in addition to its constitutional treatment, was further elaborated through ordinary legal means, such as Law 14,611/2023, as well as in other statutes like the Consolidation of Labor Laws (CLT).

Similarly, one can mention the establishment, through federal law, of a minimum income with a differentiated benefit for families led by women and their offspring, as seen in Law 14,601/2023, which recreated the Bolsa Família program on more solid foundations, and Law 14,542/2023, which prioritizes women in situations of domestic violence within the National Employment System (Sine), facilitating access to the job market and financial autonomy. Both are examples of the expansion of the legal basis for new state policies, considering the planning aspect and ensuring the funding of these policies. This description suggests that state policies effectively engage with economic and social rights, which may be an effective pathway.

It is thus incumbent upon the public agenda of the struggle for the implementation of women's rights, within the Ministry of Women and other institutions, to analyze the contexts and identify the legislative and institutional gaps that weaken these guarantees, to open up the necessary claims for implementing the necessary rights. Action is needed within the context of a democratic government to prevent the oscillation and suppression of rights that can always occur under less democratic mandates. In this regard, João Pedro Schmidt⁵⁵ warns of the activation of the input-output logic that drives social systems in a continuous feedback process, pointing out that the institutional response of the State will depend on the quality of the relationship between social demand and institutional response. Thus, the stronger the foundation of the claim and the better directed its demands, the more appropriate the response or feedback will be.

7. Concluding remarks

The effective improvement of women's reality in Brazil may be achieved, among others, via endorsement of the social pact advanced by the 1988 Federal Constitution, a solid foundation for upcoming conquests. More recently, neoliberal and ultra-conservative offensives seek to establish themselves not only in Brazil, but worldwide, a trend that can only be countered by a firm struggle for public policies and the strengthening of the national state, as a ground for the implementation and financing of public policies and social programs. In this context, the marginalization imposed on feminist movements' demands and actors reinforces women's subjugation, especially those marked by racial prejudice and economic precariousness, such as Black women, Quilombolas (enslaved-descendants), indigenous women, transgender women, lesbians, and others ostracized due to the slavery-based roots of Brazilian society and its dreadful consequences. This demonstrates that individual and social demands intertwine and overlap with economic, social, and political realities in the struggle for women's rights.

The resistance forged by feminist movement's various manifestations against processes of institutional symbolic violence, including those produced by the Brazilian federal government in recent times, has weakened the dismantling efforts of hard-won rights by and for women. Fact is that the current global scenario suggests the intensification of ultra-liberal capitalistic processes, the financialization of the economy in collusion with necropolitics, which overwhelmingly and unevenly affects the most vulnerable. Against this backdrop, customs' conservatism acts as sand in our eyes, designed to confuse society and nudge it to waste time and efforts fighting against primitive prejudices and the medieval agenda of authoritarian governments. Meanwhile, public policies guaranteeing women's rights suffer severe and continuous setbacks.

Feminist movements advocate nowadays for gender equality from those rights' perspective and resistance against patriarchal practices. Some battlefronts are

⁵⁵ PEDRO SCHMIDT, J. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*, 56, 2019, p. 123.

particularly important, such as (i) adequate funding, access, retention, and quality in public, free, and universal education; (ii) adequate health, as highlighted by the Women's Global Network for Reproductive Rights in 2020, when the reallocation of resources and priorities to ensure women's free and universal access to sexual and reproductive health services was a key issue; (iii) decent housing and suitable nutrition; (iv) work and employment, a sector that particularly suffered from the dismantling of state policies during the Covid-19 pandemic, thus exacerbating gender and social inequalities.

Such a multifaceted agenda transcends different rights, actions, and public policies. Due to its fundamental nature, it cannot be left vulnerable to setbacks resulting from ideological changes in power, meaning that efforts must be made to mitigate current and future damage. The proposal advanced in this contribution is to steer the struggle toward transforming women's most important demands into stable state policies. For this reason, in order for this decade not to recede an entire century, feminist movements ought to remain active, renew their strategies, and engage in a state of constant vigilance.

8. References

- ANJOS COSTA, W. O. D. S. D.; BOSIO CAMPELLO, L. G. "A 2030 com foco na efetivação do direito humano à igualdade das identidades de gênero e seus reflexos para o greening universitário". *Cadernos de Direito Actual*, 16, 2021 pp. 46–69.
- BÖLL STIFTUNG, H. *Políticas para as mulheres no governo Bolsonaro: notas para reflexão*. 2021. Available in: <https://br.boell.org/pt-br/2021/02/26/politicas-para-mulheres-no-governo-bolsonaro-notas-para-reflexao>. Accessed: 9 ago. 2024.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília-DF, 1988. Available in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Accessed: 22 ago. 2024.
- BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro-RJ, 1934. Available in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Accessed: 21 jul. 2024.
- BRASIL. *Emenda Constitucional n. 95 de 2016*. Brasília-DF, 2016. Available in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm. Accessed: 23 ago. 2024.
- BRASIL. *Emenda Constitucional n. 123 de 2022*. Brasília-DF, 2022. Available in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc123.htm. Accessed: 25 ago. 2024.
- BRASIL. *Lei n. 14.284, de 29 de dezembro de 2021*. Brasília-DF, 2021. Available in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14284.htm. Accessed: 25 ago. 2024.
- BRASIL. *Lei n. 14.611, de 03 de julho de 2023*. Brasília-DF, 2023. Available in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14611.htm. Accessed: 05 ago. 2024.
- BRASIL. *Lei n. 14.612, de 3 de julho de 2023*. Brasília-DF, 2023. Available in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14612.htm. Accessed: 23 ago. 2024.
- BRASIL. *Lei n. 14.674, de 14 de setembro de 2023*. Brasília-DF, 2023. Available in: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/___Ato20232026/2023/Lei/L14674.htm. Accessed: 05 ago. 2024.
- CARLOS GIL, A. *Métodos e Técnicas de pesquisa social*. Atlas, São Paulo, 2008, p. 6.
- CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER. *Carta da mulher brasileira aos constituintes*. Brasília-DF, 1987. Available in: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituinte-e-as-mulheres/arquivos/

- Constituinte%2019871988Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes. pdf. Accessed: 9 agu. 2024.
- FÉLIX BOURDIEU, P. *A dominação masculina*. Bestbolso, 2017.
- EUGÊNIA SILVA, C.; HENRIQUE BARBOSA, J. "Análise do discurso oficial de lançamento da campanha do governo Federal contra a violência doméstica no contexto da pandemia do COVID-19". *Revista Espaço Acadêmico*, 224, 2020.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Violência contra as Mulheres em 2021*. 2021. Available in: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/03/violencia-contra-mulher-2021-v5.pdf>. Accessed: 22 agu. 2024.
- FUNDO BRASIL. *Não existe desenvolvimento sustentável sem igualdade de gênero*. 2023. Available in: https://www.fundobrasil.org.br/blog/nao-existe-desenvolvimento-sustentavel-sem-igualdadedegenero/gclid=Cj0KCQjwof6WBhD4ARIsAOi65aggJWLQ0GjmB4Nsc22bVjVNMjLSJgolmatcM6p5l5CYgtNAlGaAtKWEALw_wcB. Accessed: 6 agu. 2024. JSHI9
- G1. *Lei Maria da Penha completa 18 anos, mas violência contra a mulher segue crescendo no país*. 2024. Available in: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2024/08/07/lei-maria-da-penha-completa-18-anos-mas-violencia-contra-a-mulher-segue-crescendo-no-pais.ghtml>. Accessed: 23 agu. 2024.
- G1. *Veto de Bolsonaro a distribuição de absorventes expõe 'pobreza menstrual': entenda o conceito*. 2021. Available in: <https://g1.globo.com/saude/noticia/2021/10/07/veto-de-bolsonaro-a-distribuicao-de-absorventes-expoe-pobreza-menstrual-entenda-o-conceito-e-o-que-esta-em-jogo.ghtml>. Accessed: 23 agu. 2024.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise da população brasileira em 2019*. IBGE, 2019.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Os desafios do passado no trabalho doméstico: reflexões para o caso brasileiro a partir dos dados da PNAD contínua*. 2019. Available in: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9538/1/td_2528.pdf. Accessed: 20 agu. 2024.
- JOÃO SCHMIDT, J. "Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas". *Revista do Direito*, 56, 2019, p. 123.
- LE MONDE DIPLOMATIQUE BRASIL. *Igualdade de gênero não é um luxo, é tão crucial quanto pão*. 2021. Available in: <https://diplomatique.org.br/igualdade-de-genero-nao-e-um-luxo-e-tao-crucial-quanto-pao/>. Accessed: 8 agu. 2024.
- LIMONGI, F.; SOUZA OLIVEIRA, J. D; TOMÉ SCHMITT, S. "Sufrágio universal, mas... só para homens: o voto feminino no Brasil". *Revista de Sociologia e Política*, 27, 2019, p. 1-23.
- LUIZA BASILIO, A. *Entenda as principais mudanças no Fundeb*. 2020. Available in: <https://www.cartacapital.com.br/educacao/entenda-as-principais-mudancas-no-fundeb/>. Accessed: 26 agu. 2024.
- MBEMBE, A. *Necropolítica*. São Paulo, 2018, p. 80.
- MICHEL FOUCAULT, P. *Microfísica do poder*. Paz & Terra, São Paulo, 2021.
- MINISTÉRIO DA GESTÃO E DA INOVAÇÃO EM SERVIÇOS PÚBLICOS. *Lobby das meninas: a mulher na constituinte de 1987/88*. 2020. Available in: <https://querepublicaeessa.an.gov.br/index.php/querepublica-e-essa/assuntos/temas/213-lobby-das-meninas>. Accessed: 23 agu. 2024.
- MINISTÉRIO DAS MULHERES. *Principais ações de 2023*. 2023. Available in: https://www.gov.br/mulheres/pt-br/centraldeconteudos/noticias/2024/fevereiro/Relatorio_Principais_Acoes_2023_Ministrio_das_Mulheres.pdf. Accessed: 10 agu. 2024.
- MINISTÉRIO DAS MULHERES. *Programa Dignidade Menstrual*. 2023. Available in: <https://www.gov.br/mulheres/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas-1/programa-de-dignidademenstrual#:~:text=O%20Programa%20Dignidade%20Menstrual%20foi,Fam%C3%ADlia%20e%20Combate%20%C3%A0%20Fome>. Accessed: 10 agu. 2024.

- MINISTÉRIO DAS MULHERES. *79 ações federais indicam conquistas e avanços nas políticas para mulheres*. 2024. Available in: <https://www.gov.br/mulheres/pt-br/central-de-conteudos/noticias/2024/marco/79-acoes-federais-indicam-conquistas-e-avancos-nas-politicas-para-mulheres>. Accessed: 8 ago. 2024.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Dignidade Menstrual*. 2024. Available in: <https://www.gov.br/saude/pt-br/campanhas-da-saude/2024/dignidade-menstrual#:~:text=Campanha%20Programa%20Dignidade%20Menstrual-Info&text=Para%20promover%20a%20sa%C3%BAde%20das,oferta%20gratuita%20de%20absorventes%20higi%C3%AAnicos>. Accessed: 23 ago. 2024.
- MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO E ASSISTÊNCIA SOCIAL, FAMÍLIA E COMBATE À FOME. *Relançamento do Bolsa Família completa um ano com conquistas para a população*. 2024. Available in: <https://www.gov.br/mds/pt-br/noticias-e-conteudos/desenvolvimento-social/noticias-desenvolvimento-social/relancamento-do-bolsa-familia-completa-um-ano-com-conquistas-para-a-populacao>. Accessed: 23 ago. 2024.
- MÜLLER BITENCOURT, C.; RODRIGUES RECK, J. "Paradoxos do federalismo - uma observação pragmático-sistêmica". *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 49, 2012, p. 151-176.
- NEVES FREIRE, P. R. *Pedagogia do oprimido*. Paz & Terra, São Paulo, 2019.
- PATTARO AMARAL, F. "La estética femocrática negativa en el gobierno Bolsonaro en Brasil: Michelle Bolsonaro y Damares Alves". *Revista IUSTA*, 2023, 58, p. 25-40.
- PORTAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Bancadas atuais da Câmara dos Deputados*. 2024. Available in: <https://www.camara.leg.br/deputados/bancada-atual>. Accessed: 26 ago. 2024.
- PORTAL CATARINAS. *Damare(s) Alvo(s): ativistas se reúnem contra retrocessos no Programa Nacional de Direitos Humanos*. 2021. Available in: <https://catarinas.info/damare-alves-ativistas-se-reunem-contr-retrocessos-no-programa-nacional-de-direitos-humanos/>. Accessed: 6 ago. 2024.
- PORTAL GELEDÉS. *Feminicídios sobem 35% no primeiro trimestre de 2022 e RS vê reverter queda do último ano*. 2022. Available in: <https://www.geledes.org.br/feminicidios-sobem-35-no-primeiro-trimestre-de-2022-e-rs-ve-reverter-queda-do-ultimo-ano/>. Accessed: 9 ago. 2024.
- PORTAL JUSTIFICANDO. *Acesso à Justiça: o drama da classe trabalhadora não começou com a reforma trabalhista*. 2017. Available in: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/acesso-a-justica-o-drama-da-classe-trabalhadora-nao-comecou-com-a-reforma-trabalhista/535011321>. Accessed: 15 ago. 2022.
- PRADO BITTENCOURT, R. D. "A mulher na legislação brasileira: uma análise histórica". *Revista reflexão e crítica do direito*, 2022, 1, p. 278-297.
- QUADRO COMPARATIVO. *Código Civil 1916*. 2003. Available in: <https://www2.sena.do.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70309/704509.pdf>. Accessed: 6 ago. 2024.
- REDAÇÃO MIX VALE. *Governo lança novo empréstimo do Bolsa Família com crédito de até R\$ 6 Mil*. 2024. Available in: <https://www.mixvale.com.br/2024/08/18/governo-lanca-novo-emprestimo-do-bolsa-familia-com-credito-de-ate-r-6-mil/>. Accessed: 23 ago. 2024.
- SEMPRE VIVA ORGANIZAÇÃO FEMINISTA. *Sem para o trabalho e a vida das mulheres na pandemia*. 2020. Available in: https://mulheresnapanademi.sof.org.br/wp-content/uploads/2020/08/Relatorio_Pesquisa_SemParar.pdf. Accessed: 23 ago. 2024.
- SOUZA SANTOS, B. D.; ARRISCADO NUNES, J. "Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade". *Revista Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, 2003, p. 25-68.
- SUPORTEPRESS. *A tese da legítima defesa da honra: o que é e por que é inconstitucional?*. 2021. Available in: <https://www.politize.com.br/tese-da-legitima-defesa-da-honra/>. Accessed: 9 ago. 2024.

- SUPORTEPRESS. *Ideologia de gênero: o que é e qual a polêmica por trás dela?*. Politize!, 2018. Available in: <https://www.politize.com.br/ideologia-de-genero-questao-de-genero/>. Accessed: 23 ago. 2024.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 457*, 2017. Available in: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5192888>. Accessed: 25 ago. 2024.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 467*, 2017. Available in: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5206806>. Accessed: 25 ago. 2024.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 526*, 2017. Available in: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur425819>. Accessed: 25 ago. 2024.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 460*, 2017. Available in: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5204904>. Accessed: 25 ago. 2024.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 461*, 2017. Available in: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5204906>. Accessed: 25 ago. 2024.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 465*, 2017. Available in: <https://portal.stf.jus.br/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&numProcesso=465>. Accessed: 25 ago. 2024.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 600*, 2017. Available in: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5733808>. Accessed: 25 ago. 2024.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 5537*, 2016. Available in: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991079>. Accessed: 25 ago. 2024.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 5.580*, 2016. Available in: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5036462>. Accessed: 25 ago. 2024.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 6.038*, 2018. Available in: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5576085>. Accessed: 25 ago. 2024.
- TOSCANO DE BRITO, L. M. *Uma encoraja a outra: da inserção das mulheres potiguaras no espaço político ao perfil da candidata eleita Natal/RN 2023*. Monografia da UFRN, 2023. Available in: https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/54385/1/InsercaomulherespotiguarasBrito_2023.pdf. Accessed: 10 ago. 2024.
- WALTENBERG, G. *Casos de assédio na Caixa explodem sob Pedro Guimarães*. 2022. Available in: <https://www.poder360.com.br/poder-economia/economia/casos-de-assedio-na-caixa-explodem-sob-pedro-guimaraes/>. Accessed: 9 ago. 2024.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 25. Núm. Extraordinario (2024), pp. 504-513
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A aplicação da Lei Maria da Penha a mulheres trans: o entendimento do STJ no Resp 197.7124 e a jurisprudência interamericana sobre os direitos LGBTQIA+

The application of the Maria da Penha Law to trans women: the STJ's opinion in Resp 197.7124 and inter-American jurisprudence on LGBTQIA+ rights

Álvaro Veras Castro Melo¹

Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras²

Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

Sumario: 1. Introdução. 2. Sobre a Lei Maria da Penha e a Convenção de Belém do Pará. 3. O entendimento do STJ no Resp 197.7124. 4. A jurisprudência interamericana sobre os direitos humanos da população LGBTQIA+ e o caso Vicky Hernandez. 5. Conclusões. Referências.

Resumo: Inúmeros direitos humanos da população LGBTQIA+ vêm sendo garantidos, nos últimos tempos, por decisões judiciais, tanto nacionais do Supremo Tribunal Federal quanto internacionais da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em casos recentes, julgados pela Corte Internacional de Direitos Humanos e pelo Superior Tribunal de Justiça, discutiu-se a respeito da aplicação de leis protetivas em face de violência de gênero quando as vítimas forem mulheres transexuais. O objetivo do presente estudo é analisar essas decisões e como elas podem dialogar para que tal violência possa ser efetivamente coibida. O método da pesquisa é o hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Direitos LGBTQIA+. Lei Maria da Penha. Convenção de Belém do Pará. Corte Interamericana de Direito Humanos. Controle de Convencionalidade.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Procurador do Estado do CEARÁ.

² Pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos de Coimbra, Ius Gentium Conimbrigae (IGC). Doutora e mestre em Ciências Sociais pela UFRN. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN. Promotora de Justiça de Defesa da Mulher no Rio Grande do Norte.

Abstract: Some human rights of the LGBTQIA+ population have been guaranteed, in recent times, by judicial decisions, both national of the Federal Supreme Court and international of the Inter-American Court of Human Rights. In recent cases, judged by the International Court of Human Rights and the Superior Court of Justice, there has been discussion about the application of protective laws in the face of gender violence when the victims are transsexual women. The objective of this study is to analyze these decisions and how they can dialogue so that such violence can be effectively curbed. The research method is hypothetical-deductive.

Keywords: LGBTQIA+ rights. Maria da Penha Law. Convention of Belém do Pará. Inter-American Court of Human Rights. Conventionality Control.

1. Introdução

O direito das mulheres e suas inúmeras aplicações vem ganhando cada vez mais espaço nos ordenamentos jurídicos. Antes, tínhamos uma ideia apenas de igualdade formal, em que bastava se prever medidas iguais para todos os cidadãos. No entanto, com o passar do tempo, demonstra-se a preocupação com outras ideias de igualdade, como a igualdade material e igualdade como reconhecimento.

Nesse contexto, olhando-se então a existência de uma grande violência contra a mulher, culminando então em desigualdade de forma substancial, buscou-se editar uma lei que visasse coibir e tratar de forma diferente a matéria, dando-se a sua devida atenção. Analisando o histórico da matéria, tem-se que a partir da Convenção de Belém do Pará e o caso Maria da Penha submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos, editou-se uma legislação que veio a mudar de forma paradigmática tal proteção: a Lei Maria da Penha.

Cabe destacar, inclusive, que tal legislação já foi objeto de controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF), declarando-a constitucional na ADC 19.

Diante disso, interessante questionar-se: quem são as “mulheres” protegidas por tal legislação? Referido conceito deve envolver as mulheres trans? Qual o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tema? Encontra-se tal entendimento alinhado com o já decidido em casos similares na Corte Interamericana de Direitos Humanos (IDH)?

Com o objetivo de que se responda de forma adequada essa problemática, interessante que sejam colocados determinados objetivos. No início, será estudadas um pouco a história da própria edição da Lei Maria da Penha. Posteriormente, será analisado o acórdão recorrido, proveniente do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), juntamente com o voto prevalecente no âmbito do STJ, elaborado pelo Min. Rogerio Schietti. Ao final, faremos uma revisão sobre o entendimento da Corte IDH sobre os direitos humanos da população LGBTQIA+ e a sua proteção, enfatizando no entendimento firmado recentemente no Caso Vicky Hernandez.

O trabalho fará uso de pesquisa bibliográfica, notadamente através da busca em artigos e em livros especializados na temática, e também de pesquisa documental, a partir do estudo de julgados da Corte IDH e do STJ. A justificativa para tal trabalho é a importância que se tem de incluir na normatividade protetiva de violência contra a mulher essas pessoas vulneráveis, uma vez que existem estatísticas impressionantes no Brasil de agressão em face dessa população.

Espera-se, como resultado, o reconhecimento, pelo STJ, de que se deve coibir através da Lei Maria da Penha a violência em face da população trans - alinhando-se então ao decidido pela Corte IDH em vários casos, sendo o mais paradigmático, o Caso Vicky Hernandez na Corte IDH.

2. Sobre a Lei Maria da Penha e a Convenção de Belém do Pará

Inicialmente, há de se estabelecer, como marco inicial para a proteção da mulher, a Convenção de Genebra, de 11 de outubro de 1933, uma vez que previu o combate ao tráfico de mulheres e crianças.³

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher, mais conhecida como a Convenção de Belém do Pará, aconteceu em 1994, tendo sido ratificada em 1995 pelo Brasil. Traz como definição “por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.”⁴

Cabe ressaltar, que tal normativa também traz o direito a reconhecimento (art. 8), além de estabelecer o direito de igualdade. Estabelece, ainda, no seu art. 9, que “a adoção das medidas a que se refere este capítulo, os Estados Partes levarão especialmente em conta a situação da mulher vulnerável a violência por sua raça, origem étnica ou condição de migrante, de refugiada ou de deslocada, entre outros motivos. Também será considerada violência a mulher gestante, deficiente, menor, idosa ou em situação sócio-econômica desfavorável, afetada por situações de conflito armado ou de privação da liberdade.”

A Lei Maria da Penha, elaborada de acordo com as recomendações oriundas do caso Maria da Penha Fernandes, em que existiu a condenação do Brasil na Corte IDH, também se amolda disposto da Convenção Belém do Pará, demonstrando a preocupação do Brasil em cumprir com seus acordos internacionais.⁵

Dispõe, desde logo, em seu art. 1º, a finalidade de erradicar toda forma de violência doméstica e familiar praticada contra a mulher.

Tal legislação é, sem dúvidas, um grande marco legislativo que busca proteger de forma integral a mulher em todas áreas da vida - não apenas com relação à violência de gênero no âmbito doméstico. Pode-se dizer, assim, que ela traz a doutrina da proteção integral para a mulher em situação de violência.⁶

3. O entendimento do STJ no Resp 197.7124

No julgamento do STJ, reformou-se a decisão proferida pelo TJ-SP, entendendo-se, então, por unanimidade, que a proteção da Lei Maria da Penha deve-se também aplicar à pessoas trans.

Na decisão do TJ-SP, em voto condutor, mencionado no acórdão do STJ, entendeu-se que nada autoriza que o conceito de “mulher”, usado na Constituição Federal (CF), deve perder o sentido científico, ainda o mais em sede de direito penal. Aduziu-se que “mulher” e “homem” são conceitos científicos, biológicos - não se podendo ser equiparado caso estejamos de forma séria do tema. Fala-se, ainda, que existe uma diferença clara na questão dos cromossomos - e caso se olhe para a pessoa do caso do processo (“L”), verá que ela possuirá o par XY, característico de um homem.⁷

³ OLIVEIRA VERAS, E. V. C. e SOUSA ARAÚJO, G. N. S. “Controle da convencionalidade dos artigos 181 e 182 do Código Penal (escusas absolutórias) nos crimes patrimoniais de violência doméstica e familiar contra a mulher”, *Revista FIDES*, v. 9, n. 2, p. 40, 9 dez. 2018.

⁴ OLIVEIRA VERAS e SOUSA ARAÚJO, 2018, p. 41.

⁵ OLIVEIRA VERAS, E. V. C. *A masculinidade no banco dos réus: um estudo sobre gênero, sistema de justiça penal e a aplicação da Lei Maria da Penha*. 2018. 207f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018, p. 110.

⁶ OLIVEIRA VERAS, 2018

⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1977124-SP*. Ementa: Recurso Especial. Mulher Trans. Vítima de violência doméstica. Aplicação da Lei N. 11.340/2006, Lei Maria da Penha. Critério exclusivamente biológico. Afastamento. Distinção entre sexo e Gênero. Identidade. Violência no ambiente doméstico. Relação de poder e modus operandi. Alcance teleológico da lei. Medidas protetivas. Necessidade. Recurso provido. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 05 de abril de 2022, Superior Tribunal de Justiça, 2022, p. 11-12. Disponível em:

Compreende-se, ainda, que entender em sentido contrário seria manipular os conceitos, como por exemplo o do tempo, no caso do princípio da irretroatividade da lei penal.

Aduz, ainda, que: “[...] dessa constatação científica decorre o empecilho jurídico à pretensão do douto Promotor de Justiça: é claro que a equiparação do interessado a mulher (e a esta está vinculado o pedido) ofende o princípio da tipicidade estrita e o da proibição da analogia in malam partem.”

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, como já falado, julgou de modo diverso, reformando tal entendimento anterior. Cabe registrar pontos referidos pelo Min. Rogerio Schietti Cruz em seu voto.

Destaca que o gênero é questão cultural, social, significando múltiplas dinâmicas. Destaca, ainda, que o feminismo vem mostrar que essas relações de gênero acabam, inegavelmente, sendo também relações de poder e produzindo injustiças no contexto do patriarcado. Assevera a diferença entre o sexo, que apenas se limite às características biológicas dos órgãos reprodutores masculino e feminino - não definindo identidade de gênero.⁸

Traz, ainda, preocupações estatísticas – notadamente aludindo que a questão se trata de como proteger um grupo vulnerável. Enumera estatísticas que asseveram que o Brasil ocupa, pelo 13º ano consecutivo, o primeiro lugar no *ranking* dos países que mais matam pessoas trans no mundo.⁹

Tal matéria, inclusive, registra que o número de 2021 está acima da média desde 2008, de 123,8 homicídios anuais de pessoas pertencentes a esse grupo vulnerável. Com relação à distribuição geográfica, São Paulo é o local em que esses crimes mais acontecem.

Outro tema importante na decisão é a respeito da ideia e aplicação em nossa sociedade da heteronormatividade. Trata-se de um conceito que traça uma régua de ter como “normal” tudo aquilo que provém dos padrões de condutas heterossexuais. Assim, quanto mais perto desses padrões heterossexuais esperados, maior o grau de se ter como normal - ao mesmo passo que, quanto mais distante, maior o grau de anormalidade.¹⁰

O voto traz considerações sobre a dificuldade em se tratar desses temas sobre as amarras desse preconceito oriundo da heteronormativa. Cita, então, as teorias queers, analisando inclusive a sua incipiência na literatura da criminologia brasileira.¹¹

Traz considerações do professor Salo de Carvalho, as quais tratam sobre os objetivos de tal teoria, que são justamente de desconstruir a hierarquia que existe entre hétero e homossexualidade, independentemente de gênero, e, além disso, romper com rigidez de conceitos, superando lógicas binárias que rotulam pessoas como hétero ou homo. Tais características, como hierarquização, fixidez e binarismo, acabam instituindo e legitimando formas específicas de violência homofóbica, aduz.¹²

Ao final de tal tópico, assevera que: “O sucesso do entendimento exige, portanto, a desconstrução do cenário da heteronormatividade, de sorte a permitir o acolhimento, como iguais, de pessoas com alguma diferença, para que sejam, então, tratadas com igualdade.”

Posteriormente, busca tratar sobre conceitos de gênero, sexo, identidade de gênero, etc. Utiliza, para tanto, de muitas das ideias dos Princípios do Protocolo de Yogyakarta. Trata-se de um documento elaborado por estudiosos do direito internacional

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103918110&dt_publicacao=22/04/2022. Acesso em: 08 jun. 2022.

⁸ BRASIL, 2022, p. 25

⁹ VALENTE, J. “Brasil registrou 140 assassinatos de pessoas trans em 2021”, *Agência Brasil*, Brasília, 29 jan. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2022-01/brasil-registrou-140-assassinatos-de-pessoas-trans-em-2021>. Acesso em: 10 jun. 2022.

¹⁰ CÂMARA DE ARAÚJO, D. C. A. “Heteronormatividade jurídica e as identidades LGBTI sob suspeita”. *Rev. Direito Práx.*, v. 9, n. 2, 2018, p. 657.

¹¹ BRASIL, 2022, p. 18.

¹² BRASIL, 2022, p. 18-19

dos direitos humanos, não por Estados, sobre orientação sexual e da liberdade de gênero, que traz conceitos importantes para a temática.

Cabe destacar, ainda, que outros precedentes brasileiros já aplicaram tal compilado, justificando a sua natureza de *soft law*, com *status* de orientação e que conta com a boa-fé e discricionariedade dos países para que seja dotado de eficácia.

Ao tratar sobre as discussões feministas em torno da terminologia de gênero, inclui-se o pensamento filosófico de Judith Butler. Traz a visão da autora de que existe uma idealização das normas de gênero que produz o fenômeno peculiar do sexo natural ou da mulher de verdade - o que acaba gerando uma ideia de configuração natural dos corpos, devidos em sexos que se relacionam de maneira binária.¹³

O voto do Min. Rogério, posteriormente, busca trazer considerações a respeito do art 5º da Lei nº 11.340/2006, Lei Maria da Penha, notadamente pelo fato de tal lei falar que "[...] Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero [...]."

Em uma passagem direta marcante, afirma que "[...] este debate tem por objetivo dizer que mulher trans mulher é." Destaca, assim, que a lei não pede considerações sobre eventual motivação da conduta do agressor - mas apenas que a vítima seja uma mulher e a violência ocorra em ambiente doméstico ou em relação de intimidade entre agressor e ofendida.¹⁴

Não se pode, assim, afirma, que a lei acabe por desproteger quem a Lei Maria da Penha deve proteger: mulheres, crianças, jovens, adultas ou idosas e, no caso, também as trans. Nesse sentido, cabe destacar também que o alcance da proteção das mulheres trans também ocorre por meio de uma interpretação teleológica. Explica-se.

O art. 4º da Lei Maria da Penha assevera que: "Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar".

Ao dispor isso, reflete-se uma interpretação teleológica, uma vez que se busca atender à finalidade da norma, o seu objetivo: reprimir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Não se pode, assim, utilizar-se apenas do conteúdo literal das palavras no corpo do texto, notadamente quando existe uma norma de sobredireito em sentido contrário, determinando uma interpretação mais ampliada.¹⁵

Além disso, há de se ter em mente que a violência doméstica e familiar causa abalos psicológicos na mulher, devendo então, na aplicação da lei, a autoridade considerar tais condições com o objetivo de prestar a assistência jurisdicional adequada.¹⁶

Destaca-se, no voto, ainda, que a violência de gênero é resultante da organização social de gênero, que atribuiu superioridade ao homem - nascendo assim da relação de dominação/subordinação, de modo que ela sofre as agressões pelo fato de ser mulher.¹⁷

Menciona, mais uma vez, o trabalho do "Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero" - Grupo de Trabalho instituído pela Portaria Conselho Nacional de Justiça (CNJ) n. 27, de 2 de fevereiro de 2021, que ressalta que "o conceito de gênero diz respeito a um conjunto de ideias socialmente construídas, atribuídas a determinado grupo. Essas ideias são cristalizadas no que se convencionou chamar 'estereótipos de gênero'".

Dentre os considerandos de tal recomendação, menciona-se a Convenção de Belém do Pará e o recente caso julgado pela Corte IDH sobre Márcia Barbosa, condenando o Brasil.

O voto aqui estudado ainda cita texto elaborado por Laura Gomes, no sentido de que "o verdadeiro objetivo da Lei Maria da Penha seria punir, prevenir e erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher em virtude do gênero e não por razão do sexo". Por isso, ressalta que "não abranger a Lei Maria da Penha a lésbicas, travestis,

¹³ BRASIL, 2022, p. 22

¹⁴ BRASIL, 2022, p. 26

¹⁵ MELO SOARES, 2018, p. 26.

¹⁶ MELO SOARES, 2018, p. 27

¹⁷ BRASIL, 2022, p. 27.

transexuais seria afrontar os princípios constitucionais da igualdade, da liberdade sexual e da dignidade da pessoa humana."¹⁸

Traz, ainda, considerações específicas sobre o caso concreto - estabelecendo que as condutas que estão ali descritas são de casos típicos relação patriarcal e misógina que se estabeleceu, com elementos estruturais de violência contra pessoas do sexo feminino. Destaca o objetivo da própria Lei Maria da Penha: proteger vítimas em situação como a dos autos - enumerando ainda que o fato essencial de ela ser mulher, pelos motivos já expostos.¹⁹

Tem-se, ainda, outro voto muito importante: o da Min. Laurita Vaz. Nele, é destacado inicialmente dados da agressão contra as mulheres trans, em que existem elementos típicos de crimes de ódio, em que a principal motivação do agente é justamente identificar a vítima como pertencente a um grupo vulnerável. Em suas palavras, "Faço esse breve apanhado de dados apenas para frisar que a mulher trans é agredida, em regra, exatamente por sua condição de mulher."²⁰

Destaca, ainda, que os dados revelam que a maioria das mulheres trans são vitimadas no lar por pessoas conhecidas, como o caso em destaque - sendo então o mesmo contexto cultural que ensejou a elaboração da Lei Maria da Penha, tendo por centro fundamental o repúdio à violência doméstica e familiar baseada no gênero.

Em que pese a posição acertada de proteger as mulheres trans, ao se aplicar a Lei Maria da Penha, nota-se, no entanto, na posição do STJ, uma ausência de menção a paradigmas internacionais, como por exemplo casos decididos pela Corte IDH ou tratados internacionais - casos esses, com destaque para o caso Vicky Hernandez, que serão revisitados agora.

4. A jurisprudência interamericana sobre os direitos humanos da população LGBTQIA+ e o caso Vicky Hernandez

A Corte IDH já proferiu sentenças sobre a temática dos direitos humanos da população LGBTQIA+ em 4 casos contenciosos: Atala Riffo y niños vs Chile, Duque vs Colombia e Flor Freire vs Equador, Vicky Hernandez y otras vs Honduras. Irá ser destacado o último caso, notadamente por ser um caso relativo a uma mulher trans, objeto de estudo no presente caso.

No primeiro caso, trata-se uma situação em que uma juíza, Atala Riffo, foi casada e teve 3 filhos frutos dessa relação, tendo posteriormente se separado. Momentos depois, começou um relacionamento homoafetivo, tendo iniciado uma discussão judicial com seu ex-cônjuge a respeito da guarda das crianças.

Em decisão sobre o tema, a Suprema Corte do Chile entendeu que o crescimento das crianças nesse ambiente poderia gerar danos à sua formação psicológica.

O caso chegou à Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo a decisão entendido que o Chile foi responsável pela discriminação negativa, tendo o Chile sido declarado internacional responsável pela violação dos direitos à igualdade e não discriminação, à honra, dentre outros direitos. Foi a primeira decisão da Corte IDH sobre a temática LGBTQIA+. Em passagem do voto, mencionou-se que se deve entender que orientação sexual e identidade de gênero são categorias protegidas pelo art. 1.1 da Convenção Americana, uma vez que abrangidas pela expressão "qualquer condição social" do art. 1.1 - a qual assimila que se deve escolher, na respectiva interpretação, a norma mais favorável ao ser humano.²¹

Vislumbra-se, no caso, a aplicação do denominado princípio *pro persona*, que assevera que deve ser dada prioridade à norma mais favorável ao indivíduo, tanto como

¹⁸ BRASIL, 2022, p. 28.

¹⁹ BRASIL, 2022, p. 28-29.

²⁰ BRASIL, 2022, p. 41.

²¹ ARAGON HEEMANN, T. e PAIVA, Caio. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*, Editora CEI, 2015.

forma de escolher entre os inúmeros dispositivos que podem ser aplicados a um caso concreto, como escolher uma interpretação dentre as possíveis.²²

No que tange à obrigação estatal de legislar sobre os direitos LGBTQIA+, a Corte reafirmou a obrigação de que juízes e órgãos vinculados à administração de justiça, ainda que de ofício, procedam ao controle de convencionalidade, utilizando-se como parâmetros apenas Tratados, mas também o que entende a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.²³

Desse modo, com esquite no controle de convencionalidade, devem as interpretações judiciais e administrativas ser aplicadas de forma a guardar coerência com os princípios estabelecidos na jurisprudência do Tribunal desse caso, sendo especialmente relevante no que tange à proibição da discriminação em razão da orientação sexual e identidade de gênero da pessoa, em concordância com o disposto no art. 1.1 da Convenção Americana.²⁴

Como já falado na decisão emitida pelo STJ, tornou-se ausente menção à tal controle de convencionalidade, embora o resultado tenha sido o mesmo em tese, ofendendo-se então obrigação já reiterada por diversas vezes pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No outro caso julgado sobre a temática LGBTQIA+ na Corte Interamericana, *Duque vs Colombia*, alegou-se que Angel Alberto Duque foi alvo de discriminação pelo seu país, pois não obteve pensão por morte em decorrência do falecimento de seu companheiro pois lei previdenciária do país não possui abrangência para casais formados por pessoas do mesmo sexo.

Nesse caso, mais uma vez a Corte entendeu que o princípio da não discriminação e da igualdade ingressaram no domínio do *jus cogens*, razão pela qual deve permear todo o ordenamento jurídico. Posicionou-se, ainda, no sentido de que o art. 1.1 da Convenção é norma genérica, dando a possibilidade de todos exercerem os seus direitos "sem discriminação alguma".²⁵

O caso *Flor Freire vs Ecuador* versa a respeito da baixa no serviço de um militar equatoriano, Homero Flor Freire, acusado de ter tido relações homoafetivas dentro de uma instituição militar. No caso, a Corte foi bem clara no sentido de ser obrigação dos Estados de adotarem medidas positivas para reverter situações discriminatórias que existem nas sociedades.²⁶

Mais uma vez, reafirma-se que a orientação sexual é uma categoria protegida pela Convenção. Ao final, entendeu a Corte pela responsabilidade do Equador unanimemente, pois violou o direito à igualdade perante a lei, não discriminação e à honra e dignidade.

Várias medidas foram determinadas na sentença, dentre as quais a reintegração de Flor Freire à condição de militar inativo, pagando-se os valores que deixou de receber, além de determinar que o Estado estabeleça programas de capacitação contínua e permanente dos membros das Forças Armadas sobre a proibição de discriminação por orientação sexual, dentro de prazo razoável.

Sobre os direitos LGBTQI+, importante lembrar ainda que Corte IDH emitiu a opinião 24/2017, entendendo que a Convenção Americana protege o vínculo familiar

²² ALVES LOPES FILHO, F. C. e OLIVEIRA MOREIRA, T. "Há espaço para o princípio pro persona no âmbito da racionalidade transversal do transconstitucionalismo?", *Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social*, v. 1, p. 1-19, 2020. Disponível em: <https://seer.sis.puc-campinas.edu.br/direitoshumanos/article/view/5208>. Acesso em: 22 mar. 2022.

²³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Corte IDH, Atala Riffo y niñas vs Chile*, Sentença de 24 de fevereiro de 2012, p. 80. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf. Acesso em: 15 mar. 2022.

²⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2012, p. 81.

²⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Corte IDH, Caso Duque vs Colombia*, Sentença de 26 de fevereiro de 2016, p. 30. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/SentencaDuqueVsColombia.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2022.

²⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Corte IDH, Caso Flor Freire vs Ecuador*, Sentença de 31 de agosto de 2016, p. 33. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf. Acesso em: 18 mar. 2022.

que possa derivar de uma relação de um casal do mesmo sexo, garantido todos os direitos a essas famílias.

Com relação às pessoas trans, entendeu a Corte que os Estados devem garantir que as pessoas interessadas na retificação da anotação do gênero possam fazê-lo de acordo com a sua identidade de gênero autopercebida, através de um procedimento baseado unicamente no seu consentimento livre e informado, sem exigir requisitos como certificações médicas ou psicológicas, e de forma confidencial.

Por último, tem-se o caso *Vicky Hernandez y otras vs Honduras*. Trata-se de um caso que discute a morte de Vicky, durante o golpe de estado que aconteceu em Honduras, momento em que a repressão por forças policiais e administrativas era bem intensa em face da população LGBTQIA+. Vicky, mulher trans, era conhecida na sua cidade, San Pedro de Sula, por ser ativista dos direitos humanos, notadamente com relação à população trans e também no combate a HIV.²⁷

Ligado ao tema aqui tratado, existiu uma discussão específica a respeito da possibilidade de aplicação da Convenção de Belém do Pará para proteger as mulheres trans - manifestando-se de forma positiva. No voto, recorda-se que tal convenção foi adotada para reforçar a necessidade de se garantir à mulher o direito a uma vida livre de violência tanto no âmbito público quanto no âmbito privado.²⁸

É destacado que essa violência acontece num sistema de dominação patriarcal, fortemente arraigado nos estereótipos de gênero, manifestando-se através das relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres.

Aduz, então, que a violência contra as pessoas fundamentadas em identidade de gênero, especialmente contra mulheres trans, também se encontra fundamentada em gênero, na construção social de identidades.

Destaca, ainda, que o art. 9 da Convenção de Belém do Pará insta os Estados para, que quando adotar medidas para prevenir violência contra a mulher, tomem em consideração “a situação de vulnerabilidade [...]” Entende-se, então, que tal lista de fatores não pode ser fechada, *numerus clausus*, mas apenas exemplificativa, como indica a expressão “entre outras”.

Desse modo, é razoável que se entende que a identidade de gênero é uma das circunstâncias que deve ser levada em conta, notadamente por contribuir de forma interseccional com a vulnerabilidade das mulheres.

Argumenta, ainda, baseada na jurisprudência já falada por aqui, que a Corte já decidiu reiteradas vezes que a orientação sexual e identidade de gênero são categorias protegidas pela Convenção Americana.

Atendendo-se, então, ao já argumentado, e adotando uma interpretação evolutiva, a Corte passa a entender que a aplicação da Convenção de Belém também se refere a uma situação das violências baseadas em gênero contra mulheres trans.

Recorda, ainda, a Corte que, ao aplicar esse tratado, tem-se uma noção de devida diligência reforçada, uma vez que implica em aplicar uma perspectiva de gênero na investigação e julgamento de casos de violência cometida contra as mulheres, inclusive mulheres trans, justamente para evitar uma mensagem de tolerância e permitir a repetição dos finais.

Destaca, ainda, partindo-se ao caso concreto, a situação em específico, em que Vicky Hernandez era uma mulher trans, trabalhadora sexual, que vivia com HIV e era uma ativista dos direitos das mulheres trans. Tudo isso a coloca em uma posição particular de vulnerabilidade, confluindo diversos fatores de discriminação.

Ao final, então, a Corte reforça a violação das obrigações previstas na Convenção de Belém por parte do Estado de Honduras, notadamente por não ter investigado

²⁷ GONÇALVES RIBEIRO, D. M. e KRIKI DE ANDRADE, F. e ARAÚJO CRUZ, R. C. T. de. “Transfeminicídio e direitos da personalidade: o caso Vicky y otras vs. Honduras julgado pela Corte Interamericana e os impactos jurídicos no Brasil”, *Revista Meritum*, v. 17, n. 1, p. 361, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.8817>.

²⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Corte IDH, Vicky Hernandez y otras vs Honduras*, Sentença de 26 de março de 2021, p. 35-38. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf. Acesso em: 07 jun. 2022.

adequadamente e com a diligência devida e livre de estereótipos de gêneros os fatos que levaram à sua morte.

Observa-se, então, que existe sim uma jurisprudência formada no tribunal interamericano, notadamente ligado ao princípio da igualdade e da necessidade de não discriminação da população LGBTQIA+.

Poderia ter existido, então, além do já citado controle de convencionalidade, um diálogo interjurisdicional entre o STJ e o tribunal interamericano. Pode-se definir tal diálogo como sendo as trocas, interações e compartilhamentos entre os responsáveis pela aplicação do direito, através de compartilhamentos de ideias constitucionais.²⁹

Através, o STJ teria incorporado em seus fundamentos também a normativa internacional que existe sobre a temática, uma vez que existiram várias decisões sobre a temática, inclusive uma bem recente que possui uma imensa similaridade: o caso Vicky Hernandez, julgado em 2021.

5. Conclusões

A desigualdade de gênero que permeia nossa sociedade é notória e deve envolver a preocupação de todos os profissionais do direito. Nesse contexto, com o objetivo de que se diminua uma das grandes facetas dessa desigualdade, que é a violência de gênero, foi editada a Lei Maria da Penha, em obediência inclusive à Convenção de Belém do Pará, assinada pelo Brasil.

Há de se observar, no entanto, que as vulnerabilidades acabam de certo modo se comunicando. A população LGBTQIA+, então, também sofre com essa violência, notadamente quando se trata da população trans. Interessante, então, a discussão a respeito da aplicação da Lei Maria da Penha em caso de agressão contra mulheres trans, seja no âmbito dos julgados do Brasil, seja no âmbito da Corte IDH.

Observou-se, assim, que em precedente recente do STJ, entendeu-se pela possibilidade de aplicação de tal legislação nesse tipo de agressão, uma vez que, como definiu o Min. Rogerio Schietti, “[...] em uma perspectiva não meramente biológica, portanto, mulher trans mulher é.”

No âmbito da Corte IDH, tal discussão também chegou de forma recente, no caso Vicky Hernandez vs Honduras, tendo tido tal Tribunal o mesmo entendimento - no sentido da aplicação das leis protetivas à mulheres em caso de agressões em face de mulheres trans.

Nota-se, no entanto, que tal julgado do STJ omitiu-se em dialogar com o precedente da Corte IDH, uma vez que nem mesmo o cita.

Desse modo, em que pese a decisão importante para que se coíba a violência contra as mulheres trans, aponta-se a necessidade de maior observância da jurisprudência da Corte IDH pelos atores brasileiros, seja por meio do controle de convencionalidade ou mesmo pelo diálogo das Cortes, para que os direitos humanos sejam melhor observados e se diminua a possibilidade de uma responsabilização internacional no futuro.

Referências

ALVES LOPES FILHO, F. C. e OLIVEIRA MOREIRA, T. “Há espaço para o princípio pro persona no âmbito da racionalidade transversal do transconstitucionalismo?”, *Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social*, v. 1, p. 1–19, 2020. Disponível em: <https://seer.sis.puc-campinas.edu.br/direitoshumanos/article/view/5208>. Acesso em: 22 mar. 2022.

²⁹ GIRARDI FACCHIN, M. “Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos”, *Revista Ibérica do Direito*, v. 1, n. 1, p. 53–68, 2020. Disponível em: <https://www.revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/26>. Acesso em: 11 jan. 2022.

- ARAGON HEEMANN, T. e PAIVA, Caio. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*, Editora CEI, 2015.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1977124-SP*. Ementa: Recurso Especial. Mulher Trans. Vítima de violência doméstica. Aplicação da Lei N. 11.340/2006, Lei Maria da Penha. Critério exclusivamente biológico. Afastamento. Distinção entre sexo e Gênero. Identidade. Violência no ambiente doméstico. Relação de poder e modus operandi. Alcance teleológico da lei. Medidas protetivas. Necessidade. Recurso provido. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 05 de abril de 2022, Superior Tribunal de Justiça, 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103918110&dt_publicacao=22/04/2022. Acesso em: 08 jun. 2022.
- CÂMARA DE ARAÚJO, D. C. A. "Heteronormatividade jurídica e as identidades LGBTI sob suspeita". *Rev. Direito Práx.*, v. 9, n. 2, 2018.
- GIRARDI FACCHIN, M. "Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos", *Revista Ibérica do Direito*, v. 1, n. 1, p. 53-68, 2020. Disponível em: <https://www.revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/26>. Acesso em: 11 jan. 2022.
- GONÇALVES RIBEIRO, D. M. e KRIKI DE ANDRADE, F. e ARAÚJO CRUZ, R. C. T. de. "Transfeminicídio e direitos da personalidade: o caso Vicky y outras vs. Honduras julgado pela Corte Interamericana e os impactos jurídicos no Brasil", *Revista Meritum*, v. 17, n. 1, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.8817>.
- MELO SOARES, M. M. *A possibilidade de aplicação da lei Maria da Penha às mulheres trans*. 2018. 60 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.
- OLIVEIRA VERAS, E. V. C. *A masculinidade no banco dos réus: um estudo sobre gênero, sistema de justiça penal e a aplicação da Lei Maria da Penha*. 2018. 207f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018, p. 110.
- OLIVEIRA VERAS, E. V. C. e SOUSA ARAÚJO, G. N. S. "Controle da convencionalidade dos artigos 181 e 182 do Código Penal (escusas absolutórias) nos crimes patrimoniais de violência doméstica e familiar contra a mulher", *Revista FIDES*, v. 9, n. 2, p. 40, 9 dez. 2018.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Corte IDH, Caso Duque vs Colombia*, Sentença de 26 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/SentencaDuqueVsColombia.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2022.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Corte IDH, Vicky Hernandez y otras vs Honduras*, Sentença de 26 de março de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf. Acesso em: 07 jun. 2022.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Corte IDH, Atala Riffo y niñas vs Chile*, Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf. Acesso em: 15 mar. 2022.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Corte IDH, Caso Flor Freire vs Ecuador*, Sentença de 31 de agosto de 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf. Acesso em: 18 mar. 2022.
- VALENTE, J. "Brasil registrou 140 assassinatos de pessoas trans em 2021", *Agência Brasil*, Brasília, 29 jan. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2022-01/brasil-registrou-140-assassinatos-de-pessoas-trans-em-2021>. Acesso em: 10 jun. 2022.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 25. Núm. Extraordinario (2024), pp. 514-531
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A natureza nomofilática dos precedentes judiciais e o modelo per curiam de construção deliberativa e democrática de julgamentos em cortes e tribunais

The nomophilactic nature of judicial precedents and the "per curiam" model of deliberative and democratic construction of judgments in courts and tribunals

Ricardo Tinoco de Goes¹

Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

Sumario: 1. Introdução. 2. As decisões colegiadas e o compromisso procedimental-discursivo com a legitimidade democrática de seus conteúdos. 3. Interpretação e argumentação nas decisões judiciais. 4. A natureza nomofilática dos precedentes judiciais: situando a relação entre vinculação, fundamentação e justificação das decisões colegiadas. 5. O caráter deliberativo e o modelo "per curiam" de construção das decisões colegiadas destinadas à formação de precedentes. 6. Considerações conclusivas. Referências.

Resumo: O artigo trata da necessária construção democrática e discursiva dos precedentes judiciais considerando a força vinculante ou nomofilácia que os caracteriza. Defende que a interpretação destinada à fundamentação e a argumentação orientada à justificação, para tanto, são reciprocamente complementares e, unidas, favorecem o exercício da deliberação pelos órgãos judiciais colegiados. Critica o modelo de julgamento em série, pautado pelo voto do relator, que limita as chances para a apresentação de novos argumentos e que reduz a amplitude da argumentação oferecida à construção de uma voz única para a Corte. Afirma que o modelo seriatim personifica o voto dos membros do colegiado, já que compreende o julgamento como expressão de um escore entre vencidos e vencedores. Sugere o modelo per curiam que mais se traduz pela despersonificação da participação dos juízes assegurando a circulação, a prospecção e a não circunscrição do procedimento discursivo, cuja finalidade não é a prolação de uma decisão simplesmente majoritária. Do contrário, volta-se ao julgamento qualificado pelo desvelamento de sentido, a cargo da nova hermenêutica, convergente com a potência dos proferimentos assertóricos, a cargo da argumentação,

¹ Doutor em Filosofia do Direito pela PUC/SP e Professor Associado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, lecionando Teoria Geral do Processo (graduação) e Lineamentos Filosóficos ao exercício do Direito, da Democracia e da Jurisdição (mestrado). Juiz de Direito em Natal/RN.

os quais se movem à legitimação do procedimento destinado à formação das mais diversas fontes precedenciais construídas pela Jurisdição do Estado.

Palavras-chave: Precedentes. Legitimidade. *Per curiam*.

Abstract: The article deals with the necessary democratic and discursive construction of judicial precedents considering the binding force or nomophilicity that characterizes them. It defends that the interpretation aimed at justification and the argumentation oriented to justification are reciprocally complementary and, united, favor the exercise of deliberation by collegiate judicial bodies. He criticizes the serial trial model, guided by the vote of the rapporteur, which limits the chances for the presentation of new arguments and reduces the breadth of argumentation offered to the construction of a single voice for the Court. He claims that the seriatim model personifies the vote of the panel members, since it understands the judgment as an expression of a score between losers and winners. He suggests the per curiam model, which is more translated by the depersonification of the judges' participation, ensuring the circulation, prospection, and non-circumscription of the discursive procedure, whose purpose is not the rendering of a simple majority decision. On the contrary, it returns to the judgment qualified by the unveiling of meaning, in charge of the new hermeneutics, convergent with the power of the assertive pronouncements, in charge of argumentation, which move to the legitimization of the procedure destined to the formation of the most diverse precedential sources built by the Jurisdiction of the State.

Keywords: Precedent. Legitimacy. *Per curiam*.

1. Introdução

É verdade assente que os precedentes judiciais tornaram-se fontes de induvidosa utilização, na proporção em que cresce a necessidade de conferir estabilidade e segurança às decisões judiciais, sobressaindo nesse âmbito a previsibilidade concernente à direção com que se pautam os Tribunais no julgamento de causas repetitivas.

No Brasil, eles foram considerados, a partir do sistema processual introduzido em 2015, os principais instrumentos para a estabilização dos entendimentos sufragados pelas Cortes Judiciárias, sobretudo as superiores (STF e STJ), mediante a atribuição de efeito vinculante aos seus fundamentos normativos, sendo esse o elemento ontológico para a sua definição na Ciência do Direito.

Atendendo aos primados da vinculação e da transcendência de seus efeitos,² já que voltados ao alcance de conflitos que não se restringem à singularidade de alguns litígios, mas vão abarcar outras tantas relações jurídicas estabelecidas sempre sobre a mesma temática, tornou-se necessário discutir, também, se os precedentes são construídos de modo a bem satisfazerem esse grande alcance, a considerar o grau de legitimidade inerente aos seus conteúdos.³ Isso baliza a percepção de que em razão de seu uso frequente, guiando de forma imperativa uma multiplicidade de outras decisões, o cuidado em examinar como se dão suas construções reafirma o compromisso com uma Jurisdição atenta à exigência de um processo democrático.

É a partir, então, dessa relação entre legitimidade e vinculação que se pretende, por esse escrito, apontar o necessário liame que há entre o sentido vinculante,

² SCHILLING FERRAZ, T. *O precedente na Jurisdição Constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*, Saraiva, São Paulo, 2017, p. 250.

³ MAZZONI WELSCH, G. *Legitimação democrática do Poder Judiciário no novo CPC*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017, p. 146.

historicamente obtido a partir da chamada natureza nomofilática,⁴ pertencente aos precedentes, com esse outro sentido, congruente com o tipo de decisão colegiada, destinada que é à formação dessas fontes jurídicas. Esse sentido requer assegurada a legitimação de seus conteúdos, a partir de uma argumentação que sugere a construção do ato decisório pela intensa participação, em debate, de todos os membros componentes do órgão jurisdicional colegiado.

Volve-se a atenção, portanto, à conjunção entre o pressuposto vinculatório, resultante da natureza nomofilática dos precedentes judiciais e o princípio democrático, que se destina a assegurar legitimidade à decisão, base que é para a edição do precedente judicial. É o reconhecimento, desde já consignado, de que configura claro desacerto prover segurança, estabilidade e previsibilidade, características que decorrem da nomofilaquia, se a origem do precedente estiver desvinculada da preocupação com o sentido de legitimidade que deve revesti-la.

Com esse alvitre, o presente texto afunila-se para trazer ao debate a necessária definição do modelo ou paradigma de decidibilidade colegiada em Cortes e Tribunais, a fim de que essa conjunção, antes indicada, seja de fato concretizável.

Pretende-se, portanto, nos tópicos seguintes, oferecer balizas teóricas que permitam, ao final, compreender-se de que modo podem os órgãos colegiados dos tribunais se desincumbirem da melhor maneira para garantirem que a construção de suas decisões possa refletir a também necessária legitimidade, assim vista como a coincidência entre os seus conteúdos e o substrato argumentativo-discursivo que as precedeu.⁵ Isso a considerar todos os pontos de debate e de discussão sobre os fatos e os fundamentos normativos que lhe deram pouso.

Esse construto tomará por base o exame sobre o método de decidibilidade colegiada, pondo-se em comparação o que a tradição nos legou, a saber, os modelos *seriatim* e *per curiam* de julgamentos colegiados. Por eles se buscará traduzir como e com qual finalidade a decisão colegiada poderá se estabelecer no cenário da normatividade jurídica, agora, exatamente numa época em que sua conceituação muito se amplia, situada que está para além da missão histórica de prover a pacificação individual e coletiva de conflitos.

2. As decisões colegiadas e o compromisso procedimental-discursivo com a legitimidade democrática de seus conteúdos

O princípio democrático afigura-se como uma das vigas mestras do sistema jurídico-constitucional. Ele se situa na base do Estado Democrático de Direito, cuja definição aponta para o compromisso das instituições que o integram com o exercício legítimo do poder que lhes é outorgado pela Lei Maior.

Com a Jurisdição não é diferente. Ainda que se reconheça que muito oscila a compreensão sobre o sentido de legitimidade que se deve esperar das decisões judiciais, já que correntes do positivismo e do pós-positivismo jurídico arrimam-se em argumentos que se extremam para definir com grande distinção o alcance desse significado, é possível dizer que a partir da própria evolução do conceito de democracia, o grau de compreensibilidade sobre a legitimação democrática veio sendo, igualmente, modificado.

Em linha com esse aspecto pode-se afirmar que se para o positivismo jurídico a legitimação dos atos decisórios, oriundos da Jurisdição, era advinda do percurso procedimental previsto na legislação em abstrato, de modo que o cumprimento irrestrito das regras secundárias do processo e do procedimento, seria o requisito para que juízes e tribunais expressassem, legitimamente, o seu livre convencimento sobre o tema a

⁴ CALAMANDREI, P. *La casación civil: bosquejo general del instituto*, Editorial Bibliográfica Argentina, Santiago, 1945, v. 2, p. 129.

⁵ Em trabalho anterior, tive a oportunidade de discutir o pressuposto da legitimação decisória ao propósito de prover a construção argumentativa das decisões que ensejam a formação de precedentes. A esse respeito: TINOCO GOES, R. "O novo CPC e a alegoria da charneira: uma inflexão filosófica ao mito da segurança em Pindorama", em *Os juízes e o novo CPC*, Juspodium, Salvador, 2017, p. 413-430.

decidir, valendo-se também da subsunção enquanto técnica mecânica de regulação dos fatos pela moldura normativa; para o pós-positivismo, esse trajeto, isoladamente considerado, já não mais satisfaz o postulado da legitimidade decisória. Exigências de uma renovada epistemologia jurídica passaram a prefigurar o tipo ideal de decisão, comprometido não só com a vinculação do juiz à gênese normativa, mas sobretudo com a construção do seu conteúdo.⁶

No âmbito das decisões colegiadas, vertente considerável do pensamento acadêmico tem compreendido que a legitimidade de seus conteúdos encontra-se indissociavelmente atada à potência argumentativa dos seus prolores. Muito interessa notar que essa via discursiva ou argumentativa não se distancia do postulado procedimental, posto ser compreendida dentro do que prestigioso segmento dessa mesma leitura nomina de *discurso jurídico*, cujo procedimento se volta à *pretensão de correção racional* do discurso⁷ e, por consequência, da decisão jurídica e, no que aqui interessa, da decisão judicial.

Quer dizer: assume-se, por essa rota, que nem todo procedimentalismo representa um compromisso estrito e exclusivo com o formalismo jurídico-positivista, no sentido de obter o seu sentido, a partir apenas do cumprimento exaustivo das formas ou etapas procedimentais formalmente estabelecidas. Ou dizendo-se de um modo mais direto: a decisão judicial não é legítima simplesmente porque o órgão que a prolatou cumpriu etapas de um procedimento formal, composto por atos que, reunidos, levaram o juiz ou o tribunal a dispor de condições cognitivas suficientes para proferir o julgamento.

Não se trata, assim, de um procedimento que propicie ao juiz a descoberta de uma verdade objetiva, subjetivamente captada pela consciência do julgador, para que, concretamente, seja oferecida a resposta estatal ao conflito que lhe foi posto à apreciação. Cuida-se, em verdade, de um procedimento comprometido com o conteúdo, com a substância, que a partir do primeiro argumento lançado como um proferimento, serviu como asserção dinamicamente captada pela circularidade discursiva voltada ao consenso.

O procedimento de que aqui se fala é, assim, um método discursivo, pautado pela circularidade dos argumentos que são postos à mesa, etapa a etapa, a partir da significação e da ressignificação que em cada horizonte de sentido, pertencente a cada um dos componentes do colegiado, repõe, por fusão desses mesmos horizontes,⁸ o sentido da verdade desvelada, como se, metaforicamente, estivéssemos a tratar de uma escultura em lapidação.

Se a decisão a advir é informada pelo princípio democrático, como aqui se assentou, o mínimo a se esperar do procedimento que lhe é destinado, é exatamente o compromisso com a construção argumentativa do seu conteúdo. A fonte de onde promana a discursividade destinada a esse objetivo é o argumento jurídico e a sua potência legitimadora. Aliam-se, assim, o imperativo constitucional e normativo da democracia com a natureza argumentativa e discursiva da construção do conteúdo da decisão judicial.

A tanto, examinemos como se pode compreender o procedimento argumentativo, sua base teórica, sua relação direta com a interpretação e a fundamentação da decisão e, ao final, sua contribuição ao que se seguirá em tópico

⁶ CÁRCOVA, C. M. *As teorias jurídicas pós-positivistas*, Casa do Direito, Belo Horizonte, 2016, p.218. A esse respeito, o autor refere às “revoluções linguística e hermenêutica” que presidiram o novo modo de conceber a decisão judicial.

⁷ Conceito corrente adotado pelas mais diversas vertentes da Argumentação Jurídica. A propósito: ALEXY, R. *Constitucionalismo discursivo*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011, p. 25; HABERMAS, J. *Facticidade e validade*, Unesp, São Paulo, 2020, p.177.

⁸ GADAMER, H. G. *Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica*, Vozes, Rio de Janeiro, 2007, p. 73. Vale destacar o trecho: “Se falo em meus próprios trabalhos sobre a necessidade de que o horizonte de um venha a se fundir com o horizonte do outro em toda compreensão, então essa afirmação também não visa verdadeiramente a nenhum uno permanente e identificável, mas essa fusão acontece no diálogo que prossegue.”

imediatamente posterior, voltado que é a identificação e posicionamento dos precedentes judiciais e sua natureza nomofilática, cujo compromisso é desde sempre pautado pelo primado da segurança jurídica.

Ao final, propomos situar o estudo no âmbito dos modais que servem às decisões colegiadas, pondo-se em destaque o modelo *per curiam*, concebido a serviço da construção de uma voz uníssona para a Corte.

3. Interpretação e argumentação nas decisões judiciais

O Racionalismo cientificista, estruturado segundo a potência heurística atribuída à razão,⁹ assumiu historicamente o papel de fio condutor da cientificização do Direito, logrando impor univocidade aos sentidos conferidos às fontes jurídicas, as quais serviram para veicular conceitos ou elos super-rígidos para a formação da dogmática jurídica.¹⁰

É certo que com o apogeu do legalismo e sua clara relação com o papel do legislador racional, essas características marcaram o modo com que os juízes e os tribunais lidaram com a legalidade e por consequência com a finalidade de interpretar e de aplicar as leis.

Interpretar as fontes normativas produzidas pelo Parlamento sendo fiel à “vontade do legislador” e, com isso, expressando objetivamente as verdades que desde sempre estiveram alicerçadas nesses comandos, foi a atividade principal legada pelo racionalismo ao seu herdeiro direto: o positivismo jurídico, de inflexão imediatamente voltada à consciência do julgador.

Era o paradigma da Filosofia da Consciência informando com plenitude a missão de julgar.¹¹ Dizer o direito seria unicamente professar as palavras que, literal e gramaticalmente, poderiam basear o sentido único e indelével da *mens legislatoris*.

Um efeito imediato foi percebido nesse contexto histórico: o emudecimento das fontes primevas da Argumentação Jurídica, de inspiração aristotélica e seu liame autêntico com a discursividade e a dialeticidade que deram esteio ao pensamento jurídico da Antiguidade. A oratória e sua evidenciada ambiência reflexiva, muito situada no interesse persuasivo, já presente, desde as *eclesias* e que era prática corrente e necessária, esvaneceu-se, sendo assim minorizada. O valor do julgamento passou a ser compreendido pela capacidade de extrair o sentido e o alcance da norma, como predizia o escólio de Carlos Maximiliano. O sentido já é sempre dado. O que é construído resulta só de um silogismo, de uma inferência, presididos pela lógica formal e pela capacidade de concatenação objetiva entre premissas e consequências.

Ultrapassando essa perspectiva, não tratamos aqui de ofuscar a essencialidade dos marcos normativos que sempre se prestaram à tarefa de balizar os atos de poder que servem ao Direito, dentre os quais as decisões, individuais e colegiadas, do Poder Judiciário. Esses marcos são sempre interpretados, ainda que apenas para ratificar o sentido imediato e vocabular de suas expressões gramaticais, mesmo quando relativizam a sentença que se estruturou no brocardo *in claris cessant interpretatio*.¹²

A interpretação sempre foi uma obsequiosa forma de compreender a tarefa do juiz, quando vista pelo elo que o mantém fiel ao sentido de imparcialidade e à finalidade de prover justiça a partir de suas decisões. Interpretar é a ação que busca mediar a compreensão sobre algo dito ou escrito por alguém.¹³ Sua relação com o papel reservado à Jurisdição denota cuidado, zelo e compromisso com as conclusões que se voltam aos outros, aos destinatários do julgamento e à aplicação do Direito Material. Daí seu vínculo inexorável com o sentido normativo e, com isso, a estreita ligação

⁹ PALOMBELLA, G. *Filosofia do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 153.

¹⁰ PASQUALINI, A. “Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível”, em ABREU BOUCAULT, C. E. e RODRIGUEZ, J. R. *Hermenêutica plural*, Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 164.

¹¹ STRECK, L. L. *Verdade e consenso*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 10.

¹² “Diante da clareza, cessa a interpretação.”

¹³ LACOMBE CAMARGO, M. M. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 19

presente entre interpretação e aplicação das leis, essas últimas consideradas pela tradição juspositivista como as principais fontes formais do Direito.

Ocorre que o sopro democrático que varreu o mundo, depois do segundo pós-guerra, tornou impostergável o retorno às fontes retóricas do passado. Aliaram-se a isso as novas vertentes jusfilosóficas que deram outros contornos à propedêutica jurídica, revelando-se, assim, como pós-positivistas, a emblematizarem o sentido maior, não de superação, mas de complementação e ressignificação das fontes positivistas que alicerçaram a Teoria Geral do Direito.

Afinal, a própria compreensão conceitual do Direito sinalizava agora um retorno ao debate Moral com sua inevitável repercussão para a validade do sistema normativo produzido pelo Legislador, a par da reflexão sempre presente em torno do exame sobre a constitucionalidade do que é editado pelo Parlamento, sobretudo para evidenciar o seu compromisso com o alcance das grandes promessas assumidas pelo Poder Constituinte.

Pôs-se às escâncaras o desafio de tornar objetivamente apreensível o sentido das normas jurídicas, mas sem menoscabo ao modo como os seus conteúdos foram edificados. Fomentou-se a preocupação com a crítica e com a reflexão, além da possibilidade de pôr em dúvida o conteúdo de premissas normativas situadas diante do caso concreto e da complexidade no qual o mesmo se encontrava inserido.

Daí o incremento dos estudos voltados ao exame sobre a constitucionalidade das leis e dos atos normativos; sobre a interpretação conforme e de acordo com o texto constitucional; sobre a sistematização da hermenêutica em relação à pluralidade e à diversidade de outras fontes formais, agora já apontando para o sentido de globalização com que o Direito passou a se revestir. Retomou-se a importância de se interpretar também segundo o Direito Comparado, os Tratados, as Convenções, enfim, com a plenitude das fontes normativas e jurígenas que passaram a integrar o universo normativo a serviço da Ciência Jurídica.

Mas como fazer a crítica? Elaborar metodologicamente a dúvida? Como estabelecer de modo racional os critérios que possibilitariam colocar em sintonia o fruto da interpretação com essa necessária exigência em demonstrar sua vinculação com a correção crítica e reflexiva em torno dos seus conteúdos? Afinal, a História do Direito, agora, impõe o oferecimento de respostas interpretativamente conducentes à objetividade do conteúdo da decisão jurídica e judicial ou impõe mais: obriga que essa objetividade se volte à identificação do meio e do modo com que se considerou a construção dessas respostas? O sentido e o significado da segurança pretendida com a resposta objetiva frente ao conteúdo de uma lei reduz-se à apresentação de sua compreensão frente ao caso? Ou representa a ascense, pela evidenciação do modo crítico e reflexivo com que essa compreensão foi sendo construída, pouco a pouco?

Retoma-se, assim, o valor da argumentação,¹⁴ verdadeiro elo perdido, diluído na memória do tempo e secundarizado pela opacidade que o Racionalismo do início da Modernidade e sua redução formalista empreendeu sobre o Direito.¹⁵

Volve-se agora a atenção para o fato de que se a interpretação adequadamente se impõe, a fim de que se enobreça a compreensão deontológica em torno das normas jurídicas, principalmente as regras que se inserem nas Leis, exige-se, por igual, que a argumentação se reerga para que sirva à compreensão sobre o modo e o meio com que se firmou o sentido hermenêuticamente atribuído a essas fontes.

De um lado, o estabelecimento do sentido hermenêutico que se desvela; do outro, a argumentação em torno da maneira como esse sentido é tomado, segundo o contexto dialógico que é inerente à formação endoprocessual da decisão judicial. Essa dualidade atua na arena composta pelos atores/sujeitos do processo com o juiz, a considerar as decisões singulares, e no ambiente decisório colegiado, constituído pelos

¹⁴ ATIENZA, M. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*, Landy, São Paulo, 2003, p. 17.

¹⁵ GOYARD-FABRE, S. *Filosofia crítica e razão jurídica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, pp. 11-58.

magistrados que o integram, além de todos aqueles que, legitimamente, também devam intervir para a construção do seu conteúdo, como se dá com a figura jurídica do *Amicus Curiae*.¹⁶

Contudo, essas linhas, destinadas a identificar o modo próprio de produzir-se a decisão judicial, seguiram, no então “estado da arte”, postulados que se extremaram e que terminaram por excluir a contribuição que, de parte a parte, poderia ser gerada, uma para a outra.

A nova hermenêutica bastou-se, por seus postulados, ao proclamar que o desvelamento do sentido do texto destinado à norma e aos fatos conferiu por si a compreensão necessária ao sentido da decisão. Esse desvelamento se dá a partir de horizontes que se fundem na pré-compreensão que se tem, segundo uma dada tradição e um evoluir de historicidades (histórias efectuais) que se entrecruzam, conferindo o entendimento necessário ao sentido da decisão.

De sua vez, a argumentação jurídica confinou-se no platô de um *iter* ou caminho procedimental que desprezou a apreensão do sentido situada na subjetividade do intérprete, em casos difíceis, passando a estabelecer que as razões do Direito situam-se nas pretensões de validade do discurso, que reciprocamente dispostas, serviriam para gerar a produção do sentido próprio, discursivo e único, à norma da decisão, sendo a interpretação incapaz de lidar objetivamente com a questão das valorações.¹⁷

Contudo, importa perguntar: a fundamentação, a cargo da interpretação, dissocia-se da justificação, a serviço da argumentação? A complexidade do fenômeno jurídico não poderia impor a conjunção e a convergência desses vetores que linguisticamente situados servem para a edificação de uma adequada Teoria da Decisão Judicial e, por principal, dos Precedentes Judiciais? Em outros termos: o fato de ao intérprete desvelar-se o sentido do caso, obsta que o sentido final a dar suporte à decisão, resulte de uma simultânea atividade argumentativa que, somada à interpretação, promova um alto grau de reflexividade e de discursivamente situadas? E, por fim: não seria compreendendo a simultaneidade entre a interpretação que fundamenta e a argumentação que justifica que se poderia estabelecer o grau adequado de legitimidade para o conteúdo das mais diversas decisões judiciais e, por principal, dos precedentes que possuem natureza nomofilática?

Em passo seguinte, veremos como essa convergência de pretensões pode realmente conduzir à finalidade vinculatoria alvitada pelo sistema de precedentes.

4. A natureza nomofilática dos precedentes judiciais: situando a relação entre vinculação, fundamentação e justificação das decisões colegiadas

Micheli Taruffo foi preciso ao dizer que “(...) com fórmula sintética, pode-se falar de “nomofilaquia através do precedente” para indicar que a função típica de uma corte suprema é a de garantir o respeito uniforme à lei, através de decisões “generalizáveis” e projetadas para o futuro.”¹⁸

Em linha com essa diretriz, tornou-se igualmente assente que são os fundamentos da decisão que possuem essa característica vinculatoria, porquanto o respeito uniforme a que se refere Taruffo está indissociavelmente relacionado à fundamentação que deu guarida ao conteúdo da decisão. É, portanto, na *ratio decidendi*, enquanto “direto fundamento da decisão sobre os fatos específicos do caso”¹⁹ que se sedia o liame a vincular a decisão aos casos futuros, tornando-a um autêntico precedente.

Com ser assim, as razões que dão supedâneo à decisão, fundamentando-a, são sempre normativas. Essa afirmação guarda direta sintonia com o caráter de integridade e de coerência que reveste a aplicação do Direito aos casos concretos, ainda que se

¹⁶ PINHEIRO PEREIRA, C. A. M. *Jurisdição procedimental: o agir comunicativo da opinião pública através do Amicus Curiae*, Juruá, Curitiba, 2018, p. 122 e ss.

¹⁷ ALEXY, R. *Teoria da argumentação jurídica*, Landy, São Paulo, 2005, p. 33-56.

¹⁸ TARUFFO, M. “Precedente e jurisprudência”, *Civilistica.com.*, a. 3, nº. 2, 2014, p.14. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>.

¹⁹ TARUFFO, 2014, p. 7.

compreenda o sentido de normatividade no âmbito da perspectiva pós-positivista, como se dá na leitura do Direito como Integridade de R. Dworkin, que promove e concede aos princípios a estatura de primazia dentre as fontes do Direito.²⁰ É que enquanto função secundária do Estado, a Jurisdição, mercê do debate que norteia a atividade de criação que também, por muitos, reconhece-se ao Juiz e aos Tribunais, é balizada pela normatividade jurídica que deflui da legislação e principalmente pelos princípios que brotam do texto constitucional.

Mas a fundamentação ocorre pela via hermenêutica, como explicam as vertentes teóricas que compreendem a interpretação, ora como uma atividade mecânica, de extração de sentido, própria da Filosofia da Consciência, ora como um desvelamento de sentido que arrebatava o intérprete em sua mundanidade, inerente à prestigiosa visão que se centra na Filosofia da Linguagem.

Então, o elo entre interpretação e fundamentação é claro e evidente, assumindo a decisão judicial a natureza de um ato que, num dado sentido, é o repositório dos significados construídos *intersubjetivamente* sobre cada caso concreto, a partir da base normativa que, abstratamente, conduziu o(s) intérprete(s) à compreensão do fenômeno jurídico sujeito ao crivo da Jurisdição.

Como professa Bianor Arruda Bezerra Neto: "Fundamentação e justificação, portanto, não se confundem, devendo ser lembrado que interpretar é já também explicitar, enquanto justificar, argumentando, é expor os critérios que presidem as decisões que antecederam as ações e, por conseguinte, todas as pequenas decisões que compõem a decisão maior que redundam na narrativa do magistrado."²¹

Essa referência ao trecho emanado do autor guarda grande relevância para o estudo em torno da legitimidade dos precedentes e sua natureza nomofilática, como apontada por Taruffo com supedâneo em Calamandrei. É que na *ratio decidendi* das fontes precedenciais há a necessidade de alvitram-se os fundamentos e os argumentos que deram pouso ao ato de decidir, isso a considerar suas origens, partidas, respectivamente, da interpretação e da argumentação levadas a efeito pelo Juízo que proferiu o ato decisório.²²

É nesse amálgama entre interpretação e argumentação que se situa o que chamamos de controle de legitimidade da decisão judicial, posto que a interpretação realizada em torno das narrativas linguisticamente situadas sobre o caso concreto enseja a construção do sentido diretivo do ato decisório, pois "(...) a decisão implica a construção da própria narrativa do juiz, a qual poderá até coincidir, total ou parcialmente, com a narrativa dos fatos sociais, dos fatos jurídicos e da relação jurídica apresentada pelas partes"²³ ao tempo em que os argumentos de que se valem o Juiz ou o Tribunal para bem expor essa convicção, servem para justificar, perante a esfera pública, essas mesmas razões.

Nesse sentido, tenho compreendido que essas atividades são complementares, na esteira do pensamento de Paul Ricoeur. É que a interpretação e a argumentação são

²⁰ DWORKIN, R. *O império do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2003, pp. 273-274. A propósito: "(...) A integridade não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. Exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar. Insistem em que o direito – os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa."

²¹ ARRUDA BEZERRA NETO, B. *O que define um julgamento e quais os limites do juiz?*, Noeses, São Paulo, 2018, p. 212.

²² ARRUDA BEZERRA NETO, 2018, p. 82. Veja-se esse trecho: "Na visão da construção da decisão aqui exposta, a hermenêutica é a atividade que permite a fundamentação da decisão judicial, porque somente ela possibilita a atribuição de sentido à linguagem, mas é a argumentação que é capaz de justificar a decisão tomada, de modo que uma atividade não existe sem a outra."

²³ ARRUDA BEZERRA NETO, 2018, p. 109.

reciprocamente interdependentes, sendo a primeira, como diz o autor, “o *órganon* da inferência”,²⁴ pois diferentemente do extremismo que preside as visões de parcelas consideráveis da Hermenêutica Filosófica e das Teorias da Argumentação, não me conforta qualquer posição que cometa a uma ou a outra a exclusividade da construção do sentido para cada decisão.²⁵

A força do melhor argumento nasce dos proferimentos que partem de todos os atores do processo, porquanto não se apartam dos sentidos que vão se desvelando, passo a passo, a cada pré-compreensão que se firma sobre as narrativas carreadas a esse *locus* de discussão.²⁶

Ademais, o ponto de convergência entre vinculação, fundamentação e justificação das decisões que servirão de precedentes é o sentido deliberativo que é da essência da Jurisdição Democrática. Ele acentua a constatação de que muito além da construção de sentido, as razões justificadas se propõem a levar confiabilidade sobre o conteúdo da decisão, especialmente porque, pela via deliberativa, sempre podem ser revisitadas, aperfeiçoando o convencimento judicial.²⁷

A deliberação, como se verá em tópico seguinte, inclui todos os interessados e concernidos à participação, tornando-se o elo entre a fundamentação e a justificação da decisão, bem assim assumindo o sentido de um construto coletivo, qualitativamente medido pela intensidade dos argumentos expostos à crítica e conducente ao alcance de consensos eventualmente possíveis, devotados à identificação da posição assumida pelo Juízo colegiado.

5. O caráter deliberativo e o modelo “*per curiam*” de construção das decisões colegiadas destinadas à formação de precedentes

Até aqui viu-se que a despeito da base normativa que sempre serviu como pressuposto para a interpretação e a argumentação judiciais, o princípio democrático impõe o exame sobre a legitimidade conteudística desses atos de poder, a qual, inevitavelmente, encontra-se atada às funções de fundamentar e de justificar esse mesmo conteúdo, publicamente.

Daí em diante, viu-se também que é possível sustentar a reciprocidade entre a interpretação e a argumentação, posto que predispostas às finalidades de prover fundamentação e justificação para as decisões, respectivamente.

Falta, então, compreender como essa reciprocidade se estabelece a considerar o mote que serviu de inspiração ao presente texto, relacionado que é à força ou natureza nomofilática das decisões colegiadas que confere identidade aos precedentes judiciais.

Suspeita-se que é pela via deliberativa que se pode conceber essa relação interpenetrante e interdependente e sugere-se que, a esse objetivo, deva concorrer um tipo específico de deliberação, adequada e condizente com a especificidade do papel constitucional reservado aos órgãos colegiados de Jurisdição, principalmente os superiores.

Esse tipo específico de deliberação, metodologicamente disposto, insere-se num procedimento de julgamento que favorece a construção de uma posição para a Corte, posto que claramente voltado à inclusão, problematização e discussão que são as premissas para um autêntico modo de decidir democraticamente.

Trataremos, pois, de como é possível prover e controlar o grau de legitimação dos atos decisórios de Cortes e Tribunais, conducentes à construção dos precedentes judiciais tendo em mira a definição desse tipo adequado de julgamento.

Ao cumprimento dessa tarefa importa tratarmos sobre o sentido da deliberação que pode ser encampado pelos órgãos colegiados que integram a estrutura da Jurisdição estatal.

²⁴ RICOEUR, P. *O justo*, Martins Fontes, São Paulo, 2008, v.1, p. 168.

²⁵ RICOEUR, 2008, p. 168.

²⁶ LACOMBE CAMARGO, 2003, p. 257.

²⁷ LACOMBE CAMARGO, 2003, p. 257.

A esse respeito, Hubner Mendes elenca as razões essenciais que justificam a prática deliberativa em Cortes e Tribunais, sobretudo se comparada a mera agregação de posições individuais.²⁸

Afirma, então, em primeiro lugar, que o engajamento interpessoal marcado pela deliberação tem o potencial de esclarecer e de estruturar quais as premissas do caso a decidir que estão postas à mesa; depois, tem a capacidade de maximizar o contingente de informações que se destinam a embasar a decisão; denota ainda a chance de ensinar o surgimento de soluções criativas não antecipadas por quaisquer dos seus membros, isoladamente e, por fim, alcança o estágio de uma decisão substancialmente superior.²⁹

Sobre esse conjunto de características, ele acrescenta: "Essas promessas de deliberação, se sólidas, revitalizam ainda mais a maioria das razões independentes de deliberação"³⁰; arrematando: "Um colegiado deliberativo se despersonaliza porque seu produto é diferente da soma de pareceres pré-deliberativos (mesmo que a decisão ainda seja *seriatim*); torna ainda mais inequívoca a abertura do Direito a uma pluralidade de vozes (uma vez que a deliberação torna presentes vozes que não estão na sala); e muda a chave epistêmica de um modo puramente quantitativo para um modo argumentativo."³¹

Realça-se pelos fragmentos em destaque a guinada propiciada pela deliberação na perspectiva que interessa ao presente escrito. Cuida-se da mudança do que o autor nomina de "chave epistêmica" quer dizer, a motivação científica que com a deliberação torna central a argumentação jurídica, em substituição a uma mera soma de cabeças.³²

Aliás, em pesquisa empreendida anteriormente, nomeiei de "majoritarismo qualitativo" o ideal perseguido pelas decisões judiciais colegiadas, marcadas pelo construtivismo argumentativo. Ali consignei que "(...) não se cuida, pois, de uma regra majoritária pura, que expressa o quantitativo dos que apenas somam, como num plebiscito, um número maior de argumentos (...),"³³ explicando, em seguida, que se trata de um majoritarismo também qualitativo, sobre o qual se pode dizer de uma regra que corresponde não só aos que mais argumentam, mas, principalmente, aos que "*mais argumentam melhor*"³⁴

O sentido qualitativo marcado nessas expressões tem nítido compromisso com as características procedimentais que considero essenciais para a construção de decisões colegiadas, as quais se somam às pretensões de validade do discurso jurídico, sempre lembradas por portentosa matriz filosófica a serviço do Direito Democrático.³⁵

Assim, do ponto de vista estritamente procedimental, assumo que a qualificação que adota o modelo deliberativo presa está à abertura ao dissenso, sempre retomada quando do ingresso de novos argumentos dissidentes; à circularidade do argumento, que enseja a tomada de novas posições acerca de seus potenciais assertóricos; à progressividade das discussões que balizam o sentido finalístico do ato de decisão, impedindo o retrocesso; a simetria entre as posições dos interlocutores; à crença e o

²⁸ A esse respeito, essencial a leitura integral da obra: HUBNER MENDES, C. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Oxford University, New York, 2013. Nela, o autor aponta razões convincentes para a defesa de um modelo deliberativo aplicável aos Tribunais e Cortes Constitucionais a considerar a missão que lhes é historicamente conferida.

²⁹ HUBNER MENDES, 2013, p. 66.

³⁰ HUBNER MENDES, 2013, p. 68.

³¹ HUBNER MENDES, 2013, p. 68.

³² Alude-se às expressões "soma de cabeças" o método meramente agregativo, voltado à soma de votos dos membros do Tribunal, responsável por uma decisão que se expressa somente pelo critério majoritário.

³³ TINÔCO GOES, R. T. *Democracia deliberativa e Jurisdição: a legitimidade da decisão judicial, a partir e para além da teoria de J. Habermas*, Juruá, Curitiba, 2013. p. 222.

³⁴ HUBNER MENDES, 2013, p. 68.

³⁵ Reporto-me aqui às pretensões de validade dos atos da fala de Austin e Searle que na teoria de Jürgen Habermas são postas a serviço do discurso jurídico, a saber: inteligibilidade, verdade, veracidade, retitude ou sinceridade. A conferir em HABERMAS, J. *Verdade e justificação*, Loyola, São Paulo, 2004, p. 109.

desejo numa eventual e possível *consensualidade*; a *não circunscrição* do procedimento a uma pauta prévia de valores, salvo os de origem normativa; à *despersonificação* dos integrantes do colegiado, que assumem a condição de atores (falantes e ouvintes) da construção lógico-semântica da decisão e, por fim, o *caráter prospectivo*, que se centra na convicção de que, malgrado a decisão a construir reporte-se ao passado (pretérito das narrativas que compõem a base litigiosa sobre a qual se refere a decisão), ela se lança ao futuro, já que representa uma posição da Jurisdição em torno dos fundamentos e razões que embasaram a lide.

Com isso, a deliberação situada está no propósito de construir a decisão colegiada. A essência do julgamento repousa no elo entre os fundamentos normativos que associados à base fática trazida a juízo desvelam-se no sentido gadameriano e simultaneamente se colocam no alvo da argumentação que se propõe a justificar o conteúdo da decisão em construção. Numa só frase: a essência do ato de decidir encontra no amálgama entre interpretação e argumentação, na perspectiva de Ricoeur, a base sólida que torna única, nesse sentido procedimental e discursivo, a própria decisão.

Compreende-se, assim, que o agir deliberativo da Corte ou Tribunal desenvolve-se a um só tempo, quando pelo sentido que se desvela interpretativamente, retoma-se o seu conteúdo no plano apofântico ou discursivo. A decisão resultará naturalmente dos sentidos que interpretativamente desvelados recebem, etapa a etapa, os acréscimos da argumentação que, procedimentalmente, possui as características acima listadas.

E aqui principia o ponto que guiará o exame em torno da questão que concerne à formação dos precedentes judiciais e o seu caráter nomofilático. Trato da percepção de que se mostra imperativamente necessária a deliberação entre os membros desses órgãos colegiados, justamente porque o conteúdo da decisão que se destina àquele fim precisa reter forte compromisso com o sentido de legitimidade que deve assumir.

É essa legitimidade que traduz o valor democrático, ínsito à deliberação, pois, como bem vaticina Hubner Mendes: "é provavelmente por isso que as principais afirmações de muitos democratas deliberativos são dirigidas à esfera pública informal ou às instituições formais participativas. Em ambos os cenários, a deliberação genuína incorpora uma conquista cívica que, qualquer que seja a consequência, é politicamente significativa. Importa para a identidade de uma comunidade política como um todo e encarna uma ética geral de cidadania."³⁶

A certeza de que é a *ratio decidendi* dos precedentes judiciais que permite a outras tantas futuras decisões tornarem-se vinculadas ao seu conteúdo, só se sustenta, num cenário informado pela democracia constitucional, se resultar dos potenciais deliberativos marcados por essa tessitura procedimental e discursiva.

O grau de aplicabilidade desse parâmetro dá-se à luz dessa informação republicana, de base cívica, criando claro vínculo com a eticidade de um discurso público, gestado e desenvolvido pelas esferas públicas cidadãos.

Em sendo assim, então é perguntar: como promover esse liame de eticidade pela via deliberativa, quando o procedimento adotado pelas Cortes e Tribunais não se conforta necessariamente com a modelagem argumentativa e discursiva que atende às características de *abertura ao dissenso*, *circularidade*, *progressividade*, *simetria*, *consensualidade*, *não circunscrição valorativa ou axiológica*, *despersonificação e prospecção*?

Se é certo que é no nível apofântico que se assegura a abertura necessária para que novos proferimentos ingressem no debate, gerando uma circulação dinâmica de atos da fala assertóricos capazes de produzir efeitos performativos, simultaneamente, entre falantes e ouvintes, também é certo que se diga que um procedimento decisório que se afasta do propósito comum, correspondente à construção gradativa da decisão colegiada, enquanto voz única da Corte, dificilmente absorverá essa potência discursiva, que alia a decisão à conquista cívica a que se refere Hubner Mendes.

Aqui lanço a proposição de fundo que me dedicarei a defender. Trato da compreensão de que um procedimento formulado em série, mediante a qual cada um

³⁶ HUBNER MENDES, 2013, p. 69.

dos membros do Tribunal apresenta as razões de seu entendimento (voto) sobre o caso a decidir, apenas com a expectativa de que os demais, por simples adesão ou, se muito, por meio de uma argumentação calcada exclusivamente nessas razões, possam se somar àquela posição prévia, parece-me carecer da melhor condição ao alcance daquele objetivo.

É o que se dá com o clássico modelo *seriatim* pelo qual cada um dos juízes oferece suas razões, na maioria das vezes por texto escrito, e os demais ajuntam-se, aderindo ou acrescentando outras tantas razões com o mesmo desfecho, para ao final, por simples maioria, assinalarem o que seria a posição da Corte. Assim se desenvolve o procedimento, mesmo que exprima, claramente, um considerável *deficit* argumentativo em sua base, em sua formação e, na verdade, represente em síntese a vontade de uma simples maioria.

Aliás, incomum não é, inclusive, que somente um dos juízes – o relator do processo – ofereça as razões escritas e a elas os demais apenas expressem suas adesões, sem quaisquer apreciações substantivas sobre o caso, exclamando apenas um unísono “com o relator”. Produz-se, assim, um efeito surpreendente, no sentido não deliberativo, isso porque é o voto do relator o texto que encerra a decisão, havendo os outros juízes concorrido somente, como que num plebiscito, para sufragar aquela posição publicizada, numa evidenciada opção pela simples “soma de cabeças.”

Nesse modal *seriatim* observa-se claramente uma perda considerável do sentido analítico com que o julgamento de questões altamente complexas deveria, em princípio, revestir-se. A fenomenologia é rica em situações que se complexificam a cada fato novo. Há singularidades da vida social, muitas vezes robustecidas por interesses nem sempre tão aparentes, que impõem uma maior verticalidade no exame de todas as narrativas que a eles se dirigem. Esses aspectos, dificilmente, podem ser tratados com o detalhismo que o caso reclama se por simples adesão a decisão sobrevier.

Agregue-se que não há circularidade suficiente, quando é um texto que delimita os pontos postos em mesa e quando o dissenso já é, desde logo, desestimulado, pois o que impera é a presunção de que o voto do relator já examinara, à saciedade, todos os contornos fático-jurídicos que reclamam maior atenção.

As características que concernem à simetria entre as posições dos julgadores e do consenso a ser buscado, já se mostram esmaecidas ou mesmo esvaziadas. Isso porque a oportunidade que se confere aos demais juízes, após a emissão do voto da relatoria, pode, no máximo, conduzir a um dissenso pontual, já que somente sobre os pontos trazidos no voto que conduz o julgamento, é que se mostra factível o oferecimento da divergência, vindo os demais juízes, a partir daí, a se posicionarem a favor ou contra as posições em antagonismo, manifestando-se, não raro, “com o relator” ou “com a divergência”.

Mesmo que se diga que a divergência pode inovar, trazendo novos aspectos não tratados pelo relator em seu voto, o que se percebe, é que o modelo em série gera o retorno da discussão para o crivo da relatoria, que em função da estrutura formalista do procedimento, posto que balizado o julgamento pelo voto que já emitira, via de regra, limita-se a reafirmar, com retórica nova, os fundamentos e os argumentos que já esposara.

É em síntese assentar: o modelo *seriatim*, mesmo que enseje o retorno da apreciação da matéria, sobre pontos já expostos pelos votos de muitos dos membros do Tribunal, a fim de que todas as razões, antigas e novas, sejam sopesadas, não compromete, na sua essência, os membros do órgão colegiado com a tarefa deliberativa. Não há, essencialmente, a premissa democrática de promover a construção de uma decisão que seja a “voz da Corte,” enquanto fruto da concorrência de fundamentos e argumentos, um a um, colocados e recolocados à mercê da argumentação.

O sentido deliberativo que infunde a construção da decisão colegiada plasmado está na possibilidade de que o julgamento decorra, passo a passo, do vencimento ou superação dos pontos de dissenso, estando todos os juízes comprometidos com o sentido de despersonalização que antes apontamos, despidendo-se, assim, da visão egoica

que lhes levaria a supor o argumento estilizado como a expansão de suas subjetividades. O esforço, assim, é o de autocompreender-se como uma fração que concorre para a construção de uma totalidade; não como uma fração que se destaca por vencer, a partir da posição juridicamente assumida, as demais que ali se sucedem.

Não se desconhece que portentosa vertente do pensamento acadêmico relativiza a diferença entre os modelos *seriatim* e *per curiam* no que concerne à capacidade de promoverem a deliberação. Nesse norte, defende que, a depender do modo como conceba a premissa dialógica e deliberativa entre os membros do Tribunal e mesmo em relação à postura que a Corte assuma também nas fases pré e pós-decisória, pode-se assegurar a deliberação como meio adequado de prover o julgamento colegiado num ou noutro desses dois modais, isso tendo em mira o papel reservado aos Tribunais Constitucionais.³⁷

Entretanto, assim como o entendimento que ora se processa aqui, a citada fonte acadêmica afirma que “um *seriatim* não deliberativo pode simbolizar não apenas o fracasso, mas muito provavelmente a pura falta do esforço de convergência que deveria animar o colegiado.” E remarca, nesse alvitre, a desfuncionalidade da instituição que, organicamente, é concebida para produzir, em conjunto, a decisão, tornando-se refém da superlativa forma de conceber o sujeito juiz, personificando-o na mais alta dimensão.

A propósito: “Um *seriatim* não deliberativo é o arquétipo da personificação e é composto por um trabalho remendado de opiniões individuais que não dialogam mutuamente.”³⁸ E subjaz a esse entendimento, sua inflexão para o plano democrático, configurando seu claro *déficit*, pois: “a falta de comunicação entre as opiniões torna ainda mais prejudicial, além disso, para o Estado de Direito por não fornecer uma *ratio decidendi* clara.”³⁹

O fato dessa linha teórica professar a chance de que um modelo *seriatim* assuma uma performance deliberativa, ainda que em menor grau que o modal *per curiam* não impede ou mesmo dificulta que se verifique essa impossibilidade em Jurisdições que se mostram arraigadas ao modelo autoritativo de declarar o Direito aos casos concretos.

Essa despersonificação, necessária à deliberação, de que fala a linha acadêmica em referência, muito se distancia da cultura Judiciária que incorporou, ao longo de toda a sua tradição, os dois pressupostos básicos da Filosofia Juspositivista. É que o Positivismo Jurídico também interferiu na formação do perfil dos órgãos exercentes do poder estatal, valendo-se desses dois pressupostos, a saber: a Teoria da Representação e o Princípio da Autoridade,⁴⁰ sendo certo que em relação à Jurisdição sempre valeram esses mesmos pressupostos.

Na tarefa de declarar o Direito aos casos concretos, os órgãos de Jurisdição compreendem que à autoridade da legislação segue-se a autoridade das decisões judiciais. O monismo normativo que permeou o pensamento teórico geral sobre a estrutura da normatividade jurídica colocou a decisão judicial como uma norma, cuja autoridade decorre da autoridade superior advinda das normas gerais e abstratas produzidas pelo Parlamento. É uma sucessão em cadeia, sediada na fundamentação de validade, endógena e concebida para justificar internamente a estrutura piramidal do Ordenamento Jurídico.

Essa visão tornou-se emblemática nas palavras, sempre lembradas de um dos processualistas que mais contribuiu para a disseminação desse monismo normativo, Giuseppe Chiovenda, que de modo enfático professava que a decisão judicial é a norma

³⁷ HUBNER MENDES, 2013, p. 111. Diz o autor: “Do ponto de vista formal, uma decisão deliberativa pode se manifestar a *per curiam* tanto como uma voz única ou voz múltipla. Pode ser um *seriatim* puro ou ficar em algum lugar do meio, composto por uma opinião majoritária conjunta mais as ocasionais opiniões concordantes e divergentes. Não há causalidade imediata ou infalível entre o engajamento colegial e uma única voz, nem entre a falta de deliberação interna e a decisão de múltiplas vozes. A presença ou não da deliberação na fase decisória não é automaticamente determinante dos formatos *per curiam* e *seriatim*.”

³⁸ HUBNER MENDES, 2013, p. 112

³⁹ HUBNER MENDES, 2013, p. 112

⁴⁰ BOBBIO, N. *Teoria geral da política: filosofia política e as lições dos clássicos*, Campus, Rio de Janeiro, 2000, pp. 232-252.

abstrata que se torna concreta, sendo a Jurisdição a atuação da vontade concreta da lei,⁴¹ isso para consubstanciar a visão de que a função judicial é secundária frente a legislativa, sendo certo que o juiz não exerce poder que desborde desse limite, já que o fundamento de validade da sentença, enquanto norma concreta, é a premissa maior (norma abstrata) que conduz o processo aplicativo do Direito às relações litigiosas.

De outra banda, a Teoria da Representação foi encampada, a fim de bem pontuar que se há o reconhecimento, em favor do legislador racional, da representação popular, reconhece-se, por atração, que ao juiz favorece a representação do Estado na relação processual, já que o Estado assumiu pra si o que a Teoria do Processo universalizou com a designação “monopólio estatal da Jurisdição”. Daí as expressões “Estado-Juiz” e a constante lembrança de que é um órgão jurisdicional que exerce, nos limites da sua competência legal, a porção de Jurisdição que é reconhecida a todo Judiciário Nacional.

Ora, vincular a legitimidade do conteúdo da decisão à fonte normativa (mesmo que Constitucional) da qual advém a competência jurisdicional do seu órgão prolator, é exemplo manifesto da confusão que o Positivismo Jurídico empreendeu sobre legitimidade e legalidade. A propósito, Jürgen Habermas, em excelente opúsculo, bem destaca essa impossibilidade, à luz de um modelo de Estado comprometido com a Democracia Deliberativa,⁴² já que é a formação da opinião e da vontade, geneticamente comprometida com o ideal autonomista e emancipatório, que guia a formação dos conteúdos inseridos em cada ato de poder.

Esses pontos, dispostos em acréscimo, ratificam a compreensão de que se o modelo procedimental de atuação dos tribunais limita-se a adotar o pronunciamento de seus membros, em série, sem vincular, em sentido impositivo, para a técnica de julgamento, o componente dialógico e argumentativo, o que se tem é a reafirmação de que a autoridade de quem decide é suficiente para legitimar a decisão que dela promana, já que é ela, reconhecidamente, a representação corporificada do Estado no julgamento que se processa segundo esses moldes.

Assim, o formato *seriatim* em sistemas jurídicos que consolidaram a autoridade e a representação como vigas mestras do edifício normativo, dificilmente abre-se à potência deliberativa que, ao menos teoricamente, poderia ser encampada pelo modal procedimental em alusão.

Há que se reconhecer que embora para a fala professada em série seja possível buscar-se uma argumentação, inclusive em dissenso, que ponha em relevo aspectos da fundamentação e da justificação do pronunciamento anterior com o objetivo de superá-los; doutro lado difícil não é imaginar que essa forma de conceber o procedimento, conduz à polarização seriada de posições e não à abertura para uma reflexão conjunta, em que simultaneamente todos podem, seguindo critérios de uma ordem mínima, voltada ao exercício simétrico das faculdades de audição e de fala, participar da construção do entendimento, como se dá, pelo que percebo, no modelo *per curiam*.

É que, diferentemente, se o pronunciamento é em série, o ponto de visão de quem se pronuncia incide apenas sobre a fala de quem o antecedeu, à exceção do último a falar, que acesso tem a todos os pronunciamentos anteriores. E mais: os que já se pronunciaram, não puderam ter a chance de tomar em boa conta os fundamentos e argumentos trazidos pelos subsequentes, no tempo exato em que o encontro de argumentações seria fecundo. Como o alvo não é instantâneo, isto é, não há uma convergência, ao mesmo tempo, da atenção de todos sobre o caso a decidir, o ponto de referência é sempre o voto do primeiro juiz que se pronunciou e, daí por diante, dos demais, um a um, que em série se pronunciam, produzindo-se um fatiamento de clara insuficiência deliberativa. Forma-se, assim, um entendimento que se personifica nos “acertos” e nos “erros,” materializados, ao final, na simples expressão de um escore que antagoniza “vencedores” e “vencidos”.

⁴¹ CHIOVENDA, G. *Instituições de Direito Processual Civil*, Bookseller, Campinas, 2000, v.2, pp. 17-18.

⁴² HABERMAS, J. *Facticidade e validade*, Unesp, São Paulo, 2020, p. 565-586.

E em direta relação com a defesa do convencimento estampado no item IV do presente escrito, a simultaneidade preconizada por Paul Ricoeur entre interpretação e argumentação resta, pelo modal *seriatim*, comprometida pelo espectro da formatação em série do julgamento colegiado, pois como lançar argumentos sobre fundamentos não conhecidos, em razão da rigorosa ordem de pronunciamentos previstos em série? É evidente que no modelo *per curiam* há que se estabelecer também uma ordem mínima para o exercício das competências de fala, mas essa ordem não se dá em prejuízo da influência direta, vis a vis, que a fundamentação que se desvela exerce sobre a argumentação que justifica.

A interrupção permitida a qualquer juiz com a indicação dos pontos que já foram objetos de exposição por todos, para uma reavaliação das tomadas de posição, é da essência dessa sistemática, a favorecer, como venho repisando, a construção de uma “voz única” resultante do convencimento pela força do melhor argumento.

Nesse diapasão, como não é a autoridade do juiz ou do membro do tribunal que se sobrepõe, mas os fundamentos e os argumentos que vão, pouco a pouco, se alinhando mutuamente para a formação do entendimento colegiado, observe-se que os argumentos que eventualmente foram colocados, em face de cada questão debatida, em oposição ao convencimento pouco a pouco construído, terminam tornando-se insustentáveis por força gravitacional ao consenso ora em construção. Afinal, a fundamentação estrutura o convencimento do órgão jurisdicional e a argumentação persuade⁴³ para que, por sua força, progressivamente desenvolvida,⁴⁴ torne incontornável, no plano da racionalidade, a consolidação de uma posição única para a Corte.

É que nesse modelo, usando as expressões de Hubner Mendes, a despersonalização da decisão espelha, como agora digo eu, a não apropriação individual dos fundamentos e dos argumentos adotados. É um modo de ser da decisão, em que fundamentos e argumentos não são emanações do “eu” monológico do julgador. Antes são, em verdade, asserções que se candidatam ao jogo democrático do debate e da argumentação. Dispersam-se naturalmente, quando outras, amadurecidas pela ratificação advinda da consolidação discursivamente preponderante, vão se unindo para a edição da única voz partida da Corte.

Com esse espedaço, a *ratio decidendi* emanada de uma decisão assim construída carrega consigo a força legitimadora necessária para um precedente judicial. A vinculação que informa à natureza nomofilática vaticinada por Calamandrei, augura sintonia clara com o princípio democrático, tendo o procedimento discursivo como pressuposto, protegido que é pelas garantias imanentes às características antes elencadas.

Credito a essa opção pelo modal *per curiam* a possibilidade de conceber uma autêntica construção colegiada, que bem reflita o amálgama entre fundamentação e justificação, a partir das atividades inerentes ao ato de decidir, quais sejam, a interpretação e a argumentação judiciais.

Além disso, se o *thelos* visualizado pelos precedentes judiciais é a provisão de segurança jurídica, tem-se que numa democracia autêntica e radical, a segurança reside no plano conteudístico da decisão, fruto da fusão entre os horizontes interpretativo e argumentativo de todos os membros do tribunal, não habitando simplesmente no resultado, enquanto desfecho.

Daí a finalidade desse escrito, alçada à pretensão de relacionar a defesa da tese de que só é válida, juridicamente, a vinculação oriunda dos precedentes, se moldada for a partir de um procedimento com o qual a Corte, enquanto unidade, tenha por assegurados, conjunta e simultaneamente, seus potenciais interpretativo e argumentativo, democrática e discursivamente engendrados.

Só assim a nomofilaquia dar-se-á sob o pálio da deliberação democrática, perfeitamente condizente com o papel atribuído às Cortes e aos Tribunais, os quais

⁴³ RODRIGUEZ, V. G. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão lógica e informal*, Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 40.

⁴⁴ RODRIGUEZ, 2005, pp. 58-88.

normativamente possuem a missão de estabilizar, por seus precedentes, as expectativas comportamentais dispostas em conflito, com segurança e, sobretudo, com legitimidade.

6. Considerações conclusivas

A construção até aqui empreendida teve por inspiração o debate que se coloca no centro de abordagem da Teoria dos Precedentes Judiciais, o qual se reporta à questão de como compatibilizar o carácter vinculativo e transcendente dos efeitos das fontes precedenciais com a necessária legitimidade dos seus conteúdos.

O ponto de partida dessa discussão foi fixado na premissa de que após a guinada produzida pela Filosofia da Linguagem, a interpretação que, na tradição, serviu como meio para designar e extrair os sentidos dos objetos interpretados, no caso, os sentidos textuais (sintático e semântico) das normas jurídicas, passou a sediar a fundamentação das decisões jurídicas, dado o desvelamento de sentido que marca o modo existencial com que se denota a interpretação.

No específico, a considerar as decisões judiciais, obtém a interpretação, simultaneamente com a argumentação, o alcance do sentido justificatório, que infunde a decidibilidade a cargo da Jurisdição, a fim de bem robustecer a democracia constitucional, posto que a legitimidade do conteúdo pertencente aos precedentes judiciais ancorada está na potência deliberativa que possa estar contida nos atos procedimentais conducentes aos julgamentos proferidos por Cortes e Tribunais. Interpretação e argumentação formam, assim, um amálgama que se põe a serviço da construção procedimental e discursiva das decisões judiciais, as quais se constituem como bases para a formação dos precedentes.

Assim, os conteúdos que permeiam os precedentes alcançam, pela natureza nomofilática que possuem, outras tantas situações jurídicas suscetíveis de disciplinamento e de vinculação, favorecendo o primado da segurança jurídica, sem se afastarem da premissa de que o significado da segurança não espelha apenas o compromisso com a previsibilidade, mas sobretudo com o modo democrático e deliberativo com que os precedentes judiciais foram construídos.

Enfrentou-se, assim, a relação entre fundamentação e justificação dos precedentes, enquanto representativa do binómio interpretação e argumentação e perfilhou-se a linha teórica que defende ser a deliberação democrática, a serviço do procedimento aplicável aos julgamentos de Cortes e Tribunais, o meio propício para a consecução desse propósito.

Compreendemos, nessa rota, que as características que informam o referido procedimento devem ser: a) abertura ao dissenso, b) a circularidade argumentativa, c) a simetria entre as posições postas em jogo, d) a progressividade do discurso, e) a consensualidade enquanto objetivo f) a não circunscrição a valores predeterminados, salvo o valor da democracia g) a despersonificação dos integrantes no tocante ao objeto da argumentação e, finalmente, g) o carácter prospectivo, que mira a transcendência e a vinculação dos futuros julgamentos. Esse conjunto de características deve informar o tipo de procedimento discursivo que se destina à legitimidade conteudística da decisão, vocacionada que sempre deve ser para a constituição dos precedentes judiciais.

Essa conjuntura permitiu que defendêssemos o modelo *per curiam* como o modal mais condizente à finalidade referenciada, já que é o empreendimento cujo fundamento principal é a força do melhor argumento e não a simples soma de votos, voltada à agregação de posições. Diferentemente, presta-se a produzir a “voz da Corte” em detrimento da mera decisão majoritária como decorrência mais comum do modelo *seriatim*, com o qual os votos dos julgadores vão se posicionando, em série, sempre balizados por um juízo prévio confluyente com a posição do relator ou com a eventual divergência apresentada.

Diálogo e discurso problematizado são os ingredientes para que o modelo *per curiam* triunfe frente ao modelo *seriatim*. Em resumo: é o debate sobre questão controvertida, recortada e tematizada a partir de um caso concreto que se repete e gera

grande dissensão, o meio mais coerente de buscar-se a deliberação democrática de um órgão jurisdicional colegiado.

Nele predomina a paridade de condições para que, inclusive, posições minoritárias, que parte de votos dissidentes, reabram a discussão. Também concorre para que o esforço assuma o espírito de empreendimento comum, quer dizer, uma comunhão de visões que se aperfeiçoam progressivamente, eliminando, sem a sombra do *escore* constituído por “vencidos” e “vencedores”, as visões que não se sustentaram no conjunto da obra argumentativa.

Assume ainda, pelo veio da despersonalização, tão bem aduzida por Hubner Mendes e aqui repisada como grande fundamento para a pesquisa, a compreensão, pelo membro do colegiado, de que é ele a fração de uma só unidade julgadora, o que não o torna desimportante, secundário ou diminuído. Muito ao contrário, por essa razão o modelo proposto o eleva, já que o coloca *sempre* como um integrante essencial de um mesmo construto, um construto argumentativo, jamais consistindo num membro que apenas *eventualmente* logrou “vitória” quando do resultado aritmético resultante de uma soma de votos.

Por fim, o modal sugerido libera cada membro do rótulo autoritativo que o racionalismo e o positivismo jurídicos clássicos empreenderam a todo magistrado, personificado na condição de órgão exercente de poder, porquanto por ser a decisão a “voz da Corte” ela se caracteriza, desde o início, por ser aberta, porosa e amplamente permeável à assimilação dos argumentos metajurídicos que, traduzidos para a linguagem do Direito, penetram pelas comportas da Jurisdição e vão se estear na argumentação que adorna e lapida os fundamentos do ato decisório.

O modelo *per curiam*, então, é o modal que compreende, num só procedimento, a pluralidade e a complexidade presentes no mundo da vida, cuja discursividade influencia, deliberativa e democraticamente, a construção com legitimidade dos mais diversos precedentes judiciais vinculantes.

Referências

- ALEXY, R. *Constitucionalismo discursivo*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011.
- ALEXY, R. *Teoria da argumentação jurídica*, Landy, São Paulo, 2005.
- ARRUDA BEZERRA NETO, B. *O que define um julgamento e quais os limites do juiz?*, Noeses, São Paulo, 2018, p. 212.
- ATIENZA, M. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*, Landy, São Paulo, 2003.
- BOBBIO, N. *Teoria geral da política: filosofia política e as lições dos clássicos*, Campus, Rio de Janeiro, 2000.
- CALAMANDREI, P. *La casación civil: bosquejo general del instituto*, Editorial Bibliográfica Argentina, Santiago, 1945, v. 2.
- CÁRCOVA, C. M. *As teorias jurídicas pós-positivistas*, Casa do Direito, Belo Horizonte, 2016.
- CHIOVENDA, G. *Instituições de Direito Processual Civil*, Bookseller, Campinas, 2000, v.2.
- DWORKIN, R. *O império do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2003.
- GADAMER, H. G. *Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica*, Vozes, Rio de Janeiro, 2007.
- GOYARD-FABRE, S. *Filosofia crítica e razão jurídica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006.
- HABERMAS, J. *Facticidade e validade*, Unesp, São Paulo, 2020.
- HABERMAS, J. *Verdade e justificação*, Loyola, São Paulo, 2004.
- HUBNER MENDES, C. H. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Oxford University, New York, 2013.
- LACOMBE CAMARGO, M. M. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 19.
- MAZZONI WELSCH, G. *Legitimação democrática do Poder Judiciário no novo CPC*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017.
- PALOMBELLA, G. *Filosofia do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2005.

- PASQUALINI, A. "Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível", en ABREU BOUCAULT, C. E. e RODRIGUEZ, J. R. *Hermenêutica plural*, Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 164.
- PINHEIRO PEREIRA, C. A. M. *Jurisdição procedimental: o agir comunicativo da opinião pública através do Amicus Curiae*, Juruá, Curitiba, 2018, p. 122 e ss.
- RICOEUR, P. *O justo*, Martins Fontes, São Paulo, 2008, v.1.
- RODRIGUEZ, V. G. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão lógica e informal*, Martins Fontes, São Paulo, 2005.
- SCHILLING FERRAZ, T. *O precedente na Jurisdição Constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*, Saraiva, São Paulo, 2017, p. 250.
- STRECK, L. L. *Verdade e consenso*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.
- TARUFFO, M. "Precedente e jurisprudência", *Civilistica.com.*, a. 3, n. 2, 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>
- TINOCO GOES, R. "O novo CPC e a alegoria da charneira: uma inflexão filosófica ao mito da segurança em Pindorama", en *Os juízes e o novo CPC*, Juspodium, Salvador, 2017, p. 413-430.
- TINÔCO GOES, R. T. *Democracia deliberativa e Jurisdição: a legitimidade da decisão judicial, a partir e para além da teoria de J. Habermas*, Juruá, Curitiba, 2013. p. 222.