

# Actas de las IX Jornadas de la Red Interamericana de Derechos Fundamentales y Democracia

Elena Alvites

Monia Clarissa Henning Leal

Gina Vidal Pompeu

Orgs.



Editora Fundação Fênix

A **Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia (Red-IDD)** é formada por professores de Programas de Pós-Graduação em Direito de diferentes países da América Latina (Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, México, Perú e Paraguai), que desenvolvem linhas de pesquisa em temas relacionados aos Direitos Fundamentais e à Democracia, tendo nascido do ideal de aproximar universidades e pesquisadores para integrar experiências acadêmicas no contexto das Américas, contribuindo, assim, para avanços nos temas propostos, a partir das reflexões compartilhadas e das experiências comparadas. Em 2022, as IX Jornadas foram realizadas em Lima, no Perú, contando com a participação de número significativo de docentes e de discentes. A presente publicação faz o registro dos trabalhos apresentados pelos alunos, trazendo uma rica contribuição e um espectro interessante acerca das realidades de diferentes direitos fundamentais e da democracia em nosso Continente. Assim, convidamos à leitura destas produções, que certamente servirão como aporte para um aprofundamento do diálogo interamericano proposto e para avanços na garantia desses direitos. Fica, aqui, o nosso agradecimento a todos que participaram e deram suas contribuições acadêmicas, contribuindo para o sucesso do evento!

Boa leitura!  
*Organizadoras*



Editora Fundação Fênix



**ACTAS DE LAS IX JORNADAS DE LA RED INTERAMERICANA DE DERECHOS  
FUNDAMENTALES Y DEMOCRACIA**



# **Série Direito**

## **Conselho Editorial**

---

### **Editor**

Ingo Wolfgang Sarlet

### **Conselho Científico – PPG Direito PUCRS**

Gilberto Stürmer – Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim – Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira

Regina Linden Ruaro – Ricardo Lupion Garcia

### **Conselho Editorial Nacional**

Adalberto de Souza Pasqualotto – PUCRS

Amanda Costa Thomé Travincas – Centro Universitário UNDB

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP

Ana Maria DÁvila Lopes – UNIFOR

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos – UERJ

Angélica Luciá Carlini – UNIP

Augusto Jaeger Júnior – UFRGS

Carlos Bolonha – UFRJ

Claudia Mansani Queda de Toledo – Centro Universitário Toledo de Ensino de Bauru

Cláudia Lima Marques – UFRGS

Clara Iglesias Keller – WZB Berlin Social Sciences Center e Instituto Brasileiro de Ensino  
Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Danielle Pamplona – PUCRS

Daniel Antônio de Moraes Sarmento – UERJ

Daniel Wunder Hachem – PUCPR e UFPR

Daniel Mitidiero – UFRGS

Denise Pires Fincato – PUCRS

Draiton Gonzaga de Souza – PUCRS

Eugênio Facchini Neto – PUCRS

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer – UniRio

Fabio Siebeneichler de Andrade – PUCRS

Fabiano Menke – UFRGS

Flavia Cristina Piovesan – PUC-SP

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet – PUCRS

Germano André Doederlein Schwartz – UNIRITTER

Gilmar Ferreira Mendes – Ministro do STF, Professor Titular do IDP e Professor  
aposentado da UNB

Gisele Cittadino – PUC-Rio

Gina Vidal Marcilio Pompeu – UNIFOR

Giovani Agostini Saavedra – Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP

Guilherme Camargo Massaú – UFPel

Gustavo Osna – PUCRS

Hermes Zaneti Jr

Hermilio Pereira dos Santos Filho – PUCRS

Ivar Alberto Martins Hartmann – FGV Direito Rio  
Jane Reis Gonçalves Pereira – UERJ  
Juliana Neuenschwander Magalhães - UFRJ  
Laura Schertel Mendes  
Lilian Rose Lemos Rocha – Uniceub  
Luis Alberto Reichelt – PUCRS  
Luís Roberto Barroso – Ministro do STF, Professor Titular da UERJ, UNICEUB, Sênior Fellow na Harvard Kennedy School  
Miriam Wimmer - IDP - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa  
Mônia Clarissa Hennig Leal – UNISC  
Otavio Luiz Rodrigues Jr – USP  
Patryck de Araújo Ayala – UFMT  
Paulo Ricardo Schier - Unibrasil  
Phillip Gil França - UNIVEL – PR  
Richard Pae Kim – UNISA  
Teresa Arruda Alvim – PUC-SP  
Thadeu Weber – PUCRS

### **Conselho Editorial Internacional**

Alexandra dos Santos Aragão – Universidade de Coimbra  
Alvaro Avelino Sanchez Bravo – Universidade de Sevilha  
Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho – Universidade Católica Portuguesa  
Carlos Blanco de Moraes – Universidade de Lisboa  
Clara Iglesias Keller – WZB Berlin Social Sciences Center e Instituto Brasileiro de Ensino  
Desenvolvimento e Pesquisa – IDP  
Cristina Maria de Gouveia Caldeira – Universidade Europeia  
César Landa Arroyo – PUC de Lima, Peru  
Elena Cecilia Alvites Alvites – Pontifícia Universidade Católica do Peru  
Elena Alvites Alvites - PUCP  
Francisco Pereira Coutinho – Universidade NOVA de Lisboa  
Francisco Ballaguer Callejón – Universidade de Granada - Espanha  
Fernando Fita Ortega - Universidade de Valência  
Giuseppe Ludovico - Universidade de Milão  
Gonzalo Aguilar Cavallo – Universidade de Talca  
Jorge Pereira da Silva – Universidade Católica Portuguesa  
José João Abrantes – Universidade NOVA de Lisboa  
José Maria Porras Ramirez – Universidade de Granada – Espanha  
Manuel A Carneiro da Frada – Universidade do Porto  
Paulo Mota Pinto – Universidade de Coimbra  
Pedro Paulino Grandez Castro – Pontifícia Universidad Católica del Peru  
Richard Pae Kim – Professor do Curso de Mestrado em Direito Médico da UNSA  
Víctor Bazán – Universidade Católica de Cuyo

**Elena Alvites**  
**Monia Clarissa Hennig Leal**  
**Gina Vidal Pompeu**  
**Organizadoras**

**ACTAS DE LAS IX JORNADAS DE LÁ RED INTERAMERICANA DE DERECHOS  
FUNDAMENTALES Y DEMOCRACIA**



**Editora Fundação Fênix**

**Porto Alegre, 2024**

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet  
Diagramação: Editora Fundação Fênix  
Concepção da Capa: Editora Fundação Fênix

*O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.*

Todas as obras publicadas pela Editora Fundação Fênix estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 –  
[http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt\\_BR](http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)

Obra editada com apoio do Programa de Apoio à Pós-Graduação – PROAP/CAPES  
Processo nº88881.853972/2023-01



Série Direito – 98

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Jornadas de la Red Interamericana de Derechos  
Fundamentales y Democracia (9. : 2022 : Lima,  
Peru)

Actas de las IX Red-IDD [livro eletrônico] /  
organização Gina Vidal Pompeu, Monia Clarissa  
Hennig Leal, Elena Alvites. -- 1. ed. --  
Porto Alegre, RS : Editora Fundação Fênix,  
2024.

PDF

Vários autores.  
Vários colaboradores.  
Bibliografia.  
ISBN 978-65-5460-115-3

1. Democracia 2. Direito fundamental I. Pompeu,  
Gina Vidal. II. Leal, Monia Clarissa Hennig.  
III. Alvites, Elena. IV. Título.

24-197681

CDU-342.7

**Índices para catálogo sistemático:**

1. Direitos fundamentais : Direito 342.7

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

DOI – <https://doi.org/10.36592/9786554601153>



## SUMÁRIO

<b>PREFÁCIO</b>	<b>13</b>
<i>As Organizadoras</i>	
<b>1. A ATUAÇÃO DETERMINANTE DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA CONSOLIDAÇÃO DO IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE LATINO-AMERICANO</b>	<b>15</b>
<i>Maria Valentina de Moraes</i>	
<i>Victória Scherer de Oliveira</i>	
<b>2. A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA GARANTIA DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL NOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS</b>	<b>27</b>
<i>Mariana Dias Mariano</i>	
<i>Thais Stefano Malvezzi</i>	
<b>3. A IMPORTÂNCIA DE UM DIREITO COMUM LATINO-AMERICANO E DO EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PARA A DEFESA DA DEMOCRACIA, ESTADO DE DIREITO E DIREITOS HUMANOS</b>	<b>49</b>
<i>Sandro Gorski Silva</i>	
<b>4. A PERVERSIDADE POR TRÁS DA DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS ORÇAMENTÁRIAS – UMA ANÁLISE SOB O VIÉS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E DOS RECURSOS TECNOLÓGICOS</b>	<b>67</b>
<i>Francieli Korquievicz Morbini</i>	
<i>Octávio Campos Fischer</i>	
<b>5. A VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA DAS MULHERES TRABALHADORAS E VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA</b>	<b>89</b>
<i>Isadora Hörbe Neves da Fontoura</i>	
<i>Suzéte da Silva Reis</i>	

<b>6. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 787/DF: A READEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE ÀS MINORIAS SEXUAIS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)</b>	<b>101</b>
<i>Eliziane Fardin de Vargas</i> <i>Júlia Carolina Budde</i>	
<b>7. AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA ENQUANTO NORMA PROTETIVO-JURÍDICA CONTRA A DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA</b>	<b>115</b>
<i>Lucas Moreschi Paulo</i> <i>Mateus Henrique Schoenherr</i>	
<b>8. "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE ORGANOS ADMINISTRATIVOS EN EL MARCO DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO</b>	<b>127</b>
<i>Luis Miguel Facundo Niño de Guzmán</i>	
<b>9. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS ACERCA DO PAPEL DOS PROCESSOS ESTRUTURAIIS EM FACE DA DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA</b>	<b>145</b>
<i>Mônia Clarissa Hennig Leal</i> <i>Dérique Soares Crestane</i>	
<b>10. CRÍTICA AO ANTROPOCENTRISMO A PARTIR DAS CONTRIBUIÇÕES DO PENSAMENTO ECOLÓGICO LATINO-AMERICANO: DIÁLOGOS ENTRE O ECOCENTRISMO, A TEORIA DOS BENS COMUNS E A ECOLOGIA POLÍTICA</b>	<b>157</b>
<i>Talita De Fátima Pereira Furtado Montezuma</i> <i>Giovanna Helena Vieira Ferreira</i>	
<b>11. DECISÕES JUDICIAIS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: DADOS NO CENTRO DAS DECISÕES</b>	<b>175</b>
<i>Amilcar Cordeiro Teixeira Filho</i>	
<b>12. DEMOCRACIA, JURISTOCRACIA E TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS PAÍSES LATINO-AMERICANOS</b>	<b>197</b>
<i>Sophia Fernandes Ary</i> <i>Gina Marcilio Pompeu</i>	

**13. DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO INTERNACIONAL MIGRATÓRIO – ASILO E REFÚGIO NO CONTEXTO BRASILEIRO E INTERAMERICANO 217**

*Italo Roberto Fuhrmann*

**14. DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PARTICULARES: ALEMANHA E BRASIL 231**

*José Roberto Della Tonia Trautwein*

**15. DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL AOS DIREITOS DA NATUREZA NO BRASIL: PERSPECTIVAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE ECOLÓGICA 251**

*Luciana Barreira de Vasconcelos*

*Gina Vidal Marcílio Pompeu*

**16. ENERGIA RENOVÁVEL NO BRASIL: UMA CÉLULA SOCIOECOLÓGICA DE MUDANÇA DO PARADIGMA ANTROPOCÊNTRICO DA POLÍTICA DO RETROCESSO AMBIENTAL E CLIMÁTICO BRASILEIRO 271**

*Emmanuel Rocha Reis*

*Lourenço Kantorski Lenardão*

**17. EXPANSÃO DO JUDICIÁRIO: A FORÇA CONTRAMAJORITÁRIA EM DWORKIN 287**

*Fabio Henrique Oliveira da Cruz*

*Juliane Andrea de Mendes Hey Melo*

**18. NOVAS TECNOLOGIAS E PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A UTILIZAÇÃO DE RECONHECIMENTO FACIAL E A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 309**

*Helen Lentz Ribeiro Bernasiuk*

**19. NOVAS TECNOLOGIAS: O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA PROMOÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA 321**

*Helena Schwantes*

*Victor Saldanha Priebe*

<b>20. O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NOS CARTÓRIOS DE REGISTROS PÚBLICOS</b>	<b>333</b>
<i>Gelson Oliveira Ferri</i> <i>Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz</i>	
<b>21. O ESTADO DE EXCEÇÃO COMO REGRA NA AMÉRICA LATINA E O PAPEL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA TUTELA DA PESSOA</b>	<b>353</b>
<i>Stanlei Ernesto Prause Fontana</i> <i>Cássia Camila Cirino dos Santos Fontana</i>	
<b>22. O USO DAS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS E A SOCIEDADE DE RISCO: UMA PERSPECTIVA SOCIOAMBIENTAL</b>	<b>375</b>
<i>Julia Stefanello Pires</i>	
<b>23. PAIS BIOLÓGICOS E PAIS LEGAIS: A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA EM UM ESTUDO DESENVOLVIDO COM ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO DO REINO UNIDO</b>	<b>389</b>
<i>Eduardo Fernando Piran</i> <i>Janaína Reckziegel</i>	
<b>24. SISTEMAS INTERAMERICANO E EUROPEU DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS</b>	<b>411</b>
<i>Caroline Dimuro Bender D'Avila</i> <i>Daniel Piñeiro Rodriguez</i>	
<b>25. TRIBUTAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS, O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE E O SIGILO DE DADOS PESSOAIS</b>	<b>431</b>
<i>Isadora Beatriz Teixeira Carlos</i>	

## PREFÁCIO

A **Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia (Red-IDD)** é formada por professores de Programas de Pós-Graduação em Direito de diferentes países da América Latina (Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, México, Perú e Paraguai), que desenvolvem linhas de pesquisa em temas relacionados aos Direitos Fundamentais e à Democracia, tendo nascido do ideal de aproximar universidades e pesquisadores para integrar experiências acadêmicas no contexto das Américas, contribuindo, assim, para avanços nos temas propostos, a partir das reflexões compartilhadas e das experiências comparadas.

Daí resultam, também, intercâmbios e atividades entre os investigadores, experiência que tem gerado também publicações em livros, artigos para revistas, conferências, entrevistas, além de coorientações e participação em comissões examinadoras de dissertações de Mestrado e de teses de Doutorado.

Desde a sua criação, em 2014, a Red-IDD realiza encontros anuais, as “Jornadas de la Red Interamericana de Derechos Fundamentales y Democracia”, compostas por painéis temáticos, para exposição e discussão entre os professores, bem como grupos de trabalho temáticos (GTs), alinhados a diferentes linhas de reflexão sobre aspectos relevantes relacionados aos direitos fundamentais e à democracia, em suas mais variadas abordagens e nuances, reservados aos alunos de pós-graduação *stricto sensu* dos Programas integrantes da Rede, nos quais são apresentados resultados das pesquisas em andamento.

Em 2022, as IX Jornadas foram realizadas em Lima, no Perú, contando com a participação de número significativo de docentes e de discentes. A presente publicação faz o registro dos trabalhos apresentados pelos alunos, trazendo uma rica contribuição e um espectro interessante acerca das realidades de diferentes direitos fundamentais e da democracia em nosso Continente.

Assim, convidamos à leitura destas produções, que certamente servirão como aporte para um aprofundamento do diálogo interamericano proposto e para avanços na garantia desses direitos.

Fica, aqui, o nosso agradecimento a todos que participaram e deram suas contribuições acadêmicas, contribuindo para o sucesso do evento!

BOA LEITURA!

**Profa. Dra. Elena Alvites**

Presidenta de la Red-IDD

**Profa. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal**

Vice-Presidenta da Red-IDD

**Gina Vidal Pompeu**

Vice-Presidenta da Red-IDD

# 1. A ATUAÇÃO DETERMINANTE DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA CONSOLIDAÇÃO DO IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE LATINO-AMERICANO<sup>1</sup>



<https://doi.org/10.36592/9786554601153-01>

*Maria Valentina de Moraes<sup>2</sup>*

*Victória Scherer de Oliveira<sup>3</sup>*

## 1 INTRODUÇÃO

O reconhecimento de tratados internacionais de direitos humanos atribui aos Estados a obrigação de cumprir com os compromissos assumidos no plano externo, fomentando profundas transformações sociais, cooperadas pela atuação de múltiplos fatores e atores protetivos, sobretudo no âmbito e competência do Sistema

---

<sup>1</sup> Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa ““Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

<sup>2</sup> Doutora e Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, com bolsa PROSUC/CAPES e bolsa CAPES no Processo nº. 88887.156773/2017-00, Edital PGC I nº 02/2015, Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil) e Universidad de Talca - Centro de Estudios Constitucionales de Chile - CECOCH (Chile). Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dr.<sup>a</sup> Mônia Clarissa Hennig Leal. Pesquisadora do Projeto Integrador vinculado ao Direito Internacional sem Fronteiras. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2400734786644430>. E-mail: <mariavalentina.23@hotmail.com>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8298-5645>. Professora do Centro de Ensino Integrado Santa Cruz – CEISC.

<sup>3</sup> Mestranda no Programa da Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, na Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade I. Integrante do Grupo de pesquisa Jurisdição Constitucional Aberta, coordenado pela Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Mônia Clarissa Hennig Leal, com ênfase em estudos a respeito do controle jurisdicional de políticas públicas prestacionais e garantia de direitos na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Integrante do Grupo de Pesquisas Relações de Trabalho na Contemporaneidade, vinculado a Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado, da UNISC, coordenado pela Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Suzéte da Silva Reis. E-mail: [vicscherer07@gmail.com](mailto:vicscherer07@gmail.com). ORCID: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0002-4708-7145>

Interamericano de Derechos Humanos. A proposta de estabelecer uma proteção multinível dos direitos humanos torna-se medida chave para viabilizar estas transformações e, neste ínterim, a atribuição da Corte Interamericana de Derechos Humanos merece destaque, visto o caráter preventivo e reparatório das medidas determinadas pelo Tribunal, valendo-se da teoria do controle de convencionalidade e balizando-se pela noção de um diálogo protetivo, com vistas a garantir a consolidação de um constitucionalismo transformador regional, titulado *Ius Constitutionale Commune Latino-Americano*.

A partir das teorias do controle de convencionalidade e proteção multinível de direitos humanos, visando o cumprimento de todo o *corpus iuris* de direitos humanos, atentando-se para a teoria do *Ius Constitutionale Commune Latino-Americano* e de um constitucionalismo transformador regional, questiona-se: Em um contexto de busca pela consolidação de um Estado Democrático de Direito e pela transformação estrutural na América Latina no que se refere à proteção de direitos humanos na região, de que forma a Corte Interamericana de Derechos Humanos vem impulsionando a consolidação de um constitucionalismo transformador regional? Para tanto, será utilizado o método dedutivo, partindo-se de premissas gerais, para se chegar num fundamento específico em resposta ao problema. Como método de procedimento, utilizar-se-á do método analítico, a partir da análise de decisões do Tribunal, bem como de doutrina relevante para o desenvolvimento do tema proposto. A técnica de pesquisa será a bibliográfica.

Desse modo, estrutura-se a pesquisa da seguinte forma: 1) o trato sobre a competência da Corte Interamericana de Derechos Humanos e a sua atuação ampla em termos protetivos; 2) a responsabilidade internacional dos Estados signatários do Pacto de San José da Costa Rica e 3) o *Ius Constitutionale Commune Latino-Americano* e a cooperação da Corte Interamericana de Derechos Humanos para garantir sua consolidação. Parte-se para a análise da competência da Corte Interamericana de Derechos Humanos.



## 2 A COMPETÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A SUA ATUAÇÃO AMPLA EM TERMOS PROTETIVOS

O legado deixado por regimes ditatoriais na América Latina suscita a construção de uma ideia de transformação estrutural, com vistas a aniquilar resquícios do autoritarismo e radicalismo latino-americano. É em razão disso que a consolidação da democracia, tardia na região, e as desigualdades evidenciadas a partir das condições de vulnerabilidade de muitos grupos, tornam-se objeto de discussão no âmbito nacional e internacional. Nesse lapso temporal, reconheceu-se que "los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana" (Organização dos Estados Americanos, 1948).

É neste contexto que a atuação ativa e eficiente de Cortes Internacionais merece ênfase. Nesta busca, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos vem empreendendo esforços na região com a construção de um diálogo jurisdicional e mecanismos de fortalecimento dos direitos humanos em um sistema multinível de proteção, de modo a fixar "parâmetros protetivos mínimos, constituindo um piso mínimo de proteção e não um teto protetivo máximo" (Piovesan, 2017: 1376).

Vê-se, portanto, a necessidade do rompimento da ideia de hierarquização formal entre sistemas e poderes, de modo a superar a perspectiva das teorias monista e dualista, coadunando normas amplas de proteção, em busca da humanização do direito internacional (Piovesan, 2014: 42). Assenta-se, desse modo, a aplicação do princípio *pro homine* ou *favor persona*, ao passo que normas protetivas de direitos humanos convivam harmonicamente, ora prevalecendo uma, ora a outra, observando-se a norma mais favorável ao ser humano em atenção ao caso concreto (Leal e Alves, 2021: 58).

Na construção deste constitucionalismo dialógico, em aparato ao Sistema Interamericano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos desempenha atuação voltada para a construção/manutenção de um Estado de Direito, buscando resolver problemas estruturais e garantias de não repetição dos atos violadores a direitos humanos (Leal e Azevedo, 2016: 461), na finalidade de "no sólo reparar a las víctimas

en casos particulares, sino también fijar un cuerpo de principios y estándares" (Abramovich, 2009: 10).

Com este fim, utiliza-se de meios dialógicos de proteção e do princípio *pro persona*, atingindo os pressupostos da teoria do controle de convencionalidade, conferindo prevalência à norma mais benéfica (Piovesan, 2012: 176). Por conseguinte, Cortes Constitucionais, nos termos de Legale (2019: 17) "podem funcionar como 'amplificadores institucionais' para o potencial transformador das decisões da Corte IDH, em especial quando esta fixasse a interpretação das normas mais favorável ao indivíduo".

Agindo assim, juízes nacionais, em aparato ao Estado setário de tratados internacionais, comprometem-se a zelar pelos dispositivos da Convenção, atentando-se, também, à interpretação conferida a ela. Em síntese, o juiz nacional torna-se também juiz interamericano, sendo impelido a decidir à luz do controle de convencionalidade na modalidade difusa (Mac-Gregor, 2011: 620), responsável, assim como outras autoridades nacionais, a realização de dito controle (Bazán, 2012).

Nesta perspectiva, a noção do controle de convencionalidade propriamente dita foi desenvolvida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao analisar a (in)compatibilidade das leis de anistia propostas em função do período ditatorial chileno no Caso Almonacid Arellano versus Chile, sentenciado em 2006, oportunidade em que se fixou que "cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006: 53).

Dessa forma, ao exercer sua função contenciosa, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vale-se da ressalva de tratamento desigual quando se trata de violação de direitos humanos de grupos em situação de vulnerabilidade. Tal "desigualdade positiva" é permitida desde respeite os parâmetros da justiça e seja acompanhada de justificativa cabal, que demonstre as questões estruturais, sociais e/ou econômicas prejudiciais à garantia de direitos humanos que fundamente o tratamento desigual (Leal, 2018: 278).

De todo exposto, demonstra-se necessária a abertura ao direito internacional, aderindo a cláusulas constitucionais dispostas ao diálogo jurisdicional, delineando-se, gradativamente, um constitucionalismo transformador capaz de romper resquícios de períodos ditatoriais, marcados pela violação de direitos humanos. Parte-se, portanto, para a análise da responsabilidade internacional dos Estados signatários do Pacto de San José da Costa Rica.

### **3 A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS SIGNATÁRIOS DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA**

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos desempenha papel essencial na garantia de direitos positivados no âmbito do direito interno e externo. A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos merece destaque, notadamente na determinação de medidas de reparação e não-repetição a serem cumpridas pelos Estados.

Como sujeitos de direito, os Estados podem assumir direitos e deveres no plano internacional. Na hipótese de descumprimento de tais obrigações, poderão ser demandados a responder por seus atos de acordo com o *modus operandi* do órgão internacional a que se fizerem signatários. Para tanto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos alinha-se a paradigmas mais atuais na responsabilidade internacional dos Estados, não sendo necessária a incidência de dano para configurar a violação, bastando, para tanto, o descumprimento dos preceitos jurídicos aos quais estava subjugado (Siqueira, 2017).

Pontua-se que as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos comportam uma duplicidade de efeitos, quais sejam: o efeito subjetivo (*res judicata*) e o efeito objetivo (*res interpretata*) (Mac-Gregor, 2013: 656-657). Tem-se, quanto ao primeiro, a incidência de efeitos sobre as partes do caso concreto, enquanto o segundo coaduna o "standard interpretativo mínimo da Convenção Americana, componente do *corpus iuris* interamericano, com dever de observância *prima facie* pelos demais Estados (arts. 1.1., 2 e 62.1 do Pacto de San José)" (Mello, 2019: 259).

Nesse ínterim da responsabilidade dos Estados de atentar-se à *res interpretata* firmada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, aplica-se o

referencial da teoria de proteção multinível de direitos humanos, visto que a obrigatoriedade de vinculação entre a interpretação firmada pela Corte IDH e a atuação dos Estados-partes torna-se relativa, ante a possibilidade de adoção de uma norma mais benéfica existente no âmbito interno, optando, sempre, pela interpretação mais favorável em consonância ao princípio *pro homine*" (Mac-Gregor, 2013: 676).

Extrai-se da dimensão objetiva de sentenças estruturantes proferidas, que visam atingir a coletividade, a noção de "dever de proteção" dos Estados e a obrigação de reparação através da implementação de políticas públicas adequadas e eficientes que visem garantir a educação em direitos humanos numa ótica preventiva (Leal e Alves, 2016). Assim, as medidas proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em destaque, as sentenças estruturantes já mencionadas, objetivam abordar problemas estruturais dos Estados-membros e atingir a raiz da questão de violação ou discriminação ali presente (Abramovich, 2009). Tais medidas poderão ser de cunho legislativo, através da criação de mecanismos mais eficientes, implementação de políticas públicas adequadas, entre outras (Leal e Lima, 2019).

Além de considerar reparações aos prejudicados indiretamente pela violação, a Corte Interamericana, recentemente, na Opinião Consultiva nº 22/16 (2016), reconheceu e abarcou a titularidade de coletividades como beneficiários no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como comunidades indígenas em caso de violações específicas, com observância do princípio *pro homine* (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2016). Desse modo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos atua ativamente para garantir a não repetição de atos atentatórios, responsabilizando os Estados-membros a movimentar-se positivamente sob uma perspectiva preventiva. A partir disso, parte-se para a análise da atuação e cooperação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na consolidação do *Ius Constitutionale Commune Latino-Americano*.

#### **4 O IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE LATINO-AMERICANO E A ATUAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PARA GARANTIR SUA CONSOLIDAÇÃO**

A construção de um constitucionalismo transformador invoca a proposta de interpretar e aplicar normas constitucionais com objetivo uno de promover profunda transformação social, em combate à desigualdade e à exclusão (Bogdandy, 2017). Por conseguinte, a responsabilidade de proteção aos direitos humanos recaí sobre diversas esferas da coletividade, de modo que, não apenas o Poder Judiciário, mas todas as instituições passem a desempenhar um papel transformador (Dulitzky, 2014: 533).

Em que pese tratar-se de um fenômeno global, o constitucionalismo transformador latino-americano detém duas singularidades, quais sejam: uma rede internacional de proteção, sob a égide da Comissão Americana e da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, em suplemento, um diálogo horizontal entre instituições nacionais (Bogdandy, 2019: 234). O fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos foi essencial para a criação e a legitimação de um constitucionalismo transformador regional, qual seja a instituição de um *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano, apoiado em cláusulas de abertura constitucional que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional (Piovesan, 2017, p. 1374). Essa nova hermenêutica rejeita o formalismo jurídico, apoiando-se em técnicas abertas de interpretação e na força normativa dos princípios constitucionais (Alexy, 2008: 179).

Há três balizadores da teoria do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano nas percepções de Bogdandy (2014: 8): atenção aos direitos humanos, ao Estado de Direito e à democracia, todos sob a ótica de um Estado aberto ao direito internacional e às instituições internacionais. Estas últimas assumem uma responsabilidade primordial de fortalecimento e legitimidade para atender aos princípios fundamentais dos direitos humanos, assegurando a consolidação da democracia, através de mecanismos de proteção utilizados na jurisprudência.

Utilizando-se como parâmetro protetivo todo o *corpus iuris* interamericano, a interpretação evolutiva percebida na jurisprudência construída pela Convenção

Americana de Derechos Humanos (CADH) solidifica a construção de um direito comum (Leal e Hoffmann, 2020: 512). A referência ao fenômeno como lei comum se justifica pela abertura de ordenamentos jurídicos estatais latino-americanos, trabalhando sob a ótica de fortalecimento mútuo com o direito internacional e pela concepção de um direito comparado (Bogdandy, 2019: 251).

Como eixo estrutural desta teoria de abordagem regional, o chamado Constitucionalismo Transformador indica mudanças estruturais, políticas e sociais necessárias para o combate à desigualdade e à exclusão, vistas como problemas centrais na violação de direitos humanos (Bogdandy, 2015: 19). Tais óbices ressaltam evidência quando grupos inteiros de pessoas têm seu direito de participação educacional, política e econômica obstaculizado, suscitando o cerceamento do exercício pleno de direitos humanos e fundamentais (Bogdandy, 2015: 20).

Na esteira de proteção ampla dos direitos catalogados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, emprega-se frequentemente a expressão "tutela multinível" dos direitos humanos, cuja finalidade legítima consiste em garantir uma proteção máxima e adequada aos direitos humanos (Padilla, 2017: 212). Em síntese, mediante a interação entre múltiplos atores e ordens jurídicas, constitui o que se designa "constitucionalismo em rede" (Mello, 2019: 259).

Nesse sentido, em comunicado de imprensa, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos reafirma o papel fundamental dos poderes públicos e das instituições de controle e pontua que "em uma sociedade democrática, o Estado de Direito e os direitos humanos constituem um conjunto, onde os componentes institucionais se definem, completam e adquirem sentido mútuo" (Organização dos Estados Americanos, 2020).

Depreende-se do exposto que "o *Ius Commune* se afasta de uma proposta unificadora para se voltar a um processo de harmonização capaz de compatibilizar, de um lado, a fixação de standards mínimos comuns em direitos humanos, e de outro, respeito à diversidade" (Olsen e Kozicki, 2019: 305). Nesse sentido, ressalta-se a proposta de superação, ao menos das formas mais grotescas de desigualdade social, que se explica em razão da exclusão de diversos grupos ainda marginalizados na região latino-americana (Bogdandy, 2019: 259).

Ante o caráter coletivo que irradia o *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano, cujo objetivo importa em uma profunda transformação social, acredita-se numa renovação gradativa, que implica o processo de construção de uma jurisprudência transformadora capaz de prevenir atos atentatórios aos direitos humanos (Bogdandy, 2019: 260). Posto isto, não há como abster-se de discorrer acerca do princípio da igualdade, que “não se compreende como mera proibição da discriminação” (Bogdandy, 2019: 258), mas mais do que isso, trata-se de um pressuposto no desfrute de todos os demais direitos, confrontando discriminações enraizadas culturalmente, decorrentes de contextos conturbados socialmente, resultando numa em preconceitos e intolerâncias estruturais, tornando relevante a identificação de grupos em situação de vulnerabilidade (García, 2015: 12). Agindo assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos fomenta a consolidação de um constitucionalismo transformador na América Latina, já que “demanda del Estado un rol activo para generar equilibrios sociales, la protección especial de ciertos grupos que padecen procesos históricos o estructurales de discriminación” (Abramovich, 2009: 18). Desse modo, torna-se imprescindível o fomento à novos paradigmas jurídicos, mediante cláusulas constitucionais abertas em prol da prevalência da dignidade humana em um sistema multinível de proteção de direitos humanos (Piovesan, 2017: 1380). Nesta ótica, a Corte Interamericana de Direitos Humanos adota um mandato transformador, voltado para a não repetição dos fatos, utilizando as sentenças estruturantes como mecanismos de superação das desigualdades e construção de uma proteção multinível efetiva e inclusiva.

## 5 CONCLUSÃO

De todo o exposto, percebe-se uma solidificação jurisprudencial em termos protetivos, que, gradativamente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem alcançando com a determinação de medidas de cunho preventivo, com a finalidade de garantir e não repetição de violações aos direitos humanos. Desse modo, o Tribunal vem construindo uma proteção ampla e multinível de direitos, amparada pelo pluralismo dialógico com Cortes nacionais e internacionais.

Agindo assim, os Estados, que assumiram o compromisso internacional com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, são responsabilizados por suas ações e omissões que violem direitos reconhecidos no *corpus iuris* interamericano, devendo adotar as medidas determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e atentar-se para todo o seu conjunto jurisprudencial.

Em resposta ao problema, constata-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem impulsionando um constitucionalismo transformador na América Latina, apoiando-se em cláusulas constitucionais abertas, que admitem uma interpretação ampla, promovendo medidas de cunho preventivo, que buscam atingir todos os Estados signatários, ao mesmo tempo em que se atenta a questões estruturais e sociais para resolução destas violações.

## REFERÊNCIAS

Abramovich, Víctor (2009). De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 11 (6), p. 6-39.

Alexy, Robert (2001). *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy.

Bazán, Víctor (2012). El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. In: Bazán, V.; Nash, C.. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: El control de convencionalidad*. Colombia: Unión Gráfica Ltda, p. 17-55.

Bogdandy, Armin Von (2014). Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum: Una aclaración conceptual!. In: A. V. Bogdandy; H. Fix-Fierro, Héctor; M. Antoniazzi (Eds.). *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM, Max-Planck Institut, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, p. 03-24.

Bogdandy, Armin Von (2019). Ius Constitutionale Commune na América Latina: um olhar para um constitucionalismo transformador. *Revista Culturas Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 6, n.14, maio/ago.

Bogdandy, Armin Von et al (2015). Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. Em A. V. Bogdandy (ed.). *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford: Oxford University Press.



Bogdandy, Armin Von; Mac-Gregor, Eduardo Ferrer; Antoniazzi, Mariela Morales; Piovesan, Flávia; Soley, Ximena (2017). *Ius constitutionale commune en América Latina: a regional approach to transformative constitutionalism*. En V. A. Bogdandy (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*. Oxford University Press.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). *Caso Almonacid Arellano e outros versus Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica.

Dulitzky, Ariel E (2014). El impacto del control de convencionalidad: ¿un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos? En J. Rivera (ed.). *Tratado de los derechos constitucionales*. Argentina: Abeledo Perrot.

Leal, Mônia Clarissa Hennig (2018). Derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad: no discriminación e interseccionalidad en la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En C. Arroy (Ed.). *Derechos Fundamentales. Actas de las III Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales*. Lima: Palestra Editores, p. 271-287.

Leal, Mônia Clarissa Hennig e Alves, Felipe Dalenogare (2021). *Controle de Convencionalidade*. São Paulo: Tirant Brasil.

Leal, Mônia Clarissa Hennig e Azevedo, Douglas (2016). A postura preventiva adotada pela Corte Interamericana de Derechos Humanos: noções de "dever de proteção" do estado como fundamento para a utilização das "sentenças estruturantes". *Revista Novos Estudos Jurídicos*, 2.

Leal, Mônia Clarissa Hennig e Lima, Sabrina (2019). A determinação de implementação de políticas públicas pela Corte Interamericana de Derechos Humanos: análise do caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil. *Revista Culturas Jurídicas*, Rio de Janeiro, 6, p. 137-156.

Leal, Mônia Clarissa Hennig; Hoffmann, Grégora Beatriz (2021). O Constitucionalismo transformador e o "diálogo inevitável": A influência do *Ius Constitutionale Commune* na consolidação do Estado de Direito na América Latina. *Revista Argumentum*, 22, p. 507-528.

Legale, Siddharta (2019). *A Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional transnacional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

Mac-Gregor, Eduardo Ferrer (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidade: El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, Santiago, 9 (2), p. 531-622.

Mac-Gregor, Eduardo Ferrer (2013). Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (res interpretata)

(sobre el cumplimiento del caso gelman vs. uruguay). *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 11 (2), p. 641-694.

Mello, Patrícia Perrone Campos (2019). Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o ius constitutionale commune na américa latina tem uma contribuição a oferecer. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 9 (2).

Olsen, Ana Carolina Lopes; Kozicki, Katya (2019). O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção dialogada do Ius Constitutionale Commune na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 9 (2).

Organização dos Estados Americanos (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Preámbulo. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>. Acesso em 08 out. 2021.

Organização dos Estados Americanos (2020). Comunicado de Imprensa de 2020. OEA, [s.l.], 9 jun. 2020. En: <http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/130.asp>.

Padilla, Carmen Montesinos (2016). Tutela Multinivel de los derechos: concepto, marco teorico, y desafios actuales. *Revista en Cultura de la legalidad*. 11.

Piovesan, Flávia (2014). Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5. ed. *Revista Ampla e Atual*. São Paulo: Saraiva, epub.

Piovesan, Flávia (2017). Ius Constitutionale Commune Latino-Americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, 8 (2), p. 1356-1388.

Siqueira, Adriana Souza (2017). *As medidas reparatorias na Corte Interamericana de Direitos Humanos*, em Departamento de Ciências Jurídico-Internacionais (Faculdade de Direito – Universidade de Lisboa).

## 2. A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA GARANTIA DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL NOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS



<https://doi.org/10.36592/9786554601153-02>

Mariana Dias Mariano<sup>1</sup>

Thais Stefano Malvezzi<sup>2</sup>

### 1 INTRODUÇÃO

A concretização de direitos e garantias fundamentais com conteúdo prestacional impõe, na maior parte das vezes, a estruturação ou a reorganização de políticas e serviços públicos, com repercussões variadas nas esferas jurídicas de grupos sociais de interesses diversos. A partir do momento em que a Constituição Federal de 1988 trouxe como objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, fixou a incumbência para a concretização de tais objetivos para os três poderes que compõem a República.

A Constituição também define o Ministério Público como *instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, voltado para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*.

Nessa linha, indaga-se sobre como o Poder Judiciário e o Ministério Público devem atuar diante da força normativa dos direitos fundamentais, preservando a competência do Executivo ao respeitar suas escolhas públicas. A questão se torna ainda mais complexa em um contexto de democracia representativa e participativa, em que a definição de políticas públicas deve se dar com a participação efetiva dos grupos sociais afetados, direta ou indiretamente.

---

<sup>1</sup> Promotora de Justiça no Estado do Paraná e mestranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, sob orientação da Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa.

<sup>2</sup> Procuradora da República e mestranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, sob orientação da Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa.

Muito já foi apontado pela doutrina como critérios materiais de controle da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, a teoria do mínimo existencial. Porém, é inevitável reconhecer que esses critérios materiais de controle são insuficientes ao equacionamento da tensão. Uma das propostas para a solução dessas questões propõe assegurar a legitimidade das decisões judiciais em processos de tal natureza mediante a participação social.

Nessa linha, ganha relevo o estudo de mecanismos procedimentais e de instrumentos para conduzir a atuação do Ministério Público nos litígios que envolvem a concretização de direitos fundamentais prestacionais no âmbito dos chamados *litígios e processos estruturais*.

Esse trabalho pretende refletir sobre a importância da participação social nos litígios e processos estruturais de interesse público, como forma de conferir legitimidade democrática e garantir efetividade às soluções extrajudiciais e decisões judiciais proferidas.

## **1 OS LITÍGIOS ESTRUTURAIS E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Com a promulgação da Constituição de 1988 e seu amplo rol de direitos fundamentais e remédios constitucionais, que fortaleceram os mecanismos de controle da constitucionalidade (Sarmiento, 2009), ampliou-se o papel do Poder Judiciário na garantia dos direitos fundamentais.

A concretização efetiva desses direitos, em especial os denominados *direitos sociais*, demandam muitas vezes ações positivas por parte do Estado, com planejamento de ações, estruturação de serviços públicos e compromissos orçamentários. Assim, a realização de muitos direitos fundamentais é dependente de políticas públicas a serem idealizadas e executadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, eleitos por voto direto da população conforme seus planos de governo.

Nesse contexto, ao determinar a atuação positiva dos demais Poderes para o cumprimento de direitos fundamentais, a postura do Judiciário enfrenta críticas. A principal delas é o argumento da objeção democrática à intervenção judicial, ou seja, a afirmação de que o Poder Judiciário não detém legitimidade democrática para determinar a realização de políticas públicas aos demais poderes.

As investidas doutrinárias em desfavor do chamado *ativismo judicial*<sup>3</sup> têm levado a doutrina a desenvolver conceitos e parâmetros para contenção do controle judicial de políticas públicas, tais como a teoria do mínimo existencial e os argumentos da reserva do possível, da ausência de legitimidade democrática dos órgãos jurisdicionais e dos limites da capacidade institucional.

Contudo, em um contexto de não realização do projeto constitucional, é inegável a importância da atuação judicial na definição de medidas para a efetiva concretização de direitos fundamentais.

Como destaca Owen Fiss, "O papel judicial é limitado pela existência de valores constitucionais e a função das cortes é conferir significado a esses valores" (Fiss, 2017, p. 34). Se de um lado é preciso aceitar que o juiz não é Hércules<sup>4</sup>, de outro a atuação judicial nunca foi tão importante para conter a violação dos direitos assegurados pela Constituição.

Ademais, a postulação da supremacia dos poderes majoritários (Executivo e Legislativo) não é uma garantia de que os valores constitucionais seriam melhor realizados por esses poderes. Não há uma conexão entre o majoritarismo e o significado de um valor constitucional. Eventuais dificuldades enfrentadas na concretização desses valores podem ser comuns a quaisquer dos poderes (Fiss, 2017, p. 38).

Diante da insuficiência dos critérios materiais como parâmetros exclusivos para o controle judicial de políticas públicas, busca-se conceber um instrumento adequado à discussão judicial de políticas públicas omissas ou deficitárias. Nesse sentido, ao invés de se sobrevalorizarem ideias preconcebidas de separação de poderes, prioriza-se o desenvolvimento de um processo em que os valores públicos definidos pela Constituição sejam os protagonistas (Vitorelli, 2022, p. 103).

Nessa linha, esclarece Fiss que a atividade jurisdicional voltada para a concretização dos princípios e direitos constitucionais não decorre de algum

---

<sup>3</sup> Cunhada nos Estados Unidos em meados do século XX, a expressão *ativismo judicial* significa uma participação mais intensa do Judiciário na concretização dos valores e das finalidades constitucionais, o que implica em maior interferência no campo de atuação dos demais poderes (BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 48-49).

<sup>4</sup> Conforme proposto pela teoria de Ronald Dworkin.

conhecimento ou traço pessoal dos juízes, mas da definição de suas atividades e do procedimento por meio da qual exercem seu poder. São dois os aspectos que molduram a atuação judicial: o contraditório (como obrigação de participação em um diálogo processual) e a independência (Fiss, 2017, p. 38). Fala-se, então, na adoção do processo estrutural como instrumento de legitimação da atuação judicial.

O conceito de processo estrutural foi desenvolvido na década de 1960, nos Estados Unidos, a partir do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* (*Brown vs. Board of Education of Topeka*, 1954), o qual resultou na determinação, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, do fim da segregação racial nas escolas.

Em 1951, Oliver Brown tentou matricular a sua filha, Linda Brown, em uma escola próxima à sua residência, mas teve o pedido rejeitado por ser negro, uma vez que a escola só matriculava crianças brancas. Diante disso, Oliver ajuizou ação contra a Secretaria da Educação da cidade de Topeka pleiteando a admissão da sua filha na escola que recusara a sua matrícula. Ao julgar a questão, no ano de 1954, a Suprema Corte reconheceu que a divisão de escolas a partir do critério racial era inconstitucional sob o viés do direito à igualdade garantido pela 14ª emenda da Constituição dos Estados Unidos – superando o decidido no caso *Plessy vs. Ferguson* (*Plessy vs. Ferguson*, 1896), que, em 1896, estabelecera a doutrina *separate but equal*. Posteriormente, a dificuldade na implementação da decisão fez com que o caso retornasse à Suprema Corte, para estruturar sua execução (Fachin & Shinemann, 2018, p. 221). Segundo Owen FISS, o caso Brown representou uma nova maneira de verificar a relação entre um direito e os provimentos judiciais, já que a implementação da decisão transcendeu o caso individual; seu cumprimento exigia a reforma estrutural de instituições de grande porte (Fiss, *The forms of justice*, 1979). A execução da proclamada igualdade racial no caso Brown exigiu ajustar as formas processuais tradicionais para atender às necessidades existentes da aspiração organizacional, o que provocou um conceito novo de adjudicação.

Nos países emergentes, cujas constituições apresentam forte caráter emancipatório sob o viés econômico e social, os processos estruturais têm sido utilizados para enfrentar a omissão estatal na promoção dos direitos prestacionais.

A eficácia dos direitos fundamentais possui limitações em sua dimensão prestacional por depender de recursos orçamentários e de regulamentações e ações

organizacionais por parte dos poderes constituídos (Hachem, 2014, p. 138). Ocorre que o não atendimento à necessidade fundamental garantida por um direito social, afronta a dignidade, fundamento do Estado Social de Direito, a ser buscado por todos os poderes constituídos, inclusive o Judiciário (Pereira, 2009, p. 94). Se a concretização dos direitos fundamentais depende da definição de políticas públicas, o Poder Judiciário deve buscar meios para exercer seu papel sem se sobrepor aos outros Poderes (Executivo e Legislativo), e sem descuidar de valores caros à ordem constitucional, como os da legitimidade e da isonomia.

Nesse sentido, quando provocado para decidir questões envolvendo direitos sociais que dependam da regulamentação e desenvolvimento de políticas públicas, é salutar que o Poder Judiciário promova o diálogo com a instância de poder omissa. A partir da prática dialógica, poderão ser identificados eventuais bloqueios políticos e técnicos, provocando-se o administrador para a construção da política, ao longo do processo (Valle, 2016, pp. 163-166). Essa forma de abordagem é característica do processo estrutural.

Na definição de Edilson Vitorelli, o processo estrutural é um processo coletivo que veicula pretensão de "reorganização de uma estrutura pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação a direitos" (Vitorelli, 2022, p. 69). Por meio dos processos estruturais se pretende não apenas eliminar uma conduta ilícita por meio de uma obrigação de fazer ou não fazer, mas impor uma reestruturação da relação burocrática causadora do dano. Essa modificação tem efeitos essencialmente prospectivos, uma vez que objetiva alterar substancialmente a forma das interações sociais no longo prazo (Arenhart, 2013).

Os litígios estruturais, que podem ensejar processos estruturais, são irradiados, pois atingem subgrupos sociais diversos, e são policêntricos, tendo em vista "a presença simultânea de vários centros e interesses juridicamente protegidos no mesmo conflito" (Vitorelli, 2022, p. 65). Por afetarem subgrupos distintos, que se relacionam e se beneficiam de maneiras diversas (e muitas vezes opostas) com a estrutura que se objetiva reformar, carregam significativa carga de complexidade e conflituosidade.

A complexidade dos litígios estruturais exige a redefinição do princípio do contraditório, para que se possam considerar, na sua condução, as várias realidades

e os diversos interesses dos grupos afetados. Compreendendo o contraditório como o direito de influenciar o convencimento do juiz, os processos estruturais não se resolvem com a atuação do substituto processual, exigindo a participação de toda a coletividade de alguma forma envolvida com a política pública questionada.

Diante de sua ampla finalidade na discussão de políticas públicas, Sérgio Arenhardt destaca que o processo estrutural impõe uma amplitude maior do que a lógica dualista dos processos tradicionais. Essa especificidade requer a possibilidade de ampliação do alcance da cognição judicial, de forma a permitir que o Judiciário contemple todo o problema sob suas diversas perspectivas. <sup>Ainda</sup>, impõe-se a adoção de um procedimento diferenciado, sem as limitações da adstrição da decisão ao pedido e da causa de pedir (Arenhart, 2015).

Portanto, os processos estruturais trazem a necessidade de relativização do princípio da demanda, já que a discussão de políticas públicas envolve aspectos mutáveis e fluidos, de modo que as necessidades de proteção em um dado momento provavelmente serão diferentes das existentes em momento posterior. Dessa forma, é impossível para o autor da ação delimitar logo de início o que é necessário para atender o direito que se pretende proteger. A decisão judicial deve considerar as contingências e as necessidades dos casos e das partes, muitas das quais só se apresentam no curso do processo (Arenhart, 2015).

A grande vantagem dos processos estruturais para intervenção judicial em políticas públicas é a racionalidade que o procedimento confere à atuação judicial, inclusive legitimando democraticamente a decisão ao possibilitar a participação social na construção da solução, tema que será aprofundado nos tópicos seguintes.

Cabe destacar também que, para além dos efeitos materiais diretos da decisão, as decisões estruturais produzem efeitos indiretos, uma vez que dão relevo ao direito fundamental violado ao priorizar determinada discussão, e promovem engajamento a partir da mobilização da sociedade civil sobre a questão (Fachin & Shinemann, 2018, pp. 225-226).

Nesse sentido, o processo pode trazer benefícios indiretos como o aumento de visibilidade de uma causa, o que coloca em movimento forças sociais que antes estavam alheias ao problema. Portanto, ainda que o resultado de um processo estrutural não seja o melhor possível, é preciso considerar que pode não haver outra



ferramenta para mudança com potencial concreto de modificação do *status quo* (Vitorelli, 2022, p. 125).

Desse modo, além do efeito inclusivo pretendido na deliberação no âmbito de um processo estrutural, as discussões promovidas por meio de uma audiência pública, por exemplo, tendem a destravar e dar enfoque público a discussões difíceis salutaras para a solução de situações violadoras de direitos fundamentais (Gargarella, *El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos*, 2014).

### **3 A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS**

Por visar à composição de vários interesses legítimos, buscando a concretização de direitos fundamentais para todos, a ampla participação social possui enorme importância na solução do litígio estrutural. (Arenhart, 2015). Desse modo, a observância ao contraditório em sua noção substantiva, por meio da participação social, garantirá legitimidade à decisão estrutural (Fachin & Shinemann, 2018, p. 229).

As características dos litígios estruturais, advindas de seu caráter irradiado e policêntrico, impõem que o direito de influenciar o convencimento do juiz deva ser garantido, sempre que possível, para os diversos grupos de interessados, por meio da participação direta de tais segmentos e de seus representantes adequados. Para tanto, são inúmeros os instrumentos passíveis de serem utilizados, como audiências públicas, o *amicus curiae*, reuniões setoriais, etc. Conforme observa Arenhardt, o direito de influenciar é essencial para que todos possam contribuir para a construção de uma visão mais esclarecida do problema e das possíveis soluções (Arenhart, 2015).

O processo estrutural – considerada a sua estrutura dialógica – possibilita a promoção de uma discussão que até o momento não existia ou não era bem conduzida. Sintetiza Roberto Gargarella que há um esforço dirigido à inclusão social de pessoas que antes eram marginalizadas do debate público. E assim, a partir de um debate público inclusivo no âmbito do sistema de Justiça, os políticos acabam

consentindo com responsabilidades até então não reconhecidas (Gargarella, 2010, p. 221).

Assim, a atuação judicial por meio do processo estrutural pode contribuir com o ideal regulatório da democracia deliberativa ao integrar na discussão os grupos que estavam indevidamente à margem do sistema político (Gargarella, 2010, p. 227). A participação social permite o controle – pelo público que será impactado pela decisão – sobre o conteúdo, as razões e as possibilidades da solução acordada (Arenhart, 2015).

Boaventura de Souza SANTOS e Leonardo AVRITZER aduzem que o sistema político brasileiro permite a complementariedade entre democracia participativa e deliberativa, de maneira que as formas públicas de monitoramento dos governos e a deliberação pública podem substituir parte do processo de representação e deliberação tais como concebidos no modelo hegemônico de democracia. Para os autores, os arranjos participativos existentes envolvem uma articulação entre argumentação e justiça distributiva, permitindo a reinserção de questões da pluralidade cultural e da necessidade da inclusão social na pauta democrática (Avritzer & Santos, 2003). Essa situação reconhece a concepção contra-hegemônica da democracia, cuja base se assenta na pluralidade humana. Para Rodrigo Cançado Anaya ROJAS, a democracia fundada nessa proposta rompe com os dogmas da democracia liberal e passa a dar voz às demandas do corpo social (Rojas, 2012, pp. 92-95).

Portanto, os conflitos que dependem da superação de práticas hegemônicas para a concretização da dignidade devem ser enfrentados com a participação de todos os grupos afetados. Na democracia substancial o cidadão assume postura decisiva nas escolhas e na gestão pública. Assim, a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa são elementos que impõem o exercício da democracia participativa e justificam os remédios participativos no exercício dos poderes (Serafim, 2021, pp. 137-138).

No âmbito do Poder Judiciário, referida participação pode se dar de diversas maneiras, sem qualquer afronta à imparcialidade do órgão julgador, que melhor se posicionará diante das considerações e contribuições da população envolvida.

Nessa linha, Robert Post e Reva Siegel, ao tratarem sobre o Constitucionalismo Democrático, defendem que a autoridade da constituição depende de sua legitimidade democrática. Assim, até mesmo as reações contrárias e resistências a decisões judiciais, como aquelas que se caracterizam como backlash, são mecanismos que contribuem para o reforço da legitimidade democrática da Constituição, pois trazem reflexões sobre os potenciais da decisão (Post & Siegel, 2007, p. 374).

Alertam os autores que o Poder Judiciário deve exercer suas funções liberto de quaisquer interferências políticas. Para garantir que sua decisão seja democraticamente legítima e construída segundo a independência funcional, o órgão julgador deve ouvir e considerar os argumentos levantados no intenso desacordo gerado pela discussão do processo, pautando sua atuação e decisão devidamente fundamentado nas normas constitucionais (Post & Siegel, 2007, p. 385).

Post e Siegel reforçam a importância da mediação, pelo juiz, dos dilemas levantados pela parte. Essa mediação é que garantirá a legitimidade democrática de sua decisão ou solução final. Para o constitucionalismo democrático, o direito constitucional feito por juízes e a política democrática afetam-se mutuamente. O direito constitucional gerido pelo tribunal influencia e é influenciado por fatores sociais em geral. A impossibilidade de grupos participarem das discussões processuais prejudicaria a democracia (Post & Siegel, 2007, p. 395).

A constituição brasileira, ao se comprometer com a transformação social, optou por um processo de mudança permanente, permeado pelo diálogo e pelo aprimoramento do regime democrático. Com isso, o processo estrutural justifica-se como um remédio participativo.

Portanto, em um contexto próprio de democracia participativa, a ampla participação social e de todas as instituições afetadas ou envolvidas no litígio poderá garantir a concretização de direitos.

É possível, com isso, concluir que a atuação judicial na garantia de direitos fundamentais prestacionais por meio de políticas públicas, além de estar em conformidade com o princípio democrático em sua dimensão substancial, preserva a separação de poderes, desde que contemple a participação social e dialógica no âmbito do processo. Atuando dessa forma, o sistema de Justiça reafirma sua

importância na garantia da dignidade da pessoa, preservando as funções de planejamento típicas do Poder Executivo. Assim, Poder Executivo e Poder Judiciário agem como colaboradores na concretização das garantias constitucionais, em uma atuação legitimada pela participação qualificada da população afetada. (Serafim, 2021, p. 146).

Caroline Müller Bittencourt reforça que a democracia deve estar presente nas relações entre Estado e sociedade, em forma de renovação crítica do exercício do poder – inclusive do poder de decidir sobre políticas públicas sociais, que vem sendo exercido pelo Poder Judiciário. Para a autora, por estar inserido em uma sociedade altamente pluralista, com diversas expectativas em relação ao direito, o juiz deve estar atento às manifestações da esfera pública, o que garantirá a legitimidade do processo decisório (Bittencourt, 2018, p. 59).

A separação de poderes estará preservada desde que respeitada a primazia dos mecanismos dialógicos e flexíveis de implementação da decisão (Fachin & Shinemann, 2018, p. 227). Tal forma de proceder tem sido identificada, segundo Matheus SERAFIM, como ativismo judicial dialógico. Decisões assim prolatadas, pautadas por um amplo debate e reflexão, seriam mais eficientes e certas (Serafim, 2021, p. 152).

Além disso, ao agregar a participação social, o processo estrutural possibilita a colaboração técnica por profissionais habilitados, como programas universitários, inclusive na elaboração e execução de planos sistematizados de ações, resguardando o Judiciário de tentativas de dissimulações acerca do cumprimento de metas pelas partes que eventualmente estejam de má-fé (Serafim, 2021, p. 157). A ampla participação permite também superar o argumento da incapacidade técnica do Judiciário, um dos argumentos mais utilizados contra a intervenção judicial em políticas públicas (Daher, 2020, p. 60).

Destaca-se que o diálogo institucional fomentado no âmbito do processo estrutural assegura o compromisso dos órgãos administrativos incumbidos da ação. Segundo Vitorelli, a realização de modificações estruturais depende da colaboração dos envolvidos, e a partir do momento em que estes participam da construção da decisão, apoderam-se da responsabilidade quanto à sua efetividade (Vitorelli, 2019, p. 573).

Tal fato, aliado à publicidade e ao envolvimento social nos debates e alinhamento da política a ser traçada, diminui o risco dos efeitos do backlash, seja no que tange à rejeição pública quanto à decisão proferida, seja no que diz respeito à adoção de medidas contrárias por parte dos Poderes Legislativo e Executivo (Serafim, 2021, p. 162). Quando o processo de interpretação da Constituição pelo Poder Judiciário se abre para a deliberação pública, oportunizando-se a troca de argumentos e informações, confere-se maior legitimidade à decisão e garante-se a sua aceitação social (Bitencourt, 2018, pp. 60-61).

A participação social no litígio estrutural é também uma forma de trazer grupos historicamente marginalizados e economicamente excluídos para o processo de tomada de decisões públicas, de maneira a permitir o controle social em instituições nas quais ele não existia. Possibilita-se, por meio de tais processos, a desestabilização do status quo, além do fortalecimento da responsabilidade política dos gestores e agentes políticos perante a sociedade, diante da ampla publicidade trazida por tais ações. Por não terem certeza do resultado do processo, as partes se obrigam a dialogar e a colaborar com um plano de ação que contemple os interesses discutidos. Garantida a efetiva participação social na estruturação e no planejamento de ações para garantias de direitos envolvendo o Poder Público, o processo estrutural torna-se instrumento de accountability e de aprendizado (Serafim, 2021, pp. 171-178).

#### **4 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS E A GARANTIA DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL**

O Ministério Público, em seu desenho constitucional, é instituição externa aos três Poderes que constituem a República Federativa do Brasil, situação que lhe garante independência para o exercício da função de fiscalização (e de provocação). Seu compromisso com o regime democrático, a ordem jurídica e os interesses sociais e individuais indisponíveis o situa como representante da sociedade civil, gerando-se o dever de, em sua atuação, definir estratégias que possibilitem ouvir os anseios e atuar em conjunto com a população.

Conforme os ensinamentos de Marcelo Goulart, o fortalecimento da sociedade civil durante o processo constitucional de 1988 ensejou a estruturação de um Ministério Público independente e comprometido com a defesa dos interesses sociais e dos valores democráticos (Goulart, 2013, p. 81).

Considerando sua missão, as premissas de atuação ministerial assentam-se na necessidade de se posicionar na defesa das questões que atendam a toda a sociedade de maneira difusa e, ainda, de direitos afetos à população mais vulnerável – já que normalmente é essa parcela da população que se vê desprovida dos direitos sociais fundamentais. Além disso, seu papel se volta para a implementação do projeto de democracia substantiva, vinculando-se, em sua essência, aos princípios e objetivos fundamentais da República.

Se a defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis constituem a missão do Ministério Público, é certo que este possui importante função nos litígios que envolvem a estruturação de políticas públicas. Esse papel repousa sob três aspectos: (i) provocar o Poder Executivo quanto à necessidade de política pública para a garantia de determinado direito social ou individual indisponível; (ii) garantir a máxima participação da sociedade civil interessada na elaboração de tal política; (iii) fiscalizar a elaboração e a implantação das ações, junto aos grupos afetados assegurando sua eficiência.

Para o desempenho de suas funções, pode o Ministério Público se utilizar de diversos instrumentos, que não se limitam à atuação judicial. Tais instrumentos podem ser depreendidos das funções institucionais que lhe são destinadas, nos termos do art. 129 da Constituição Federal, que englobam a investigação, a propositura de ações judiciais, a requisição de serviços públicos, entre outros.

Para Daniela Serra, o Ministério Público funcionaria como uma dupla porta de acesso à Justiça, pois, de um lado, possui à disposição instrumentos extrajudiciais para resolução dos conflitos, como autocomposição ou a adoção de práticas restaurativas e, de outro, instrumentos processuais voltados para a tutela jurisdicional (Serra, 2019, p. 119). Há, portanto, duas formas de atuação ministerial: extrajudicial ou resolutiva e judicial ou demandista.

A atuação extrajudicial ou resolutiva não apenas precede a atuação judicial, mas muitas vezes a evita. Por meio dela, o Ministério Público pode instaurar

procedimentos investigatórios na área cível (inquéritos civis) ou criminal (procedimentos investigatórios criminais), sempre que houver notícias de ilicitudes e lesão ou ameaça de lesão aos interesses que deve proteger. Além disso, promove diligências com o objetivo de reunir elementos, em procedimentos administrativos, para acompanhar e provocar os órgãos competentes para a elaboração e execução de políticas públicas destinadas a efetivar os interesses relacionados à sua missão constitucional. Já na fase extrajudicial é primordial que haja diálogo horizontal e permanente com o segmento populacional envolvido na questão e com os gestores responsáveis por sua implementação.

No âmbito dos interesses fundamentais prestacionais, a atuação extrajudicial pode ser mais efetiva do que a judicial, pois prioriza a construção coletiva de soluções, pautada nas necessidades e nas possibilidades locais, com grande possibilidade de autocomposição. A solução poderá se dar por meio de recomendações administrativas, acordos extrajudiciais, termos de ajustamento de conduta (TAC), ou até mesmo por sensibilização do gestor, após trabalho de aproximação, diálogo com a comunidade e construção conjunta da política pública.

A atuação do Ministério Público na esfera judicial ou demandista pode ocorrer de duas formas: como parte e como custos legis. Como parte, cabe ao parquet levar à apreciação judicial as situações em que houver lesão ou ameaça de lesão aos direitos sociais e individuais indisponíveis. Compete-lhe, então, instruir adequadamente o processo, a fim de obter a prestação jurisdicional pretendida (o que dependerá de uma atuação adequada na esfera extrajudicial).

Já na função de custos legis (ou "fiscal da lei"), é certo que a atuação do Ministério Público deve se pautar na mais genuína defesa de sua missão constitucional. Importante partir do pressuposto que o processo judicial, especialmente aquele que exige a participação do Ministério Público, é meio para a concretização de direitos fundamentais, e não deve se perder em questões formais. Nesse sentido, o órgão ministerial deve primar para que uma resposta de mérito e efetiva seja dada, evitando que o processo seja inútil ou se limite a discutir questões de ordem formal. Para tanto, muitas vezes haverá necessidade de se alargarem os limites objetivos da demanda. A participação ativa do Ministério Público é essencial nesse sentido (atuando em paralelo, inclusive, no âmbito extrajudicial, de maneira a

facilitar a solução do problema no âmbito judicial). Diante disso, é necessário refletir e investigar sobre os propósitos e os limites da atuação do Ministério Público como custos legis nas ações judiciais, considerando que sua atuação não deve se confundir com o simples “aconselhamento” ao juiz.

Quando a atuação ministerial tem por finalidade a concretização de direito fundamental prestacional que dependa do funcionamento ou modificação de uma estrutura burocrática com significativa penetração social configura-se um litígio estrutural (ou processo estrutural, caso a situação já esteja judicializada).

O Ministério Público, então, passa a ter ampla responsabilidade, seja atuando na esfera extrajudicial, seja em juízo. De um lado, se identificar violação ou inobservância a direito fundamental, deve agir no sentido de sua concretização. Por outro lado, deve garantir que a decisão seja construída a partir de ampla participação democrática no processo, atuando no sentido mais próximo aos anseios e às necessidades da sociedade afetada.

É imperioso que tal atuação seja contundente e certa na garantia de que as ações se concretizem em conformidade com a missão constitucional da instituição – a qual está intimamente relacionada aos princípios e objetivos da República. Nesse sentido, cabe ao Ministério Público agir como agente de transformação, “comprometido com a construção de processos sociais empoderadores e emancipadores de todo o corpo social, de maneira plural, aberta e em completa participação” (Rojas, 2012, p. 134). Assim, deve considerar os anseios e necessidades de cada segmento social afetado pelo litígio, pautando sua atuação pelas exigências constitucionais e locais atinentes ao caso, entre as quais se encontram o planejamento orçamentário e as diretrizes de organização local.

O contato permanente com a população, segundo Rojas, é uma das principais características do Ministério Público, que, normalmente, apresenta-se permeável à recepção e oitiva das pessoas. Tal situação deve nortear sua atuação em todas as instâncias. A partir do momento em que o Ministério Público assume posição constitucional marcada pela autonomia e independência na consecução de suas funções institucionais, obriga-se a garantir legitimação social nas questões em que atua, dando voz e protagonismo especialmente para os grupos que historicamente se situam às margens do poder decisório (Rojas, 2012, pp. 130-134).



Ao discorrer sobre a função do Ministério Público na defesa do regime democrático, Goulart destaca a importância da instituição em se portar como fomentadora da cultura da participação, estimulando, postulando ou exigindo a presença da sociedade na elaboração de políticas públicas. Para tanto, aponta inúmeros exemplos de instrumentos e espaços da democracia participativa, como o uso da gestão orçamentária participativa, do referendo, do plebiscito, das audiências públicas; o acesso da população a relatórios de impacto ambiental e de vizinhança; a efetiva participação dos conselhos na definição de políticas públicas nas áreas sociais; entre outros (Goulart, 2013, pp. 113-114).

Caracterizados pela enorme conflituosidade, os litígios estruturais (judicializados ou não) têm, na divergência de interesses entre os grupos sociais envolvidos (inclusive entre seus integrantes), um significativo obstáculo para o encaminhamento de uma solução (Vitorelli, 2019, p. 183). Somadas a isso, dificuldades relacionadas à hipossuficiência econômica e social de segmentos afetados precisam ser percebidas e superadas pelo órgão julgador, de maneira a garantir voz efetiva a todos os setores afetados. Diante dessa situação, o Ministério Público deve buscar mitigar, ou provocar o Poder Judiciário para que o faça, eventuais discrepâncias entre os poderes de barganha entre as partes, assegurando a igualdade nas negociações. Nesse sentido, é imprescindível que todos os grupos participem e sejam ouvidos durante as negociações ou o processo, independentemente de quem o componha (ou possa compor) como parte.

Susan Sturm menciona que instituições que representam os interesses dos segmentos mais vulneráveis (entre as quais se inclui o Ministério Público) devem agir com accountability, assegurando as informações para o grupo e pautando-se com ampla responsabilidade. A autora aponta que cabe ao órgão judicial exercer postura firme na supervisão da igualdade nas negociações estabelecidas. Necessário, assim, que se estabeleça um procedimento deliberativo, justo e equitativo, impedindo que uma parte se imponha sobre a outra. As oportunidades de interação devem ser formatadas de maneira a promover a cooperação e consenso (Sturm, 1991, p. 656). O Ministério Público deve primar para que referida igualdade seja observada, na seara extrajudicial, e ao longo do processo judicial.

Os litígios estruturais podem dizer respeito a grupos que não necessariamente estão representados nos polos ativo ou passivo da demanda, quando judicializada; nesses casos é imprescindível que tais segmentos sejam ouvidos por meio dos mais diversos mecanismos ou instrumentos de participação (Daher, 2020, pp. 61-63). Conforme aduz Rojas, a participação popular deve ser garantida com a máxima diversidade, com pluralidade de formas, deliberação e adensamento.

Diante da intensa conflituosidade existente entre os grupos afetados pela demanda ou entre os membros de cada grupo, Vitorelli aponta para duas possibilidades de atuação: pela priorização da vontade da maioria ou por meio da aferição das posições existentes no interior da classe, em uma abordagem pluralista (Vitorelli, 2019, pp. 567-569).

Na primeira hipótese haveria dificuldades relacionadas à estrutura do Ministério Público ou do Poder Judiciário para contabilizar a opinião majoritária de maneira confiável – seja pela dificuldade em oportunizar informações claras e suficientes acerca do conteúdo da consulta, seja quanto à maneira como se desenvolveria a votação proposta. Além disso, essa forma de proceder reproduziria dinâmicas sociais de dominação existentes na sociedade, que deixam de considerar interesses minoritários em afronta a direitos e garantias fundamentais. Com isso, há o risco de inobservância à possibilidade de atuação contramajoritária e contra-hegemônica do Poder Judiciário, muitas vezes necessária para o exercício de sua função de garantidor de direitos fundamentais.

Já a abordagem pluralista permitiria a atuação do Ministério Público (e do Poder Judiciário) conforme os preceitos constitucionais relacionados à democracia substancial e aos princípios da dignidade e da isonomia. Assim, ao identificar subgrupos, seria oportuno salvaguardar sua representação, atribuindo representações distintas, por exemplo, ou oportunidades igualitárias de oitiva dos subgrupos. A garantia da participação de grupos com propósitos diversos ampliaria o acervo de informações, ensejando o conhecimento completo da situação para um acordo ou uma decisão judicial mais justa e efetiva (Vitorelli, 2019, p. 569).

Reconhecendo-se a dificuldade na adoção de qualquer uma das posições acima mencionadas, especialmente nos litígios estruturais mais complexos, é válido o estabelecimento de mecanismos para acesso às considerações de todos os

grupos afetados. Destarte, é possível a realização de audiências públicas, oficinas de trabalho, criação de comissões e grupos de trabalho coordenados por instituições com experiência e formação na atuação social, entre outros.

Por fim, cabe consignar que, na busca pela solução dialogada e consensual no âmbito do litígio estrutural, é imperioso observar e exigir dos participantes que se atenham aos parâmetros mínimos dos direitos fundamentais indisponíveis. O equilíbrio e a isonomia das partes são imprescindíveis para o alcance da solução almejada. Garantias e direitos relacionados à dignidade de qualquer grupo envolvido não devem ser objeto de renúncia ou mitigação. A postura colaborativa do Judiciário não se confunde com postura deferente a quaisquer das partes, cabendo ao Ministério Público, sempre que necessário, buscar a prolação de decisões que garantam o resultado prático do processo e a concretização do direito prestacional almejado, sejam elas contramajoritárias ou não.

A ideia do processo estrutural, com previsão da participação social, relaciona-se com um propósito transformador relacionado à democracia participativa e aos direitos socioeconômicos (Serafim, 2021, p. 123). Quando o processo ou condução do litígio resultam em soluções contrárias a tais propósitos, construídas sem a participação efetiva dos segmentos afetados, perde sua razão de ser, transformando-se em mais um mecanismo de manutenção de injustiças e omissões constitucionais.

## **5 CONCLUSÃO**

A atuação em prol da garantia dos direitos fundamentais prestacionais é atribuição constitucional do Ministério Público, que pode atuar de maneira resolutiva, extrajudicialmente, ou demandar judicialmente, levando a questão à apreciação do Poder Judiciário. Contudo, são frequentes as situações em que o reconhecimento e concretização de tais direitos impõe a transformação da esfera público-governamental, com interferência direta ou indireta na situação jurídica de vários grupos populacionais, de interesses (muitas vezes) diversos e divergentes. A solução de tais demandas devem ser construída de maneira estrutural, com vistas à alteração ou à sistematização da política que dá causa à violação do direito. Esta situação

caracteriza um litígio estrutural e sua condução deve se dar de maneira dialogada com os poderes públicos envolvidos, responsáveis pelo planejamento e execução da política, e com a população afetada.

Para tanto, na atuação extrajudicial, o Ministério Público pode lançar mão de diversos instrumentos e mecanismos, visando à autocomposição. Quando referidas situações são levadas ao Poder Judiciário, darão ensejo aos processos estruturais. Tais processos se apresentam como um instrumento de tutela jurisdicional adequado para garantir a efetividade dos direitos fundamentais, mas conferindo legitimidade à intervenção judicial em políticas públicas omissas ou deficitárias.

No contexto da democracia brasileira, desenhada a partir da atuação de movimentos emancipatórios voltados para a concretização de direitos no seio do Estado de Bem-estar Social, a participação social é imperiosa em todas as instâncias decisórias. Processos complexos de natureza coletiva que tratam de valores constitucionais não concretizados somente resultarão em decisões legítimas se conduzidos conforme a pauta democrática participativa, reconhecendo a pluralidade cultural e a necessidade da inclusão social.

Nos litígios estruturais, judicializados ou não, os grupos sociais afetados devem ser ouvidos e chamados a dialogar com o Poder Público. A solução deve ser construída a partir das demandas e peculiaridades da população e, ainda, das possibilidades técnicas e orçamentárias da administração.

Conclui-se, portanto, que o processo estrutural não se apresenta apenas como um instrumento de superação do argumento da objeção democrática à intervenção judicial em políticas públicas, mas – ao garantir e priorizar a participação social – reforça a necessidade da participação popular no processo judicial, demonstrando a contribuição que a democracia pode trazer ao sistema de justiça.

Diante de tal contexto, ressalta-se o papel do Ministério Público – instituição comprometida ao mesmo tempo com os interesses sociais e individuais indisponíveis e com o princípio democrático – na garantia da participação adequada de todos os grupos afetados.

## REFERÊNCIAS

- Arenhart, S. C. (novembro de 2013). Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, 38(225), 389-410.
- Arenhart, S. C. (2015). Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*, edição eletrônica.
- Audi, R. (1993). Structural justification. Em R. Audi, *The structure of justification* (pp. 274-298). Lincoln - NE: Cambridge University Press.
- Avritzer, L., & Santos, B. (3 de novembro de 2003). *Eurozine*. Acesso em 08 de abril de 2022, disponível em <https://www.eurozine.com/para-ampliar-o-canone-democratico/>
- Barroso, L. (2018). *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum.
- Bitencourt, C. M. (2018). Teoria Procedimental da Democracia Deliberativa e suas Contribuições à Problemática da Legitimidade Judicial nas Decisões sobre Políticas Públicas Sociais. Em C. M. Bitencourt, & J. R. Reck, *Abordagens epistemológicas sobre democracia, políticas públicas e controle social* (pp. 44-61). Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo.
- BonJour, L. (2002). *Epistemology: Classical Problems and Contemporary Responses*. Nova York: Rowman & Littlefield.
- Brown vs. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (US Supreme Court 1954).
- Carter, J. A., Kallestrup, J., Palermos, S. O., & Pritchard, D. (2014). Varieties of externalism. *Philosophical Issues*, 24, 63-109.
- Daher, L. N. (2020). *Ministério Público Resolutivo e o Tratamento Adequado dos Litígios Estruturais*. São Paulo: D'Placido.
- de Almeida, C. (2018). Epistemic Closure and Post-Gettier Epistemology of Reasoning. Em S. Hetherington, *The Gettier Problem*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Fachin, M. G., & Shinemann, C. B. (2018). Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. *Revista de Estudos Institucionais*, 4, 211-246.
- Feldman, R. (1995). In Defence of Closure. *The Philosophical Quarterly*, 45, 487-494.
- Feldman, R. (2004). Having Evidence. Em R. Feldman, & E. Conee, *Evidentialism: Essays in Epistemology* (pp. 219-241). Oxford: Clarendon Press.  
doi:10.1093/0199253722.001.0001

Fiss, O. (1979). The forms of justice. *Harvard Law Review*, 93.

Fiss, O. (2017). *Direito como razão pública: processo jurisdicção e sociedade*. Curitiba: Juruá.

Flores, T. (out-dez de 2017). Propositional Justification and Informatism . *Manuscrito*, 40, 141-158.

Gargarella, R. (2010). Democracia deliberativa e o papel dos juizes diante dos direitos sociais. Em C. P. SOUZA NETO, & D. ( SARMENTO, *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Gargarella, R. (2014). El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. Em R. Gargarella, *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Goulart, M. P. (2013). *Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes Editores.

Hachem, D. W. (2014). *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba: Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

Klein, P. (1999). Closure. Em R. Audi, *Cambridge Dictionary of Philosophy* (2ª ed., pp. 146-147). Cambridge: Cambridge University Press.

Kvanvig, J. (Maio de 2006). Closure Principles. *Philosophy Compass*, 1, 256-267.

Mares, E. (2014). *Relevance Logic*. Acesso em Março de 2019, disponível em The Stanford Encyclopedia of Philosophy:  
<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/logic-relevance>

Pereira, A. P. (2009). *A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre o constitucionalismo e a democracia*. Curitiba: Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

Plessy vs. Ferguson, 167 U.S. 537 (US Supreme Court 1896).

Post, R., & Siegel, R. (2007). Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 42, 373-433. Acesso em 08 de abril de 2022, disponível em  
[https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel\\_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf)

Poston, T. (s.d.). *Internalism and Externalism in Epistemology*. Acesso em Outubro de 2019, disponível em The Internet Encyclopedia of Philosophy: <https://www.iep.utm.edu/int-ext/>

Rojas, R. C. (2012). *Participação popular e Ministério Público no Brasil: defesa do regime democrático e dos interesses metaindividuais no marco de uma teoria crítica dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Arraes Editores.

Sarmiento, D. (2009). O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Em G. S. Leite, & I. W. Sarlet, *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Serafim, M. C. (2021). *Compromisso Significativo*. Belo Horizonte: Fórum.

Serra, D. C. (2019). *O Ministério Público e a Sociedade Civil Organizada na Gestão Democrática*. Belo Horizonte: D'Plácido.

Souza Neto, C. P., & Sarmiento, D. (2014). *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum.

Sturm, S. (1991). A Normative Theory of Public Law Remedies. 79, 1355-1466. Acesso em 09 de abril de 2022, disponível em [https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2119&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2119&context=faculty_scholarship)

Valle, V. (2016). *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial* (2 ed.). Belo Horizonte: 2016.

Vitorelli, E. (outubro de 2018). Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, 333-369.

Vitorelli, E. (2019). *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil.

Vitorelli, E. (2022). *Processo civil estrutural: teoria e prática*. São Paulo: Juspodivm.





### 3. A IMPORTÂNCIA DE UM DIREITO COMUM LATINO-AMERICANO E DO EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PARA A DEFESA DA DEMOCRACIA, ESTADO DE DIREITO E DIREITOS HUMANOS



<https://doi.org/10.36592/9786554601153-03>

Sandro Gorski Silva<sup>1</sup>

#### 1 INTRODUÇÃO

As duas primeiras décadas do século XXI estão marcadas por um contexto de ascensão de movimentos ideológicos conversadores, retrógados e autoritários em diversos países do mundo. No continente americano, não são raros os exemplos de atores políticos que se utilizam de um discurso populista para implementar políticas antidemocráticas, violar os direitos humanos e negar os fatos mais básicos da ciência.

Nesse cenário, têm se atribuído às Cortes Constitucionais a função de salvaguardar o Estado de Direito, a democracia e os direitos humanos, a partir do papel tradicional que esses Tribunais têm de vocalizar, de forma derradeira, o sentido das Constituições.

Ocorre, no entanto, que essa tarefa hermenêutica não se dá de maneira neutra, como sugere a corrente do positivismo exclusivista, cuja influência ainda é bastante presente nos sistemas jurídicos latino-americanos. Aspectos ideológicos, culturais e históricos, percurso de vida pessoal e trajetória profissional são elementos implicados nas leituras que os juristas fazem das normas jurídicas.

Daí decorre o papel preponderante do operador do direito no processo de interpretação, em especial, das normas constitucionais e, mais precisamente, a

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Titular do diploma de Master em Direitos Humanos pela *Université Paris Nanterre La Défense* (França). Mestre em Direito pela PUCPR. Pós-Graduado em *Fundamentos Críticos: Los Derechos Humanos como Proceso de Lucha por la Dignidad* pela *Universidad Pablo de Olavide* (Espanha). Especialista em Direito Processual Civil Contemporâneo pela PUCPR. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Tem passagem profissional pela Comissão Nacional Consultiva de Direitos Humanos da França e pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (Suíça). Atualmente, é Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: sandrogorski@gmail.com

possibilidade de adesão desses profissionais a uma interpretação da Constituição comprometida com o Constitucionalismo Transformador.

Partindo dessa premissa, o presente artigo tem como objetivo avaliar como o projeto do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL) pode contribuir na reversão do esvaziamento da democracia, dos direitos humanos e das Constituições na região. Pretende-se, portanto, analisar como o exercício do controle de convencionalidade pode contribuir para a implementação de um mandato constitucional transformador.

O artigo se divide em três partes. Num primeiro momento, apresenta-se, brevemente, um contexto jurídico, político e social da região latino-americana. Em seguida, estuda-se a técnica do controle de convencionalidade, a fim de descortinar a sua operacionalização prática. Na última seção, objetiva-se demonstrar como a utilização do controle de convencionalidade pode ser a porta de entrada para a implementação de um mandato constitucional transformador, comprometido com o projeto do ICCAL.

## **2 O CONTEXTO LATINO-AMERICANO NO SÉCULO XXI: EXCLUSÃO, DESIGUALDADE E VIOLÊNCIA**

Os Estados latino-americanos vivem, neste início de século XXI, uma centralização autoritária de poder, decorrente dos regimes ditatoriais na região, níveis elevados de impunidade e uma fraca tradição de respeito aos direitos humanos. São sociedades que compartilham o mesmo histórico pós-colonial, as altas taxas de violência e desigualdade, bem como democracias ainda não consolidadas.<sup>2</sup>

Alastra-se, ainda, no continente, a figura do hiperpresidencialismo, caracterizado pelo excesso de poderes conferidos ao Executivo, colocando-o acima dos demais, com superpoderes. Tanto Legislativo quanto Judiciário, nesse projeto, passam a atuar referendando a vontade presidencial, há elevado nível de

---

<sup>2</sup> PIOVESAN, Flávia. Latin American Human Rights *Ius constitutionale commune* and the Inter-American Human Rights System: Perspectives and Challenges, in *Revista Direito e Práx*, v. 8, n. 2, p. 1356–1388, 2017.

discricionariedade na formação do governo e muitas alternativas legais para contornar o processo legiferante. Compromete-se, assim, a ideia de freios e contrapesos e o sistema democrático.<sup>3</sup>

Na política externa, exsurtem tentativas equivocadas de promover uma revisão das obrigações assumidas perante a comunidade internacional, a exemplo da coalização formada, em 2019, por Estados do continente latino-americano, com o objetivo de questionar a legitimidade do sistema regional interamericano e reivindicar mais autonomia no processo de implementação das decisões da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por meio de carta enviada à Comissão, em abril de 2019, Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Paraguai solicitaram que os Estados e os órgãos do sistema possam assumir a responsabilidade de promover e proteger os direitos na região, sem que os órgãos da Organização dos Estados Americanos (OEA) invadam a competência de cada Estado. Pleitearam, ainda, que a Comissão e a Corte Interamericana adotem medidas que permitam melhorar o sistema regional interamericano, diante dos desafios do século XXI, e que as medidas de reparação sejam proporcionais, bem como respeitem as ordens jurídicas nacionais e as Constituições dos Estados partes.<sup>4</sup>

Em verdade, o que se busca é um claro retorno à visão tradicional de soberania e um distanciamento do sistema regional interamericano, a fim de enfraquecer a consolidação do *humans rights based approach*<sup>5</sup> na região. Esse é apenas um exemplo de uma série de processos que tem como tendência o esvaziamento da democracia, dos direitos humanos e da Constituição, tanto no plano interno quanto por meio da política externa defendida em fóruns regionais e globais.

---

<sup>3</sup> BOGDANDY, Armin von, *Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*, **Revista de Direito Administrativo**, v. 269, 2015, p. 32.

<sup>4</sup> DUCHIADE, André. Brasil e mais quatro países pedem "mais autonomia" à comissão de direitos humanos da OEA, *in O Globo*, disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/brasil-mais-quatro-paises-pedem-mais-autonomia-comissao-de-direitos-humanos-da-oea-23617611>>, acesso em: 21 maio 2019.

<sup>5</sup> Trata-se de um conceito estrutural no processo de desenvolvimento humano que é fundamentado nos parâmetros protetivos de direitos humanos. Esse pensar reflete práticas de promoção e proteção dos direitos humanos, e objetiva, ainda, fornecer uma resposta às vítimas que tiveram seus direitos humanos violados, compensando os danos causados e responsabilizando os violadores.

Nas duas últimas décadas, verifica-se que os espaços de efetiva participação do cidadão no processo de tomada de decisão têm se reduzido consideravelmente. Quem passa a tomar as decisões, tanto na esfera pública quanto na arena privada, são líderes tecnocratas que desqualificam e criminalizam a luta por direitos humanos e a possibilidade de maior participação dos movimentos sociais.<sup>6</sup>

O objetivo é enfraquecer as bases populares e sociais. Os cidadãos só podem participar onde precisamente não oferecem perigo e nem causam danos ao sistema. Com efeito, a participação cidadã e social deixa de ser enaltecida, na medida em que o indivíduo está apartado da tomada de decisões sobre a maioria dos assuntos que afeta diretamente a sociedade. A noção de democracia acaba sendo reduzida a sua mínima expressão: o exercício do sufrágio universal a cada período eleitoral.<sup>7</sup>

O processo de erosão democrática se completa com as instituições sendo condicionadas às regras de mercado. O poder popular dá lugar a cidadãos objeto de consumo, concebidos como mercadoria, criando uma filosofia de vida em que o ter é mais valorizado que o ser e uns são mais e outros menos. Mercantilizados, os processos da vida humana perdem a dimensão e o referencial axiológico da dignidade humana.<sup>8</sup>

De outro lado, a partir de um discurso universalista professado pelo norte global, imprime-se aos direitos humanos uma visão estatal, abstrata, formal e estritamente normativa, isto é, direitos que somente aparecem quando são violados e reclamam uma sanção. Somada à essência da modernidade – que promete, entre outros, a proteção da propriedade e a garantia dos direitos individuais – essa concepção contribui para uma cultura de direitos humanos pensada de forma paternalista, egoísta e negligente, o que resulta em exclusões importantes e concretas de vários segmentos sociais. Ataca-se, em suma, os âmbitos de garantia e eficácia desses direitos, a fim de retirar o seu potencial emancipatório reclamado por aqueles que o defendem.

---

<sup>6</sup> RUBIO, David Sánchez, Derechos humanos (vaciados), constitucionalismo (oligárquico democracia de los negocios) democracia (sin demócratas) en el mundo contemporáneo, *in Revista da Faculdade de Direito da FMP*, v. 13, n. 2, 2018, p. 109.

<sup>7</sup> RUBIO, David Sanchez, 2018, p. 124.

<sup>8</sup> RUBIO, David Sanchez, 2018, p. 124.

Para David Sánchez Rubio, essa visão serve para legitimar um discurso hegemônico, radicado na discriminação, na desigualdade e na exclusão. É o que denominou de dimensão de desencanto dos direitos humanos, que:

[...] pode aparecer no instante em que os direitos humanos se fixam sobre discursos e teorias, instituições e sistemas estruturais que sociocultural e sociomaterialmente não permitem que estes sejam factíveis e nem possíveis, devido às assimetrias e hierarquias desiguais sobre as quais se mantêm. Além disso, através [*sic*] de diversos mecanismos de ocultação, pode-se construir um imaginário aparentemente emancipador e, por isso, com um encanto sedutor, falsamente universal.<sup>9</sup>

Arremata-se esse processo de esvaziamento da democracia e dos direitos humanos com modificações no texto constitucional, que serão levadas a efeito também a fim de adaptar a Constituição aos interesses do mercado. O Estado, assim, torna-se um gestor privado de bens públicos que, paulatinamente, serão privatizados em benefício do capital.<sup>10</sup> O poder constituinte fica limitado à função fundacional originária, perdendo a capacidade de intervir e de manter-se vivo, apesar da institucionalidade.<sup>11</sup>

Essas alterações são geralmente implementadas de forma totalitária ou aparentemente democrática, criando uma ficção de harmonia e estabilidade, inclusive, em tempos crise. Apesar de manter-se presente de forma dinâmica e ativa, o poder constituinte permanece anestesiado, sem poder utilizar de seu potencial para dar sentido às normas jurídicas.<sup>12</sup>

Assim, os grupos oligárquicos conquistam o poder de reescrever as Constituições, dando-lhe uma efetividade simbólica que, em verdade, é insuficiente para fazer frente às mazelas sociais. O texto constitucional acaba sendo modificado para consolidar uma aparente igualdade e liberdade abstrata e inclusiva que, em última análise, beneficia apenas uma pequena minoria dominante em detrimento do restante da sociedade. A problemática está justamente em ocultar essa ficção,

---

<sup>9</sup> RUBIO, David Sánchez, **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos: de emancipações, libertações e dominações**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 18.

<sup>10</sup> RUBIO, David Sanchez, 2018, p. 125.

<sup>11</sup> RUBIO, David Sanchez, 2018, p. 126.

<sup>12</sup> RUBIO, David Sanchez, 2018, p. 126.

conferindo uma pretensa legitimidade a sistemas constitucionais e democráticos que são utilizados para sustentar e consolidar uma lógica contrária a que se propõem conceitualmente.<sup>13</sup>

Esse contexto institucional, comum à América Latina, reclama uma resposta regional, compatível com o momento vivenciado pelos países da região. Emerge, com urgência, a necessidade de reverter esse cenário de exclusão, desigualdade e deterioração institucional.

Quando se fala da América Latina, fala-se da região mais desigual do mundo. No caso do Brasil, trata-se do país mais desigual do continente. Torna-se emergencial, portanto, a efetivação dos direitos humanos, de modo a recuperar a sua dimensão qualitativa, a fim de que seja assegurado a todo ser humano uma vida digna, com condições materiais e imateriais de existência.

Vale dizer, há que se conjugar aos direitos humanos formalmente consagrados, tanto no plano nacional quanto internacional, a sua dimensão não jurídica, sua expressão não estatal e pluralista, recuperando a sua carga política, característica da luta por direitos. Daí porque reconhecer que os direitos humanos não aparecem tão somente quando são violados, mas que há infinitos mundos prévios de construção, reconhecimento e efetividade que se iluminam quando se tornam políticas públicas.<sup>14</sup>

No que diz respeito à democracia, é preciso reconhecê-la para além da mera ideia de forma de governo. Há que se enaltecer o conjunto de ações, conceitos e mediações, a possibilitar o poder do povo para o povo, as práticas plurais, de modo cooperativo e conjunto, de controle e exercício do poder por parte dos cidadãos soberanos, a partir de um consenso prévio, sem discriminação baseada na distinção "nós" versus "eles".<sup>15</sup>

Ademais, é preciso atuar de forma responsiva à história colonial latente na região, tratando da questão dos povos tradicionais e de parcelas da sociedade historicamente negadas, vitimizadas e excluídas. A perspectiva constitucional deve abraçar o social da forma mais abrangente possível, abrindo espaço para uma

---

<sup>13</sup> RUBIO, David Sanchez, 2018, p. 126.

<sup>14</sup> RUBIO, David Sanchez, 2018, p. 132.

<sup>15</sup> RUBIO, David Sanchez, 2018, p. 133.

construção de “baixo para cima”, a fomentar uma democracia popular, participativa e influente, incorporando e implementando uma cultura multigarantista, radicada num paradigma pluralista do direito, de modo a abarcar estruturas estatais e não estatais, a exemplo das Constituições da Bolívia e Equador.<sup>16</sup>

Para dar cabo dessa tarefa, o controle de convencionalidade tem se mostrado um interessante instrumental para adoção do *corpus iuris interamericano*<sup>17</sup> pelos Estados latino-americanos, tornando possível a difusão de parâmetros protetivos de direitos humanos, a contribuir para o fortalecimento da democracia e do Estado de Direito. Com efeito, na sequência, abordar-se-á os contornos de operacionalização desse instituto.

### 3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A mais recente e influente ferramenta criada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), com o objetivo de efetivar o cumprimento da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e demais tratados em direitos humanos da OEA, no âmbito nacional, é a doutrina do controle de convencionalidade. Nas palavras do juiz da Corte, Eduardo Ferrer Mac-Gregor:

Esta doctrina establece una obligación internacional a cargo de todas las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José de interpretar cualquier norma nacional (constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etc.) de conformidad con la CADH y, en general, con el corpus juris interamericano (a manera de lo que hemos denominado “bloque de convencionalidad”). En caso de que exista una manifiesta incompatibilidad entre la norma nacional democracia el corpus iuris interamericano, las autoridades estatales deberán abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar la vulneración de los derechos humanos protegidos internacionalmente. Así, las autoridades estatales deben ejercer ex officio el control de convencionalidad, pero siempre actuando dentro de

<sup>16</sup> RUBIO, David Sanchez, 2018, p. 136–137.

<sup>17</sup> Compõem o *corpus iuris interamericano* as disposições do Direito Internacional dos Direitos humanos, da Convenção Americana de Direitos humanos e demais tratados de direitos humanos criados pela Organização dos Estados Americanos, além da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, inclusive, em matéria não contenciosa (opinião consultiva, procedimento de supervisão de sentença, interpretação de julgados e medidas cautelares).

sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, las cuales se definen en el ámbito interno de los Estados.<sup>18</sup>

Trata-se, portanto, de uma criação jurisprudencial da Corte IDH<sup>19</sup> que estabeleceu uma obrigação a toda e qualquer autoridade nacional – necessário ressaltar, seja ela judicial, legislativa ou executiva – de interpretar, de forma *ex officio*, as normas nacionais em conformidade com a CADH e, em geral, com o bloco de convencionalidade. Havendo incompatibilidade da norma doméstica com as disposições do Direito Internacional dos Direitos Humanos, da CADH e dos tratados de direitos humanos criados pela OEA ou da jurisprudência da Corte Interamericana – inclusive os standards interpretativos proferidos em Opiniões Consultivas emitidas pelo Tribunal –, a autoridade estatal deve abster-se de aplicá-la, a fim de evitar violações aos direitos humanos.

Em síntese, a norma nacional contrária ao *corpus iuris interamericano* carece de efeitos jurídicos, porque viola o bloco de convencionalidade, gerando, assim, responsabilização internacional. Vale destacar que o controle de convencionalidade deve ser exercido dentro das respectivas competências internas e em observância às regras processuais competentes.

Segundo Mac-Gregor, a doutrina do controle de convencionalidade encontra fundamento jurídico nos artigos 1.1 e 2º da CADH (obrigação de desenvolver práticas estatais condizentes com a efetiva observância dos direitos e liberdades previstos no instrumento), 25 da CADH (direito a um recurso simples, rápido e efetivo, perante a autoridade judiciária competente, contra atos que violem os direitos humanos) e 29 da CADH (obrigação de permitir a fruição e o exercício dos direitos previstos no tratado, da maneira mais favorável à sua efetividade), bem como nos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre os direitos dos Tratados (proibição de utilizar o direito interno como justificativa para o não cumprimento dos tratados). Subsidiariamente,

---

<sup>18</sup> MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, El Control de Convencionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *in*: **Controle de Convencionalidade**, Brasília: CNJ, 2016, p. 13.

<sup>19</sup> Ver casos Suárez Rosero vs. Ecuador (1997), Barrios Altos vs. Peru (2001) e Olmedo Bustos e outros vs. Chile (2001). A expressão controle de convencionalidade é cunhada no caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala (2003). Outros registros conceituais se extraem dos casos Tibi vs. Ecuador (2004), Vargas Areco vs. Paraguai (2006) e, especialmente, em Almonacid Arellano e outros vs. Chile (2006) e Aguado Alfaro e outros vs. Peru (2006).



o magistrado sugere, ainda, como fundamento os princípios da boa-fé, do resultado útil e do *pacta sunt servanda*.<sup>20</sup>

Importa reconhecer, ainda, que a interpretação que o Tribunal dá ao *corpus iuris interamericano* vincula não só as partes envolvidas nos casos perante à jurisdição convencional, sejam contenciosos ou não (medida cautelares, procedimentos de supervisão de sentenças, de interpretação de julgados ou opiniões consultivas), como também são de observância obrigatória aos demais Estados-membros não diretamente envolvidos nas questões em debate no órgão, vez que essa tarefa hermenêutica se converte em um precedente qualificado, definindo a integração da jurisprudência da Corte IDH, a fim de criar um parâmetro protetivo regional sobre a aplicabilidade e efetividade do *corpus iuris interamericano*.<sup>21</sup>

A despeito de a realização do controle de convencionalidade poder ser realizada por toda e qualquer autoridade nacional, como indicado, tal tarefa tem maior peso e particular importância para o Poder Judiciário. Os juízes devem atuar na função preponderante de proteger os direitos previstos na Convenção Americana, a fim de desincumbir-se das obrigações previstas no instrumento. Como sugere Mac-Gregor, os juízes nacionais se convertem em uma espécie de juízes interamericanos.<sup>22</sup>

No caso do Brasil, que ratificou a CADH e reconhece a competência da Corte IDH, o exame de conformidade, feito tanto na forma concentrada, pelo Supremo Tribunal Federal, quanto no formato difuso, por todos os juízes brasileiros, resulta da aplicação, por analogia, da previsão de direito interno relativa ao controle de constitucionalidade.

Isso porque, tendo em vista a noção de fundamentalidade material das normas definidoras de direitos humanos, aperfeiçoada pela cláusula de abertura constitucional prevista no art. 5, §2º, da Constituição de 1988, a ordem jurídica brasileira admite a existência de outros direitos e garantias individuais não elencados formalmente no seu texto, mas que por força de seu conteúdo, somam-se à gama de prerrogativas nele estabelecido.

---

<sup>20</sup> MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, 2016, p. 29.

<sup>21</sup> MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, 2016, p. 32.

<sup>22</sup> MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, 2016, p. 30.

Ademais, a dignidade da pessoa humana, elevada ao patamar de fundamento da República Federativa do Brasil, é também referencial hermenêutico de toda a ordem constitucional. Com efeito, as normas jurídicas brasileiras devem ter o princípio *pro persona* como valor-guia de leitura, de modo a conferir-lhes a interpretação que encontrar a melhor realização, efetividade e primazia da pessoa humana.

Segundo Flávia Piovesan, ao atribuir-se aplicabilidade imediata às normas definidoras de direitos fundamentais, a ordem jurídica nacional tornou "possível a invocação imediata de tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais"<sup>23</sup>.

Ocorre, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal (STF), ao interpretar o texto constitucional, posicionou-se de forma controvertida a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Até 1977, o Tribunal consagrava o primado do Direito Internacional sob a ordem jurídica interna. Com a decisão do Recurso Extraordinário nº 80.004, em 1977, a Corte mudou o seu entendimento, equiparando os tratados à lei federal, sendo aplicável, inclusive, o princípio da *lex posterior derogat priori* para solução de antinomias, isto é, a lei posterior derrogaria a anterior sobre a mesma matéria. Em 1995, o tema foi novamente trazido ao plenário do STF, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 72.131, referente à prisão civil por dívida do depositário infiel. Conquanto já estivesse em vigor a Constituição Federal de 1988 e a composição da Corte fosse outra, foi mantida a paridade entre tratado e lei federal. No ano de 2008, contudo, esse entendimento, que prevalecia há mais de 30 anos, foi revisitado criticamente, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343. Diante de uma estrutura composta por novos ministros, foi conferido um tratamento especial aos tratados internacionais – criou-se a ideia de supralegalidade, mas de infraconstitucionalidade. Ressalta-se que esse entendimento se deu de maneira majoritária, ficando vencidos os ministros Celso de Mello, Cesar Pelluso, Ellen Gracie

---

<sup>23</sup> PIOVESAN, Flávia, **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 152.

e Eros Grau que sustentaram a constitucionalidade dos direitos humanos previstos em tratados internacionais.<sup>24</sup>

O precedente, proferido em dezembro de 2008, tornou-se referência para a jurisprudência nacional, porquanto propiciou a incorporação de parâmetros protetivos internacionais na esfera doméstica e inaugurou definitivamente o controle de convencionalidade no país. À medida que a Corte Suprema reconheceu que o ordenamento interno passou a se submeter ao crivo dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, tornou-se inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja posterior ou anterior ao ato de adesão.

Há que se mencionar, ainda, a intenção de apaziguar a celeuma causada pelos entendimentos dissonantes levada a efeito pelo Congresso Nacional. Em 2004, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 45, que incluiu o §3º no art. 5º da Constituição Federal, estabelecendo que, na hipótese de a recepção dos tratados e convenções sobre direitos humanos se realizar com a aprovação em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, seriam os documentos internacionais equivalentes às emendas constitucionais.

Recentemente, a Corte Constitucional tem se somado à parcela da doutrina, na proposta de revisitar esse entendimento, a fim de reconhecer a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, independentemente da forma de sua internacionalização sob o rito das emendas constitucionais.<sup>25</sup>

De toda sorte, parece que essa noção difusa do controle de convencionalidade, não obstante o seu reconhecimento, em 2008, pela Suprema Corte, ainda é desconhecida de grande parcela da comunidade jurídica e, inclusive, dos magistrados brasileiros.

Isso porque ainda permanece hígido na comunidade jurídica um paradigma adotado pelos Estados latino-americanos há mais de um século. O chamado modelo jurídico piramidal hermético, radicado no Estado e nos deveres dos súditos, cujo maior referencial teórico é Hans Kelsen, ainda resiste nas escolas de direito como doutrina prevalente.

---

<sup>24</sup> PIOVESAN, Flávia, 2013, p. 140.

<sup>25</sup> Veja-se, por exemplo, o voto do Ministro Edson Fachin, na ADI 5543. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

Ocorre, no entanto, que o sistema jurídico, deste século XXI, revela-se aberto à cooperação internacional e regional, ao diálogo entre cortes e entre o direito e outros saberes. Trata-se de um *sistema multinível*<sup>26</sup>, tendo como característica central a difusão mútua e recíproca de parâmetros protetivos, a permitir a aplicação de standards internacionais na análise de questões nacionais. O hermetismo jurídico de um direito purificado do modelo anterior dá lugar ao diálogo entre as ordens global, regional e doméstica. Os sistemas global e regional se somam, portanto, à ordem jurídica nacional primando pela efetividade dos direitos humanos, à luz do princípio *pro persona*, numa leitura holística e cosmopolita do fenômeno jurídico.<sup>27</sup>

É justamente a partir desse novo paradigma jurídico, fomentado pelo diálogo institucional em matéria de direitos humanos, que o controle de convencionalidade se converteu em um dos instrumentos centrais para a construção e implementação do diálogo exigido pelo projeto do ICCAL. Na sequência, analisaremos o significado, a proposta e as ferramentas de trabalho desse projeto.

#### **4 A IMPORTÂNCIA DE UM DIREITO COMUM LATINO-AMERICANO E DO EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PARA A DEFESA DA DEMOCRACIA, ESTADO DE DIREITO E DIREITOS HUMANOS**

Como visto na primeira parte desse trabalho, a necessidade de transformação do contexto latino-americano resulta dos altos índices de desigualdade material e exclusão social na região, do esvaziamento dos direitos humanos e das Constituições, bem como diante do processo de erosão democrática que se instala gradualmente no continente, o que torna emergencial a busca por soluções e instrumentos capazes de enfrentar essa realidade.

Com esse propósito, emerge o protejo do ICCAL. Trata-se de uma abordagem regional do que Karl E. Klare chamou de *Constitucionalismo Transformador* no contexto sul-africano. Para Klare,

---

<sup>26</sup> FACHIN, Melina Girardi, Constitucionalismo Multinível: Diálogos e(m) Direitos Humanos, **Revista Ibérica do Direito**, v. I, n. I, 2020, p. 68.

<sup>27</sup> PIOVESAN, Flávia, Diálogos entre Cortes e a experiência do controle de convencionalidade na América Latina e Europa., *in*: **Seminário Internacional Diálogos entre Cortes: fortalecimento da proteção dos direitos humanos**, Brasília: ENFAM, 2017.

By transformative constitutionalism I mean a long-term project of constitutional enactment, interpretation, and enforcement committed (not in isolation, of course, but in a historical context of conducive political developments) to transforming a country's political and social institutions and power relationships in a democratic, participatory, and egalitarian direction. Transformative constitutionalism connotes an enterprise of inducing large-scale social change through nonviolent political processes ground in law. I have in mind a transformation vast enough to be inadequately captured by the phrase 'reform', but something short of or different from 'revolution' in any traditional sense of the word. In the background is an idea of a highly egalitarian, caring, multicultural community, governed through participatory, democratic processes in both the polity and large portions of what we now call the 'private sphere'.<sup>28</sup>

O Constitucionalismo Transformador reflete, portanto, um movimento jurídico que pretende atribuir determinado sentido às normas constitucionais – preocupado com o multiculturalismo, os direitos socioeconômicos, a igualdade e o modelo democrático – a fim de promover uma transformação política e social pelo direito.

Com efeito, o *Ius Constitutionale Commune*, sob o enfoque regional latino-americano, mas de aspiração universal, visa à transformação gradativa das inaceitáveis condições de vida existentes, da profunda exclusão social de grupos minorizados e da deficiente normatividade dos direitos na região.<sup>29</sup>

O projeto de um constitucionalismo transformador no continente, conquanto não seja tema novo, adquire nova coloração, à medida que o ICCAL se contrapõe a três ideologias constitucionais preponderantes na região (o conservadorismo, o liberalismo e o radicalismo) e busca uma mudança política e social por meio do fortalecimento da democracia, Estado de Direito e direitos humanos, combinando a dogmática do direito nacional e internacional público, a orientação metodológica, voltada para os princípios, e a centralidade dos direitos.<sup>30</sup>

Na base normativa do projeto está a Convenção Americana de Direitos Humanos, instrumento jurídico positivo regional que fornece o substrato para a

<sup>28</sup> KLARE, Karl E, Legal Culture and Transformative Constitutionalism, **South African Journal on Human Rights**, n. 14:1, 1998, p. 150.

<sup>29</sup> BOGDANDY, Armin von, 2015, p. 14.

<sup>30</sup> BOGDANDY, Armin von, 2015, p. 16.

construção de um constitucionalismo transformador comprometido com os compromissos constitucionais democráticos.<sup>31</sup>

O conceito do ICCAL refere-se tanto à dimensão positiva quanto às proposições jurídicas sobre o projeto. O comum, expresso no termo latino *Ius Commune*, não significa unificação da legislação regional, tentativa de integração econômica, criação de um bloco ou um grande Estado regional. Ao revés, reflete o processo de abertura dos sistemas jurídicos nacionais, em seus contextos distintos, para um denominador comum em direito internacional público, consolidando um novo paradigma jurídico no século XXI, refletido num sistema jurídico multinível, dialógico e holístico, rompendo com a tradicional visão do direito estatal, a que se fez referência linhas acima. Ademais, exprime o discurso comum em direito comparado, sobre o constitucionalismo contemporâneo, a serviço da democracia.<sup>32</sup>

O ICCAL volta-se para um processo de harmonização, não homogêneo, que tem como objetivo conjugar a fixação de parâmetros protetivos mínimos em direitos humanos e o respeito à diversidade e ao pluralismo jurídico, com vistas à superação da exclusão social.<sup>33</sup> Em última análise, objetiva-se, como ideia central, mas de vocação prática, assegurar a implementação e o cumprimento das promessas centrais das constituições promulgadas em períodos de transição democrática, nas décadas de 1970 e 1980, na região.<sup>34</sup>

Por essa razão, o ICCAL dá especial enfoque aos direitos humanos. Não só porque refletem valores fundantes da sociedade civil ou em razão de o caráter transformador das constituições estar vinculado, geralmente, a disposições de direitos fundamentais, mas, precisamente, em virtude de as decisões judiciais sobre direitos humanos dotarem o projeto de uma força de caráter especificamente jurídico.<sup>35</sup>

São as decisões em temas de direitos humanos que rompem paradigmas, trazem uma resposta às grandes injustiças, à violência endêmica na região e à

---

<sup>31</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya, O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 2, 2019, p. 303.

<sup>32</sup> BOGDANDY, Armin von, 2015, p. 21–22.

<sup>33</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya, 2019, p. 304.

<sup>34</sup> BOGDANDY, Armin von, 2015, p. 26–27.

<sup>35</sup> BOGDANDY, Armin von, 2015, p. 28.

exclusão de grupos minorizados, excluídos e vitimizados. Os julgados que envolvem a temática dos direitos humanos avançam a tônica de proteção de direitos na região, contribuindo para a consolidação do Estado de Direito e da democracia.

Como ferramenta para implementação do projeto, o ICCAL utiliza-se do pluralismo dialógico, consagrado tanto como objetivo quanto meio para alcançá-lo. Trata-se de “uma modalidade de interação social e de resolução de conflitos que, ao mesmo tempo, supõe a situação social à qual aspira”<sup>36</sup>. O ICCAL aposta, portanto, no pluralismo dialógico como forma de reconstruir a interação entre a Corte Interamericana e os tribunais nacionais, superando os limites hierárquicos e jurisdicionais dos sistemas jurídicos tradicionalmente considerados pelo positivismo jurídico.

Os diálogos judiciais contribuem de maneira efetiva para que a Corte IDH exerça tanto a tarefa de harmonização do pluralismo jurídico no continente quanto impulsione as transformações sociais e políticas nas comunidades latino-americanas, papéis esses essenciais para a formação e implementação do ICCAL.<sup>37</sup>

Daí decorre a importância do controle de convencionalidade para o projeto. É com base nesse instrumento que a Corte IDH produz grande parte do conteúdo transformador, ancorando o diálogo com os Estados, ora informando, ora, até mesmo, guiando as autoridades nacionais. De igual forma, mediante a adoção de parâmetros protetivos regionais de direitos humanos ao direito doméstico, a autoridade nacional também dialoga com a Corte IDH e estabelece, com a sociedade civil e outras instituições nacionais que compartilham a mesma visão, um diálogo horizontal, comprometido com o princípio *pro homine*.

Essa simbiose entre direito estatal, agora aberto e permeável, e o direito internacional público fez com que a Convenção Americana se convertesse em um pilar do constitucionalismo transformador latino-americano, apoiado pelas Constituições nacionais. Com efeito, a Corte e a Comissão IDH, instituições operacionais do sistema regional, passaram a conferir ao instrumento uma

---

<sup>36</sup> BOGDANDY, Armin von, 2015, p. 45.

<sup>37</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya, 2019, p. 314.

interpretação evolutiva, que é difundida em toda a região, impulsionando o discurso regional de transformação social.<sup>38</sup>

O processo de construção dessa interpretação evolutiva foi sendo desenvolvido paulatinamente no sistema interamericano, de forma plural, contando com a contribuição de vários atores sociais conectados por um impulso comum. Vale lembrar que a Convenção Americana faz parte, em várias Cartas Constitucionais, do bloco de constitucionalidade, ensejando proteção e efetividade direta no âmbito interno.<sup>39</sup>

Não obstante, não raras vezes, a Corte faz menção a casos paradigmáticos, julgados por tribunais internacionais, regionais e nacionais, em suas próprias decisões, o que reforça a proposta dialógica e contribui para a consolidação desse direito regional comum. De outro lado, os julgados não se limitam a reconhecer se houve, ou não, violação à CADH, mas também ordenam reparações bastante audaciosas, que buscam, ademais de promover reparações integrais dos danos causados às vítimas, impedir que novas violações de igual natureza ocorram, tornando-se, assim, peça essencial do constitucionalismo transformador.

## 5 CONCLUSÃO

A região latino-americana enfrenta graves problemas estruturais: altos índices de violência e corrupção, gritante exclusão social e desigualdade, além de instituições frágeis e da tendência ao populismo e ao hiperpresidencialismo, que têm contribuído sobremaneira para o esvaziamento dos direitos humanos, da democracia e das Constituições.

Para fazer frente a todas essas questões, há que se pensar de forma global, afinal são problemas que afetam vários países da região e cujas raízes não são apenas internas, mas decorrem também de perspectivas decoloniais. Pensar os direitos humanos na região implica um processo de constante reflexão e distintas propostas de operacionalidade.

---

<sup>38</sup> BOGDANDY, Armin von, O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurisgenético extraordinário, **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 2, 2019, p. 235.

<sup>39</sup> BOGDANDY, Armin von, 2019, p. 236.



O ICCAL não é, certamente, a panaceia para todos os dilemas e mazelas que a região enfrenta. No entanto, é um projeto que possibilita a criação das condições institucionais necessárias para uma mudança política e social. Afinal, sem democracia, não há como proteger os direitos humanos. Sem direitos humanos efetivos, não há democracia. O modelo que melhor corresponde a essa simbiose entre direitos humanos e democracia é o Estado de Direito, por isso esse elemento também está na base do projeto.

Certamente, algumas críticas podem ser formuladas ao ICCAL: como falar de um direito comum em uma região tão distinta, com peculiaridades infinitas e vasta diversidade, a partir de um fenômeno de origem europeia? Como promover o diálogo interno, a fomentar uma perspectiva constitucional própria do sul global, já que o projeto se funda na autoridade da Corte IDH?

De toda sorte, as críticas formuladas não inviabilizam a sua implementação prática e tampouco lhe retiram o seu potencial transformador e harmonizador. Esses apontamentos podem, ao revés, contribuir para a evolução e aprimoramento do ICCAL, que se encontra em constante construção. A reflexão frequente se faz necessária para que se atinja com êxito a sua proposta precípua: a defesa dos direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador.* **Revista de Direito Administrativo**, v. 269, p. 13–66, 2015.

BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurigenético extraordinário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 2, p. 231–252, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543.** Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

DUCHIADE, André. **Brasil e mais quatro países pedem "mais autonomia" à comissão de direitos humanos da OEA.** O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/brasil-mais-quatro-paises-pedem-mais->

autonomia-comissao-de-direitos-humanos-da-oea-23617611>. Acesso em: 21 maio 2019.

FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo Multinível: Diálogos e(m) Direitos Humanos. **Revista Ibérica do Direito**, v. 1, n. 1, p. 66–82, 2020. (l).

KLARE, Karl E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism. **South African Journal on Human Rights**, n. 14:1, p. 146–188, 1998.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El Control de Convencionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *In*: **Controle de Convencionalidade**. Brasília: CNJ, 2016, p. 13–34.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 2, p. 302–363, 2019.

PIOVESAN, Flávia. Diálogos entre Cortes e a experiência do controle de convencionalidade na América Latina e Europa. *In*: **Seminário Internacional Diálogos entre Cortes: fortalecimento da proteção dos direitos humanos**. Brasília: ENFAM, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune* latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. **Revista Direito e Práx**, v. 8, n. 2, p. 1356–1388, 2017.

RUBIO, David Sánchez. Derechos humanos (vacíos), constitucionalismo (oligárquico y de los negocios) y democracia (sin demócratas) en el mundo contemporáneo. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, v. 13, n. 2, 2018.

RUBIO, David Sánchez. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos: de emancipações, libertações e dominações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

## 4. A PERVERSIDADE POR TRÁS DA DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS ORÇAMENTÁRIAS – UMA ANÁLISE SOB O VIÉS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E DOS RECURSOS TECNOLÓGICOS

*THE PERVERSITY BEHIND THE UNLINKED BUDGET REVENUES – AN ANALYSIS UNDER THE BIAS OF SOCIAL SECURITY AND TECHNOLOGICAL RESOURCES*



<https://doi.org/10.36592/9786554601153-04>

*Francieli Korquievicz Morbini<sup>1</sup>*

*Octávio Campos Fischer<sup>2</sup>*

### 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa, estruturada dentro dos padrões metodológicos de investigação científica abordará o tema “A Perversidade por Trás da Desvinculação das Receitas Orçamentárias: Uma Análise sob o viés da Previdência Social.”.

Tem por objeto a análise da Desvinculação das Receitas Orçamentárias da União – DRU e o impacto dessas ações ao custeio do Sistema de Regime Geral da Previdência Social. A autorização do desvio da verba original causa resultados desastrosos no campo da efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, levando inclusive a falsa ideia de *déficit previdenciário*, levando a adoção de medidas restritivas no campo normativo.

A primeira etapa do presente estudo tem por finalidade demonstrar a compreensão da DRU – Desvinculação das Receitas Orçamentárias da União, revelando seu nascimento e manutenção ao longo dos tempos no Brasil. Num segundo plano, o estudo reportar-se-á acerca do Regime Geral de Previdência Social abordando um contexto amplo, especialmente pós-reforma previdenciária, pois percebe-se que nem sempre nas tomadas de decisões em âmbito normativo, o fator

---

<sup>1</sup> Doutoranda e Mestra em Direitos Fundamentais e Democracia pelo UniBrasil. Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pelo INFOC. Especialista em Direito Penal. Advogada e Professora Universitária. E-mail: Francieli\_advocacia@hotmail.com.

<sup>2</sup> Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do UniBrasil. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

econômico é analisado de acordo com o comportamento humano real ou ainda com a necessidade efetiva do indivíduo. A necessidade aqui pautada é a do Estado, ao menos no manuseio e emprego dos recursos; o que se comprova com a DRU.

Por fim, o artigo proposto cuidou de analisar o desenrolar da DRU ao longo dos tempos no Brasil, correlacionando-a aos discursos de *déficit previdenciário*. Destacando aspectos relativos à possibilidade de abandono da desvinculação das receitas a fim de preservação da rede de proteção social insculpida pela constituinte e a possibilidade de utilização de recursos tecnológicos e da inteligência artificial para melhoramento do manejo das contas públicas.

## 2 A DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS ORÇAMENTÁRIAS

A Carta Constitucional de 1.988 revelou um novo cenário no Brasil. A abertura para a construção de uma nova Nação chegava com força total. A esperança da queda do antigo regime estampava de fato a era dos direitos e garantias fundamentais. É notório que o campo orçamentário e financeiro de um Estado-Nação precisa ser organizado sob o enfoque de várias premissas, especialmente objetivando o alcance de recursos suficientes à manutenção das principais políticas públicas instituídas no país. Assim, a Constituinte em sua forma Originária previu a criação de todo Sistema Nacional Orçamentário e Financeiro, trazendo também a organização do sistema de arrecadação voltado à Seguridade Social.

É de destacar que o período que antecedeu a Constituição refletiu anos de ditadura mlitar, ocasião em que havia excessiva centralização dos gastos públicos no poder executivo federal e a fiscalização e controle pela sociedade eram inexistentes.<sup>3</sup>

Com a chegada da nova carta, uma série de discussões no campo orçamentário e financeiro surgiram no país; assuntos estes ligados a economia e manutenção das contas públicas eclodiram, trazendo parcela da sociedade para atuação social novamente.

---

<sup>3</sup> MELO, Auricelia do Nascimento; MENDES, Gillian Santana de Carvalho. **Ensaios e Reflexões sobre o Direito**: volume 2. (Orgs.) --Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018, p. 27.

O professor Marco Aurélio Serau Junior destaca quanto a natureza do orçamento público, que ele não se restringe a mero caráter jurídico, possuindo também natureza política, *"entendida essa como a demonstração das diretrizes econômicas do país, enraizadas na Constituição como as opções econômicas adotadas por dada sociedade, em dado momento histórico."*<sup>4</sup>

Logo, denota-se que a previsão do financiamento da seguridade social, que por sua vez, alcança a dimensão da previdência social, foi arquitetado visando a efetivação de um sistema de proteção social. Para tanto, o sistema de custeio foi também projetado para esse fim, com destaque à dupla dimensão da Seguridade Social: *fiscal e social*.<sup>5</sup>

Todavia, no início da Déc. de 1990 no decorrer da implementação do Plano Real surge o Fundo Social de Emergências (FSE), instrumento que nasce com a finalidade de tornar o orçamento público maleável, *"permitindo que os governantes retirassem recursos, que segundo a constituição eram vinculados, ou seja, deviam ser utilizados em uma destinação específica, e realocá-los a onde julgassem haver maior necessidade durante a elaboração do Plano Plurianual e da Lei Orçamentária Anual."*<sup>6</sup>

Assim, Emendas Constitucionais Revisionais passaram a estabelecer a retirada, em diferentes proporções, de determinados percentuais que a Carta Magna previa que originalmente fossem destinados à fins específicos, mormente à seguridade social, saúde e educação.<sup>7</sup>

A Desvinculação de Receitas da União (DRU), nasce com natureza provisória, mas torna-se ao longo dos anos definitiva, sob o argumento de alcance de maior governabilidade, desvinculando o gestor público das obrigações constituídas constitucionalmente.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> JUNIOR. Marco Aurélio Serau. **Economia e Seguridade Social**. 2ª ed. Juruá. Curitiba. 2012.

<sup>5</sup> BELUZZO, 2003, p. 65 Apud JUNIOR, 2012, n. p.

<sup>6</sup> BELUZZO, 2003, p. 65. Apud JUNIOR, 2012, n.p.

<sup>7</sup> SCAFF. Fernando Facury. **Direitos Humanos e a Desvinculação das Receitas da União – DRU**. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44670/44974>> Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

<sup>8</sup> ALVES. Raquel de Andrade Vieira. **A "Nova" Desvinculação de Receitas da União e o pacto federativo**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-15/raquel-alves-dru-pacto-federativo> Acesso em 16 de fevereiro de 2021.

Para o professor Fernando Facury Scaff a “DRU quer dizer Desvinculação de Receitas da União. Trata-se de uma medida que desatrela da arrecadação grande parte dos recursos públicos que possuem destinação específica.”.<sup>9</sup>

Sobre a evolução legislativa do instituto colhe-se:

“Se formos olhar com lupa, essa sistemática foi iniciada no governo Itamar Franco, em março de 1994, através da Emenda Constitucional de Revisão número 1, e vigorou durante os exercícios de 1994 e 1995, sob o nome de Fundo Social de Emergência (FSE). Posteriormente, já sob o governo Fernando Henrique Cardoso foi efetuada sua prorrogação através da Emenda Constitucional 10, de 1996, sob o nome de Fundo de Estabilização Fiscal (FEF), o qual foi prorrogado pela Emenda Constitucional 17/97, com vigência até 1999. No ano 2000, ainda sob o governo de FHC, a sistemática foi aperfeiçoada, tendo sido criada a DRU, pela Emenda Constitucional 27/00, a qual vem sendo sucessivamente prorrogada pelas EC 42/03 e EC 56/07, ambas sob o governo Lula, e pela EC 68/11, promulgada durante o governo Dilma, cujo prazo de vigência encerrar-se-á no final de 2015. O Poder Executivo já enviou um Projeto de Emenda Constitucional – PEC para prorrogar a vigência da DRU até 31/12/2023. ( ).”.<sup>10</sup>

Observa-se que o Fundo Social de Emergências (FSE) transforma-se na desvinculação das receitas orçamentárias depois (DRU).

Tratar das questões orçamentárias são inquestionavelmente difíceis. O debate existente entre direito e economia é dilacerante. Mas, no que toca a desjunção dos discursos inerentes a cessação ou não das desvinculações das receitas orçamentárias a controvérsia se resolverá no campo do “político”, até mesmo porque elas persistem incansavelmente até os dias atuais.

Na contemporaneidade torna-se um desafio relacionar de maneira adequada o Direito com a Economia, muito embora ambos caminhem na mesma direção. Nesse tocante imperioso trazer à baila os ensinamentos de Thiago Cardoso Araújo quando disserta sobre a Análise Econômica do Direito, aduzindo que o foco inicial do movimento do Direito e Economia tem como objeto a *common law*; destacando ainda

---

<sup>9</sup> SCAFF, Fernando Facury. A DRU, os direitos sociais e o pagamento dos juros da dívida. **Consultor Jurídico**. 14 jul. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-14/contas-vista-dru-direitos-sociais-pagamento-juros-divida>> Acesso em: 14 fev. 2021.

<sup>10</sup> SCAFF, 2015, n.p.

a recepção do tema no cenário europeu, mas reconhecendo que a Análise Econômica do Direito fora de fato melhor recepcionada pelo EUA do que pela Europa.<sup>11</sup>

É possível verificar que no Brasil a expressiva expansão do movimento aliando Direito e Economia se deu nos anos 2.000.<sup>12</sup>

Após a crescente assertiva de que Direito e Economia podem ser analisados em conjunto, vale dizer que são muitos os temas na seara jurídica que poderão nos levar a tal análise, mormente quando o indicativo se refere as métricas orçamentárias no campo da previdência social.

No tocante a economia, Amartya Sen leciona que esta possui duas origens, as quais ambas são políticas. De um lado tem-se a ética, e de outro a engenharia, sendo que ética está ligada a questão da ética propriamente dita, bem como da ética política, e a segunda está ligada a questões logísticas.<sup>13</sup>

Nesse sentido, Amartya Sen, destaca que:

Evidentemente, nenhum dos gêneros é puro em sentido algum: é uma questão de equilíbrio das suas abordagens da economia. De fato, muitos expoentes da abordagem ética, de Aristóteles a Adam Smith, também se ocuparam intensamente das questões de engenharia, dentro do enfoque direcional ético. Pode-se dizer que a importância da abordagem ética diminuiu substantivamente com a evolução da economia moderna. A metodologia da chamada "economia positiva" não apenas se esquivou da análise econômica normativa como também teve o efeito de deixar de lado uma variedade de considerações éticas complexas que afetam o comportamento humano real e que, do ponto de vista dos economistas que estudam esse comportamento, são primordialmente fatos e não juízos normativos. Examinando as proporções das ênfases nas publicações da economia moderna, é difícil não notar a aversão às análises normativas profundas do comportamento humano real.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Análise Econômica do Direito no Brasil**. Uma leitura à luz da Teoria dos Sistemas. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2017. p. 133-134.

<sup>12</sup> "De se destacar ainda a criação da Associação Brasileira de Direito e Economia, em 2007, realizando, desde então, Congressos Anuais de forma contínua, privilegiando a apresentação de artigos submetidos. Mais: em 2007 e 2013, o Brasil sediou Conferências Anuais da Associação Latino Americana e Ibérica de Direito e Economia – ALACDE. Por fim, encerrando esse breve excursão de natureza histórica, indica-se que em 2010 foi criado o primeiro período totalmente dedicado à abordagem – o Economic Analysis of Law Review, atualmente em sua nona edição, contemplando uma ampla gama de artigos, nas mais variadas áreas, o que ilustra o crescimento da produção de artigos e livros sobre Direito e Economia ou que se valem da abordagem. ARAÚJO, 2017. p. 139-140.

<sup>13</sup> SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. São Paulo: Companhia das Letras. 1999, p.12-13

<sup>14</sup> SEN, 1999, p. 15

Partindo dessa premissa, percebe-se que nem sempre nas tomadas de decisões em âmbito normativo, o fator econômico é analisado de acordo com o comportamento humano real ou ainda com a necessidade efetiva do indivíduo. A necessidade aqui pautada é a do Estado, ao menos no manuseio e emprego dos recursos; o que se comprova com a DRU.

Muitas vezes, analisando as decisões normativas de um modo geral, pode-se afirmar que no binômio "Direito-Economia", tem-se que a economia é utilizada como fator "engenharia" e não "ético", ao passo que leva-se em consideração o impacto econômico aos recursos públicos ao invés do direito propriamente dito, invertendo o impacto econômico que o reconhecimento de um determinado direito causaria aos cofres públicos, numa privação a direitos fundamentais, na maioria das vezes.

A questão econômica está intimamente ligada ao desenvolvimento de cada país, é nesse aspecto que se destaca a teoria de Amartya Sen, para o qual desenvolvimento não está somente ligado a fatores como crescimento do produto nacional bruto, aumento de renda das pessoas, industrialização, avanço tecnológico, ou modernização social, existem também, outros fatores, pelos quais é possível se obter o desenvolvimento numa concepção de liberdade, propriamente dita.<sup>15</sup>

No campo da Previdência Social tem-se que o panorama traçado pela análise da desvinculação das receitas orçamentárias alcança o desvio dos recursos da Seguridade Social. O problema concernente a identificação das corretas métricas inerentes ao sistema de seguridade no país tornou-se uma discussão latente, mormente em tempos de reformas e de proliferação do discurso de escassez de recursos, cada vez mais presentes em terras *brazilis*. Fato é que a Constituinte em seu texto original organizou um sistema previdenciário dotado de regras específicas e, contou com a projeção de um orçamento diferente daquele que vem sendo utilizado hodiernamente para manutenção do sistema previdenciário brasileiro.

Por certo que não se tem a possibilidade de utilização do modelo orçamentário de arrecadação de recursos financeiros projetados pela Carta Constitucional de 1988. Longe disto!

---

<sup>15</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 17



As constantes desvinculações das receitas destinadas à seguridade social ao longo dos anos a levou ao panorama de constantes reformas, a discursos corriqueiros sobre os poucos recursos do sistema bem como a possível quebra ou falta de dinheiro para manutenção dos benefícios já mantidos pelo sistema.

Nesse tocante, dois pontos exurgem com força no presente estudo: a) a necessidade de cessação da autorização para desvinculação do orçamento e o correto manejo das informações atinentes à arrecadação e alocação dos recursos, que poderá se dar através do emprego de recursos tecnológicos e da inteligência artificial.

### **3 O DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO – UM SISTEMA EM CONSTANTE REFORMA**

O caminho histórico percorrido até a chegada de indicadores de Direitos Sociais no Brasil demandou a espera pela eclosão mundial da proteção social. Nesse tocante o país levou muitos anos até que pudesse definir em parâmetros legais uma rede de proteção social. Ocasão em que foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil em 1988. Todo esforço social e político envolvido reflete substancialmente na escolha pela proteção de certos direitos sociais, sobretudo àqueles destinados à salvaguarda dos infortúnios da vida.

O rompimento de um ciclo e o vislumbre de um novo horizonte à época são examinados através das palavras de Elías Díaz citado por José Afonso da Silva, nas quais demonstra a tentativa de derrocada de um sistema individualista: “Transforma-se em estado social de direito, onde o qualitativo social refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social.”<sup>16</sup>

A nova Constituição estabelece, por conseguinte, a Seguridade Social. Promulgada em 5 de outubro de 1988, a nova Constituição brasileira tratou da

---

<sup>16</sup> Cf. Elías Díaz, op. cit. p. 96; Verdú, op. cit., p. 95 e ss. apud SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2017. p. 117.

Seguridade Social em sua totalidade e a sedimentou em seu Título VIII, denominado "Da ordem social".<sup>17</sup>

É latente a evolução e preservação de determinados direitos sociais pela Carta Constitucional de 1988, sendo nessa abordagem, portanto, muito mais rica que suas antecessoras, eis que inovou com previsões específicas o amparo social.<sup>18</sup>

Nesse sentido ao definirem a seguridade social, Marcos Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia, lecionam que "O direito da seguridade social deve ser entendido como o ramo do direito que se ocupa da análise do conjunto de normas jurídicas concernentes à saúde, à assistência e à previdência social".<sup>19</sup> Destarte, verifica-se que a forma de organização da Seguridade Social no Brasil requer estreita relação entre esses três ramos, ademais de incursões profundas que exigem análise em diferentes âmbitos, a exemplo de demandas orçamentárias e prestacionais.

Arraijada em legislação própria que define de maneira particular seu funcionamento e alcance, a seguridade social ganha destaque após a edição da Lei n.º 8.029, de 12/04/1990 que criou o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)<sup>20</sup>, concomitantemente com a entrada em vigor da Lei n.º 8.212, que dispõe sobre a organização e custeio da seguridade social.

É a Lei n.º 8.212/91 que arrola os princípios aplicáveis à seguridade social, e o faz já no parágrafo único do art. 1º de aludido regulamento. Constituí, então, um primado de proteção social baseado nos seguintes preceitos: universalidade da cobertura e do atendimento; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; irredutibilidade do valor dos benefícios; equidade na forma de

<sup>17</sup> Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 28 mai. 2018

<sup>18</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013. 2.380 pg. p. 1893.

<sup>19</sup> CORREIA. Érica Paula Barcha; CORREIA. Marcus Orione Gonçalves. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 36.

<sup>20</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 5.ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 51.

participação no custeio; diversidade da base de financiamento e caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados.<sup>21</sup>

A previdência social foi estabelecida constitucionalmente por critérios de contributividade, mas não abandona a proteção social, fazendo das contingências da vida humana seu propósito de existir.<sup>22</sup> Está, ainda, regulamentada de forma geral nos artigos 201 e 202 da Carta Magna, e encontra diretrizes específicas em diversas legislações infraconstitucionais.

Como forma de organização, sua estruturação foi alinhada através de regimes e sistemas previdenciários. No tocante aos regimes, foram divididos em regime público<sup>23</sup> e regime privado<sup>24</sup>. Do ponto de vista financeiro, está estruturada em modalidade de capitalização<sup>25</sup> e repartição simples<sup>26</sup>.

A constituição de 1988 consagrou o estado de bem-estar social voltando-se a atender o contexto de proteção social, nessa conformidade isso ocorre pela efetividade das normas traçadas pela previdência. Nesse âmbito, a segurança social surge como norte à efetivação de grande parte dos direitos básicos tidos como prestacionais.

As reformas previdenciárias pós-constituente consistiram em um abarcado de legislações esparsas que modificaram consubstancialmente o modelo criado originariamente. De todas as reformas sofridas, destaque para as seguintes: a) Emenda Constitucional n.º 3 de 1993, que modificou os art. 40 e 42 da Constituição Federal que tratavam das pensões dos servidores públicos; b) Emenda Constitucional n.º 20 de 1998, que demudou a idade mínima para aposentadoria, extinguiu a aposentadoria proporcional e fixou regras de transição; c) Emenda

---

<sup>21</sup> Os princípios estão enumerados no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.212/1991.

<sup>22</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; et al., op. cit., p. 1948

<sup>23</sup> A previdência pública é um sistema de repartição, cuja característica básica é a existência da solidariedade. Neste caso, solidariedade entre gerações, ou seja, quem paga hoje está custeando os atuais benefícios previdenciários. CLEMENT. Felipe. RIBEIRO. Juliana de Oliveira Xavier. **Prática Previdenciária para Empresas**. Quartien Latin. São Paulo. 2015. p. 23.

<sup>24</sup> É regime privado a previdência complementar, prevista no art. 202 da CF. É regime de caráter facultativo, no qual se ingressa por manifestação expressa da vontade do interessado. SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquematizado**. Saraiva. São Paulo: 2014. p.147.

<sup>25</sup> No regime de capitalização adotam-se técnicas financeiras de seguro e poupança. loc. cit.

<sup>26</sup> No regime de repartição simples, baseado na solidariedade entre indivíduos e entre gerações, as contribuições dos que podem trabalhar são imediatamente empregadas no pagamento das prestações dos que não podem exercer atividade laboral. loc. cit.

Constitucional n.º 41 de 2003, que trouxe mudanças relativas ao cálculo das aposentadorias e pensões de servidores públicos com base na média de todas as remunerações, instituindo ainda a alíquota de 11% para contribuição previdenciária das pessoas já aposentadas; d) Em 2012, foi editada a emenda n.º 70, que alterou as aposentadorias por invalidez no serviço público; e) a Emenda Constitucional n.º 88 de 2015, que ampliou para 75 anos a idade estabelecida para aposentadoria compulsória.<sup>27</sup>

Além das remodelações mencionadas, temos, por fim, a mais recente e mais complexa modificação pós-constituente: a Emenda Constitucional n.º 103 de 2019. As novas regras estabelecidas impactam diretamente nos benefícios de natureza previdenciária e assistencial que alcançam os funcionários do setor privado e público, excetuando-se servidores estaduais e municipais que não foram abrangidos pela reforma.<sup>28</sup>

Dentre as principais mudanças trazidas, tidas como emblemáticas, estão: a extinção da aposentadoria por tempo de contribuição; fixação de idade mínima para aposentadoria; escalonamento de tempo de contribuição para impacto no valor percebido; decréscimo nos valores pagos aos benefícios em espécie; alterações nos requisitos para concessão do benefício de pensão por morte; redução do montante pago a título de pensão por morte, oito diferentes regras de transição, entre outras coisas mais.<sup>29</sup>

Acerca da aprovação da EC n.º 103/2019 o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário lançou nota lamentando a aprovação da reforma previdenciária, especialmente, baseando-se no entendimento de que antes desta deveria preceder a reforma tributária e administrativa, por inferir que o maior *déficit* orçamentário não

---

<sup>27</sup> BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Emendas Constitucionais. **Portal da Legislação**. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/quadro\\_emc.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm)> Acesso em: 14 de jan. de 2020.

<sup>28</sup> Não obstante, no Senado, há em tramitação a PEC Paralela da Previdência n.º 133/2019, cuja finalidade a inclusão de Estados e Municípios na Nova Previdência juntamente com a União. BRASIL. **NOVA PREVIDÊNCIA**. É para todos. É melhor para o Brasil. Disponível em: <<https://www.brasil.gov.br/novaprevidencia/>> Acesso em: 20 jan. 2020.

<sup>29</sup> A Emenda Constitucional n.º 103 de Novembro de 2019 pode ser consultada na íntegra pelo link: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc103.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc103.htm)>

se encontra na previdência social. Paralelamente, evidenciou a existência de normas inconstitucionais aprovadas no texto.<sup>30</sup>

Inevitável não se estabelecer um comparativo do modelo de seguridade social arquitetado pela constituinte e aquele posto em vigência hodiernamente. A redução de benesses e o aumento de critérios objetivos para recebimento de prestações estatais, contributivas e não contributivas resta consideravelmente transposta. O abandono de análises sérias, pautadas em métricas verdadeiras; a desatenção para com a peculiaridade das mais diversas regiões brasileiras; a indiferença com o panorama de desigualdade social e com a pobreza são alíneas nas quais a reforma previdenciária brasileira mais significativa parece ter sido fundamentada.

Logo, suscitar questões como a desvinculação das receitas da união como meio impeditivo para alcance dos fundos necessários ao financiamento da Seguridade Social e por conseguinte a previdência social se desvendam imperativos.

#### **4 ABANDONANDO A DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS ORÇAMENTÁRIAS E ENFRENTANDO O PROBLEMA DAS MÉTRICAS**

Inferimos através da série de alterações legislativas sofridas no previdenciário brasileiro que sua essência como instrumento de redução de desigualdades sociais foi revertida, tendo impactos significativos ao bem-estar social. Pelo que se faz inevitável estabelecer um comparativo do modelo de seguridade social arquitetado pela constituinte e aquele posto em vigência na época atual.

A partir da aprovação da Emenda Constitucional n.º 103/2019, Reforma da Previdência mais recente, o modelo previdenciário de proteção social arquitetado pelo Constituinte Originário foi excessivamente modificado. Apesar da discordância entre maior parcela da população, evidenciada inclusive através da nota de lamentação do IBDP sobre a aprovação de aludida emenda constitucional, não há uma preocupação real por parte das autoridades em atender as demandas cívicas. Conhecendo a história da previdência social, a redução de benesses e o aumento de

---

<sup>30</sup> IBDP, **Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário**. Nota Pública: Aprovação da Reforma da Previdência Social (EC 103/19). 2019. Disponível em: <[https://www.ibdp.org.br/?page\\_id=1351](https://www.ibdp.org.br/?page_id=1351)> Acesso em 25 jan. 2020.

critérios objetivos para recebimento de prestações estatais, contributivas e não contributivas é indubitavelmente obsoleta.

Assim, considerando todo orçamento já desvinculado do sistema de Seguridade Social e por consequência da Previdência Social, tem-se que as constantes alterações se deram pautadas em um discurso de *déficit* falso.

Ao que demonstra o estudo de Denise Lobato Gentil<sup>31</sup> a Previdência Social é em verdade *superavitária*. Há nas palavras da autora, uma falsa crise do sistema de Seguridade Social instalada no Brasil.

Colhe-se na íntegra:

“Diante dessa avalanche de avaliações sombrias massificadas pela mídia, não é de se estranhar que pessoas comuns, políticos e até pessoas respeitáveis no mundo acadêmico acreditem que é preciso, urgentemente, fazer a reforma da previdência para resolver um problema financeiro gravíssimo. **O déficit, no entanto, não existe.** (...)”.  
(grifei).<sup>32</sup>

Ademir Alves da Silva<sup>33</sup> também alerta para o conceito de *déficit* utilizado pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, deixando claro que as métricas variam de acordo com a metodologia empregada.

SILVA citando MARQUES deixa claro que não se desvenda correto o cálculo das contas públicas que levam em consideração apenas as contas da previdência social, ao passo que estas dependendo da movimentação do mercado de trabalho poderá se revelar *superavitária*. O correto seria então, que o cálculo fosse estabelecido a partir dos critérios das contas da seguridade social e não da previdência social, isoladamente.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> A Professora Denise Lobato Gentil é Doutora em Economia pelo Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). É professora e pesquisadora do Instituto de Economia da UFRJ nas disciplinas de Macroeconomia e Economia do Setor Pública. Sua pesquisa se concentra nas áreas de Política Fiscal e Seguridade Social.

<sup>32</sup> GENTIL, Denise Lobato. **A Política Fiscal e a Falsa Crise da Seguridade Social Brasileira. Uma história de desconstrução e de saques**. 1. Ed. Rio de Janeiro. 2019.

<sup>33</sup> SILVA, Ademir Alves da. **A reforma da previdência social brasileira: entre o direito social e o mercado**. *São Paulo Perspec.* [online]. 2004, vol.18, n.3, pp.16-32. p. 21 ISSN 1806-9452. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-88392004000300003>> Acesso em 16 jan. 2021.

<sup>34</sup> SILVA, 2004, p. 21.

Para o jurista SILVA: *"quando a seguridade social é colocada como oposição entre competitividade e bem-estar social, a seguridade social tende, sem dúvida, a sucumbir sob a ditadura do mercado."*<sup>35</sup>

Imperioso ressaltar que as discussões sobre *déficit* envoltas as contas da seguridade social, especialmente no que tocam a previdência social, continuam em evidência. Discussões concernentes a necessidade de economia, redução de gastos públicos e diminuição de gastos inerentes a direitos prestacionais são pautadas constantemente às discussões públicas. O Presidente da República Jair Messias Bolsonaro deixou claro sua intenção na colocação em vigência do sistema de capitalização<sup>36</sup> de previdência como uma das metas a serem alcançadas por seu governo.<sup>37</sup>

Evidente, no entanto, que o país já enfrentou inúmeras reformas previdenciárias e não se vislumbra o modelo previdenciário criado em sua forma original há muito tempo. Em todas as suas dimensões houveram reduções de direitos prestacionais, especialmente na última reforma (EC n. 103/2019). A nova cartada que surge agora é a discussão sobre a implementação do sistema de capitalização, que retirará do setor público a manutenção, gerenciamento e

<sup>35</sup> SILVA, 2004, p. 17.

<sup>36</sup> Sobre o sistema de capitalização é importante destacar: As afrontas aos cidadãos brasileiros não acabam aqui. Resta saber se depois de tanto sacrifício social o resultado fiscal dos experimentos de privatização da Previdência pelo mundo seriam favoráveis. Supostamente, os regimes de capitalização seriam sustentáveis e trariam um alívio aos cofres públicos, afinal, esse é o objetivo central da reforma. O referido estudo da OIT, entretanto, relata um cenário oposto. As finanças públicas se deterioraram significativamente como resultado dos altos custos de transição dos regimes de repartição para a capitalização. Estes custos, sempre subestimados pelos tecnocratas dos vários governos que empreenderam as reformas, são provenientes de duas fontes. Em primeiro lugar, os governos têm que reconhecer os direitos às contribuições efetuadas pelos segurados ao anterior sistema de repartição. Em segundo lugar, a transferência das contribuições para o novo sistema privado de capitalização gera um *déficit* no sistema de repartição antigo, uma vez que este ainda tem que continuar cumprindo com o pagamento de benefícios para os aposentados. Não houve o equilíbrio fiscal anunciado pelas reformas. Ao contrário, devido a esses elevados custos houve necessidade de emitir títulos para os Estados se financiarem. A maioria dos governos exigia que os fundos privados de previdência investissem suas reservas em títulos do Tesouro, o que criou uma dinâmica circular e custosa. Os únicos beneficiários eram as administradoras privadas de fundos de previdência, que lucravam com as taxas administrativas e comissões que cobravam. GENTIL, Denise Lobato. **O que se quer com a reforma da Previdência? Comentários sobre o regime de capitalização e o avanço das finanças**. 2019. Disponível em:

<[https://www.ie.ufrj.br/images/IE/grupos/finsoc/Artigos/Gentil%20\(2019\).%20O%20que%20se%20quer%20com%20a%20reforma%20da%20Previd%C3%Aancia..pdf](https://www.ie.ufrj.br/images/IE/grupos/finsoc/Artigos/Gentil%20(2019).%20O%20que%20se%20quer%20com%20a%20reforma%20da%20Previd%C3%Aancia..pdf)> Acesso em 14 fev. 2021.

<sup>37</sup> Capitalização prevista na reforma da Previdência provoca incertezas. **Senado**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/14/capitalizacao-prevista-na-reforma-da-previdencia-provoca-incertezas>> Acesso em 16 fev. 2021.

pagamento dos benefícios de natureza previdenciária, conduzindo-os ao setor privado.

Nesse sentido, convém a ressalva feita por Denise Lobato Gentil acerca do tema: *O país caminha na contramão da experiência internacional, ao passo que "a reforma do governo Bolsonaro nos empurra para o aprofundamento da financeirização da previdência como se oferecesse a última descoberta evolutiva da humanidade."*<sup>38</sup>

Logo, nesse panorama o futuro da previdência social no Brasil deveras perverso. Pois, retira do setor público a manutenção, gerenciamento e pagamento dos benefícios em espécie, além de empurrar ao acaso milhões de brasileiros que dependem do sistema previdenciário para sobrevivência em meio aos infortúnios da vida.

A ausência de transparência no que tange a arrecadação e gastos com a seguridade social também se revela problemática. Não se tem possibilidade de chegar ao correto levantamento de dados a partir das informações disponibilizadas atualmente pelo Governo Federal. Esse diagnóstico, no entanto, poderia ser outro, levando em consideração a possibilidade de utilização da Inteligência Artificial na coleta, seleção e disponibilização dos dados.

É admirável imaginar que em decorrência de uma conferência acadêmica organizada por John McCarthy em 1956, a Inteligência Artificial resumida à época como ciência e engenharia de máquinas inteligentes, especialmente programas de computador e sistemas de computadores inteligentes que se assemelhariam as capacidades humanas, realmente conduziria a humanidade a novos e intrigantes experimentos.<sup>39</sup> Nessa levada, a inteligência artificial é um campo que usa técnicas de programação que pretendem resolver problemas como o ser humano os resolveria.<sup>40</sup> Seria, portanto, a instauração do intelecto humano conduzido através

---

<sup>38</sup> GENTIL, 2019, p. 01.

<sup>39</sup> HAMET, P.; TREMBLAY, J. Artificial intelligence in medicine. **Metabolism**, [S. l.], v. 69, p. 36-40, 2017, apud WELCHEN, Vandoir; TRES, Renata Chaielen; MOLLE Franciele Dalle; FACHINELLI, Ana Cristina. **Inteligência Artificial e a Tomada de Decisão na Saúde: Estudos a Nível de Stricto Sensu no Brasil**. XIX Mostra de Iniciação Científica, Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão Programa de Pós-Graduação em Administração. Universidade de Caxias do Sul – UCS. 23 E 24 de agosto de 2019. p. 1

<sup>40</sup> ARARIBOIA, G. **Inteligência Artificial**. Rio de Janeiro: Ed. LTC, 1988, apud SELLITTO, Miguel Afonso. **Inteligência Artificial: Uma aplicação em uma indústria de processo contínuo**. Gestão e Produção. v.9,



de máquinas. Muito embora, na visão de Marvin Minsky, essa inteligência artificial além de atingir as capacidades humanas, com o decorrer do tempo, poderia ultrapassá-las, pois "*cérebros são computadores formados de carne*".<sup>41</sup>

O universo trazido pela inteligência artificial desvenda-se, imensurável. No entanto, concepções tecnológicas são mais palpáveis, dadas a sua pronta disponibilidade no mundo real. Assim, recursos tecnológicos como o BIG DATA<sup>42</sup> que se constitui no "*conjunto de dados extremamente amplos, que necessitam de ferramentas preparadas para lidar com grandes volumes de dados, de forma que toda e qualquer informação nesses meios possa ser encontrada, analisada e aproveitada em tempo hábil*",<sup>43</sup> revela-se útil e necessário.

É preciso levar em consideração que o *big data* estabelecerá desde a coleta de dados, armazenamento e a correta utilização das informações coletadas, possuindo a finalidade de organização das informações extraídas, de maneira a auxiliar futuras deliberações.<sup>44</sup>

Pois bem. Alguns exemplos deste rápido avanço e da aplicação de formas de inteligência artificial à seguridade social são: a) o desenvolvimento do *Chatbot*<sup>45</sup> pela

---

n.3, p. 363-376, dez. 2002. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/gp/v9n3/14574.pdf>> Acesso em: 09 ago. 2020

<sup>41</sup> MINSKY, M. **Semantic Information Processing**. Cambridge; Ttie MIT Press, 1968, apud WELCHEN, Vandoir; et al., op. cit., 2019, p. 1.

<sup>42</sup> As tecnologias que sustentam a aplicação de Big Data podem ser categorizadas sob duas perspectivas, as ferramentas de análise (*analytics*) e as tecnologias de infraestrutura, que servem para processar e armazenar os grandes volumes de dados. Big Data não se resume somente a um grande volume de dados não estruturados, como também inclui as tecnologias que possibilitam o processamento e a análise desses dados. A tecnologia associada a Big Data possibilita a criação de modelos estatísticos que servem para otimizá-los, e prever dados futuros. A seguir, temos uma relação de algumas tecnologias referentes a Big Data: **Hadoop**: plataforma de software em Java de computação distribuída voltada para clusters e processamento de grandes volumes de dados, com suporte a tolerância a falhas. **Map Reduce**: é um framework desenvolvido pela Google para suportar computações paralelas em grandes coleções de dados em clusters de computadores. **Linguagens de script**: linguagens de programação adequadas a Big Data, como Python. **Visual Analytics**: método de análises em grandes volumes de dados com saída em formato visual ou gráfico. **Processamento de linguagem natural (PLN)**: conceito aplicado à inteligência artificial permitindo a análise de textos. **In-memory analytics**: processamento de Big Data realizado na memória do computador com o objetivo de aumentar a velocidade das análises.

<sup>43</sup> MORAIS, Izzabelly Soares. GONÇALVES, Priscila de Fátima. LEDUR, Cleverson Lopes. JUNIOR, Ramiro Sebastião Córdova. SARAIVA, Maurício de Oliveira. FRIGERI, Sandra Rovena. **Introdução a Big Data e Internet das Coisas (IoT)**. Porto Alegre: SAGAH, 2018, p. 14 Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595027640/>> Acesso em: 09 ago. 2020

<sup>44</sup> MORAIS, et. al., 2018, p. 15.

<sup>45</sup> *Chatbots* são softwares de comunicação automática que oferecem assistência pela internet ao conduzir diálogos com os usuários, sendo capazes de determinar suas necessidades e oferecer os serviços comumente mais solicitados através da interpretação de comandos e envio de respostas.

previdência social, oportunidade em que colocou o *chatbot* chamado de Heloísa<sup>46</sup> como assistente virtual do MEU INSS, buscando propiciar a facilitação do atendimento à população em meio à pandemia. A assistente "Helô" responde às perguntas e dúvidas mais simples feitas através da plataforma virtual pelos segurados enquanto se mantém em processo de coleta de dados constante quanto as dúvidas mais frequentes; b) Diante do risco perdurável de contágio pelo covid-19 e a necessidade de distanciamento social, recursos de sistema inteligente mostraram-se mais eficazes no controle e monitoramento do estado de saúde de pacientes infectados. Na Capital Catarinense, Florianópolis, um sistema de inteligência artificial denominado "Laura" foi desenvolvido em parceria com uma *startup*. O sistema está programado para acompanhar o estado de saúde dos pacientes, inicialmente atenderá 17 (dezessete) municípios.

Todavia, NETO e MORAIS fazem o seguinte alerta sobre o tema:

Não obstante, deve ter ficado claro até o momento que a Internet não é, exclusivamente, um instrumento emancipatório. Muito pelo contrário: a apropriação técnica pela iniciativa privada e a proteção dos algoritmos de classificação como propriedade privada tendem a diminuir os traços democratizantes da tecnologia da informação. Considerando que as interações sociais ocorrem dentro de uma estrutura privada (como é o caso do Facebook e do WhatsApp, por exemplo), cujo objetivo é a coleta e a monetização das informações dos seus usuários, as capacidades democráticas da Internet devem ser vistas com certo ceticismo.<sup>47</sup>

Ainda assim, verifica-se plenamente possível a ingerência de recursos tecnológicos para o melhoramento da gestão, funcionamento, compilamento e manutenção sustentável do sistema previdenciário no Brasil.

---

<sup>46</sup> O nome Heloísa Miranda Chaves, ou simplesmente Helô, foi escolhido por lembrar foneticamente o nome Elóy Chaves, uma das personalidades mais importantes na criação do sistema previdenciário. Ao utilizar como referência um nome tão significativo, espera-se que a assistente também seja um marco na história moderna do sistema brasileiro de previdência. Outra curiosidade é que a data de nascimento da personagem é a mesma de criação do INSS: 27 de junho de 1990. INSS – INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, **Nova assistente social esclarece dúvidas do cidadão**, 07 mai. 2020, Disponível em: <<https://www.inss.gov.br/nova-assistente-virtual-do-inss-esclarece-duvidas-do-cidadao/>> Acesso em 12 ago.2020.

<sup>47</sup> MORAIS. Jose Luis Bolzan. NETO. Elias Jaco de Menezes. A fragilização do Estado-Nação na Proteção dos direitos humanos violados pelas tecnologias da informação e comunicação. **Revista direitos fundamentais & democracia (Uni-Brasil)**, v. 23, n. 3. p. 231-257, 2018.

Colhe-se sobre o tema:

A digitalização mudou a forma de fazer negócios, bem assim de criar, circular e gerir riquezas. Deu ensejo a modelos empresariais até recentemente desconhecidos, novas formas de comércio e de relacionamento entre empresas e consumidores, ao tempo em que paulatinamente tornou obsoletos modelos tradicionais. Está alterando também a natureza do trabalho e a maneira como Poder Público e sociedade comunicam-se. Governo e instituições jurídicas precisam adaptar-se aos tempos atuais para lidar com necessidades e demandas emergentes (e.g. acesso à internet) e administrar canais e instrumentos sem precedentes.<sup>48</sup>

Ademais, o destaque para o gerenciamento administrativo dos recursos públicos, revela-se mais do que necessário atualmente. Uma administração gerencial, pautada na transparência da arrecadação e alocação dos recursos também se revela necessária.

É o que extrai dos ensinamentos de Marcos Abraham sobre o tema:

Dentro do atual contexto de globalização, de avanço tecnológico e de amplo acesso às informações, as sociedades contemporâneas e os seus cidadãos exigem cada vez mais transparência nas atividades realizadas pelos governantes, obrigando o administrador público a adotar gestões mais democráticas e participativas, inclusive nas finanças públicas (...).<sup>49</sup>

Possibilitar o desenvolvimento e utilização de tecnologias como a destacada no presente artigo, visando minimizar o impacto negativo da atuação estatal, são alternativas que se mostram válidas à efetivação de direitos fundamentais. Por certo que há muito o que se discutir sobre a temática, especialmente no desenvolvimento e recepção da IA pela administração pública. Todavia, o reconhecimento dos avanços tecnológicos e sua contribuição para a humanidade são inquestionáveis.

---

<sup>48</sup> A Tributação na Era Digital e os Desafios do Sistema Tributário no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, v. 15, n. 1, 2019.

<sup>49</sup> ABRAHAM, Marcus. ORÇAMENTO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE CIDADANIA FISCAL. **Revista de Direitos Fundamentais**, Curitiba, v.17, n.17, p.188-209, janeiro/junho 2015. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/596/421>> Acesso em 25 mar. 2021.

#### 4 CONCLUSÃO

O estudo apresentado cuidou de trazer à baila a necessidade de cessação da autorização para desvinculação do orçamento e o correto manejo das informações atinentes à arrecadação e alocação dos recursos, demonstrando que o emprego de recursos tecnológicos e da inteligência artificial se revela uma excelente alternativa para manejo e transparência das questões fiscais, mormente quando há dúvidas sobre as métricas empregadas.

Pressupondo que os parâmetros éticos previstos na economia devam ser respeitados, tem-se que o orçamento inicial da seguridade social não pode ser desvinculado, ainda que a justificativa do Estado seja a manutenção de outros setores do governo. Mesmo sob o crivo da legalidade a DRU deve ser questionada. No panorama de uma interpretação teleológica, em que se busca a efetivação da vontade do legislador, tem-se que a intenção da previsão orçamentária inicial não comportaria a desvinculação das receitas. A escolha do constituinte foi justamente a escolha de enviar parcela orçamentária maior à seguridade social, almejando a efetivação de direitos sociais. É chegada a hora de equilibrar a balança ética a respeito do emprego da inteligência artificial e utilizá-la como instrumento para efetivação de direitos fundamentais, neste caso, direitos fundamentais de natureza prestacional.

Por certo que o alcance da cessação das desvinculações das receitas e o emprego adequado de recursos tecnológicos e de inteligência artificial no manuseio dos orçamentos públicos nos conduzirá a um modelo sustentável de previdência social.

#### REFERÊNCIAS

A Tributação na Era Digital e os Desafios do Sistema Tributário no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, v. 15, n. 1, 2019.

ABRAHAM, Marcus. ORÇAMENTO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE CIDADANIA FISCAL. **Revista de Direitos Fundamentais**, Curitiba, v.17, n.17, p.188-209, janeiro/junho 2015. Disponível em:

<<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/596/42>  
1 Acesso em 25 mar. 2021.

ALVES. Raquel de Andrade Vieira. **A “Nova” Desvinculação de Receitas da União e o pacto federativo**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-15/raquel-alves-dru-pacto-federativo> Acesso em 16 de fevereiro de 2021

ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Análise Econômica do Direito no Brasil**. Uma leitura à luz da Teoria dos Sistemas. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2017

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 28 mai. 2018

BRASIL. **NOVA PREVIDÊNCIA**. É para todos. É melhor para o Brasil. Disponível em:  
<<https://www.brasil.gov.br/novaprevidencia/>> Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Emendas Constitucionais. **Portal da Legislação**. Brasília. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/quadro\\_emc.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm)> Acesso em: 14 de jan. de 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013. 2.380 pg. p. 1893.

Capitalização prevista na reforma da Previdência provoca incertezas. **Senado**. Disponível em:  
<<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/14/capitalizacao-prevista-na-reforma-da-previdencia-provoca-incertezas>> Acesso em 16 fev.2021.

CLEMENT. Felipe. RIBEIRO. Juliana de Oliveira Xavier. **Prática Previdenciária para Empresas**. Quartien Latin. São Paulo. 2015.

CORREIA. Érica Paula Barcha; CORREIA. Marcus Orione Gonçalves. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2002

GENTIL. Denise Lobato. **A Política Fiscal e a Falsa Crise da Seguridade Social Brasileira. Uma história de desconstrução e de saques**. 1. Ed. Rio de Janeiro. 2019.

GENTIL. Denise Lobato. **O que se quer com a reforma da Previdência? Comentários sobre o regime de capitalização e o avanço das finanças**.". Disponível em:  
<[https://www.ie.ufrj.br/images/IE/grupos/finsoc/Artigos/Gentil%20\(2019\).%20O%20que%20se%20quer%20com%20a%20reforma%20da%20Previd%3AAncia..pdf](https://www.ie.ufrj.br/images/IE/grupos/finsoc/Artigos/Gentil%20(2019).%20O%20que%20se%20quer%20com%20a%20reforma%20da%20Previd%3AAncia..pdf)> Acesso em 14 fev. 2021.

IBDP, **Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário**. Nota Pública: Aprovação da Reforma da Previdência Social (EC 103/19). 2019. Disponível em: <[https://www.ibdp.org.br/?page\\_id=1351](https://www.ibdp.org.br/?page_id=1351)> Acesso em 25 jan. 2020.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 5.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

INSS – INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, **Nova assistente social esclarece dúvidas do cidadão**, 07 mai. 2020. Disponível em: <<https://www.inss.gov.br/nova-assistente-virtual-do-inss-esclarece-duvidas-do-cidadao/>> Acesso em 12 ago.2020.

JUNIOR. Marco Aurélio Serau. **Economia e Seguridade Social**. 2<sup>a</sup> ed. Juruá. Curitiba. 2012.

MELO, Auricelia do Nascimento; MENDES, Gillian Santana de Carvalho. **Ensaio e Reflexões sobre o Direito**: volume 2. (Orgs.) --Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

MORAIS, Izzabelly Soares. GONÇALVES, Priscila de Fátima. LEDUR, Cleverson Lopes. JUNIOR, Ramiro Sebastião Córdova. SARAIVA, Maurício de Oliveira. FRIGERI, Sandra Rovena. **Introdução a Big Data e Internet das Coisas (IoT)**. Porto Alegre: SAGAH, 2018, p. 14 Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595027640/>.> Acesso em: 09 ago. 2020

MORAIS. Jose Luis Bolzan. NETO. Elias Jaco de Menezes. A fragilização do Estado-Nação na Proteção dos direitos humanos violados pelas tecnologias da informação e comunicação. **Revista direitos fundamentais & democracia (Uni-Brasil)**, v. 23, n. 3. p. 231-257, 2018.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquematizado**. Saraiva. São Paulo: 2014.

SCAFF, Fernando Facury. A DRU, os direitos sociais e o pagamento dos juros da dívida. **Consultor Jurídico**. 14 jul. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-14/contas-vista-dru-direitos-sociais-pagamento-juros-divida>> Acesso em: 14 fev. 2021.

SCAFF. Fernando Facury. **Direitos Humanos e a Desvinculação das Receitas da União – DRU**. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44670/44974>> Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

SELLITTO, Miguel Afonso. **Inteligência Artificial**: Uma aplicação em uma indústria de processo contínuo. *Gestão e Produção*. v.9, n.3, p. 363-376, dez. 2002. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/gp/v9n3/14574.pdf>> Acesso em: 09 ago. 2020

SILVA, Ademir Alves da. **A reforma da previdência social brasileira: entre o direito social e o mercado**. São Paulo Perspec. [online]. 2004, vol.18, n.3, pp.16-32. p. 21 ISSN 1806-9452. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-88392004000300003>> Acesso em 16 jan. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2017.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000

SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. São Paulo: Companhia das Letras. 1999.

WELCHEN, Vandoir; TRES, Renata Chaielen; MOLLE Franciele Dalle; FACHINELLI, Ana Cristina. **Inteligência Artificial e a Tomada de Decisão na Saúde: Estudos a Nível de Stricto Sensu no Brasil**. XIX Mostra de Iniciação Científica, Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão Programa de Pós-Graduação em Administração. Universidade de Caxias do Sul – UCS. 23 E 24 de agosto de 2019.





## **5. A VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA DAS MULHERES TRABALHADORAS E VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

### *VIOLATION OF THE RIGHT TO LIFE OF WORKING WOMEN AND VICTIMS OF DOMESTIC VIOLENCE*



<https://doi.org/10.36592/9786554601153-05>

*Isadora Hörbe Neves da Fontoura*<sup>1</sup>

*Suzéte da Silva Reis*<sup>2</sup>

#### **1 INTRODUÇÃO**

O fenômeno da violência contra a mulher não é atual. A Lei Maria da Penha assegura a proteção às mulheres de todas as classes, raças, sexo e condições sociais. Se a vítima vier a sofrer violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, poderá utilizar dispositivos contidos na supracitada lei para garantir a sua proteção contra o agressor. Entretanto, a Lei Maria da Penha só protege a mulher se ela for agredida em ambiente doméstico e familiar, no caso em que ela fosse agredida fora do âmbito doméstico, não poderia ter o auxílio da mencionada lei.

Dessa forma, as mulheres que são trabalhadoras e estão em cenário de violência doméstica, não poderão ter a proteção da Lei Maria da Penha. Existem duas maneiras que as mulheres podem sofrer violência no ambiente de trabalho: o empregador ou algum colega de trabalho agredi-la ou só pelo fato de ela ir trabalhar, acabar desenvolvendo uma violência, como a exemplo da violência psicológica. Só existe um artigo que discorre a respeito da mulher trabalhadora e que é vítima de violência, sendo o artigo 9º, §2º, II, da Lei Maria da Penha. Entretanto, o mencionado

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do grupo de pesquisas "Relações de Trabalho na Contemporaneidade", ligado ao PPGD da UNISC.

<sup>2</sup> Doutora em Direito (Área de concentração: Direitos Sociais e Políticas Públicas) pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Mestre em Direito, com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), UNISC. Professora do Programa de Pós-Graduação – Mestrado – em Direito e do Curso de Graduação em Direito da UNISC. Professora de Cursos de Especialização *Latu Sensu* em diversas instituições de ensino superior. Coordenadora do grupo de pesquisas "Relações de trabalho na contemporaneidade", ligado ao PPGD UNISC.

artigo possui omissões legislativas que não garantem a efetiva proteção da mulher trabalhadora que foi agredida.

As omissões são referentes a não ser mencionado no dispositivo quem seria o responsável pelo pagamento da vítima e não haver nenhuma previsão de um prazo a mais para ela se manter afastada do trabalho, caso necessite. Se a mulher for obrigada a retornar ao trabalho, mesmo não estando em condições psicológicas saudáveis para o retorno, é ocasionada a violência psicológica. Nesse sentido, se a mulher estiver sofrendo psicologicamente, a sua dignidade estará sendo violada, e, portanto, o seu direito à vida também.

## **2 A PRESENÇA CONSTANTE DA VIOLÊNCIA NA VIDA DAS MULHERES E SUAS FORMAS**

Inquestionavelmente, as mulheres se encontram em uma posição inferior aos dos homens por várias razões, contudo, a principal é por ser considerado que o gênero masculino, como possui a força física mais desenvolvida do que o gênero feminino, é visto como melhor e mais capaz. Toda esta diferença iniciou-se no sistema do patriarcado, onde a dominação masculina era muito presente e constante na sociedade. Nesse sistema, as mulheres não tinham voz.

Burckhart (2017, p. 3) discorre a respeito da era patriarcal:

O patriarcado marca a construção das sociedades ocidentais há milênios, desde a Antiguidade clássica, e pode ser entendido como um sistema político-cultural de opressão que se difunde por meio da dominação simbólica dos detentores do padrão de poder generificado (homens) sobre mulheres e demais seres subjugados. Esse paradigma construiu ao longo da História uma série de representações sociais, culturais e políticas que passaram a ser internalizadas e externalizadas no âmbito das instituições políticas e sociais, entre eles o Direito.

A relação de desigualdade entre os gêneros, portanto, é nociva para todas e todos, entretanto, para as mulheres é questão de segurança e saúde. Se for questionado para qualquer mulher se ela já sofreu alguma forma de violência

simplesmente pelo fato de ser mulher ou se conhece alguma mulher que tenha sofrido, provavelmente a resposta será afirmativa (Silva, 2018).

É na infância que é apresentado aos gêneros os seus lugares no mundo. Caso eles não sigam as recomendações poderão sofrer muitas repressões, sendo que a primeira delas é dentro de casa. É considerado comum que o patriarca ensine ao filho homem a jogar esportes como futebol ou judô, ou outro esporte de luta em que o uso da força física é primordial para que o filho aprenda a ser um homem (Silva, 2017).

Silva (2017, p. 30) discorre sobre as diferenças da natureza e biológicas que contribuem para a desigualdade entre os gêneros:

As diferenças da natureza contribuem na construção de esquemas de pensamentos universalizantes que atribui as mulheres tudo que é baixo, pequeno, frágil, pouco e sem importância. [...] As diferenças biológicas aparecem como justificativas legítimas da diferença socialmente construída entre os gêneros. Assim, a visão androcêntrica de mundo não precisa se legitimar racionalmente, pois encontra seu respaldo nas explicações da natureza que diz ser a mulher o "sexo frágil". E isso é corroborado pelo entendimento majoritário que, no que tange aos temas atinentes à ciência da natureza, não é cabível qualquer discussão.

As mulheres são ensinadas a serem frágeis, sem ter voz para reclamar, dóceis e emocionais, com suas responsabilidades voltadas as atividades domésticas e de cuidado com o lar e a família, nesse sentido, são ensinadas desde cedo a serem delicadas e "submissas". No Brasil, percebe-se que há um grande incentivo da prática de *ballet*, o uso do rosa, brincadeiras com bonecas e o cuidado com as "casinhas", onde são ensinadas as crianças a cozinhare. (Silva, 2017).

Por estas razões é que a violência ainda é considerada uma constante no cotidiano de muitas mulheres. Como há esse cenário cultural em que o homem é um ser superior a mulher em virtude de sua força física, muitos deles consideram que podem utilizar desta força no trato com as mulheres. Seja pelo motivo de elas não concordarem com suas atitudes, não desejarem permanecer no relacionamento ou não realizarem atitudes que eles esperam que elas realizem, muitos deles utilizam a violência.

Entretanto, é necessário destacar que não é somente com a força física que o gênero masculino pode agredir uma mulher, mas também pelas palavras, humilhações e inferiorizações. Como a força física era, e ainda é, o que coloca o homem em posição superior a mulher, ele também, por este motivo, era considerado com mais capacidade para realizar todas as outras tarefas cotidianas. É também por essa razão que o ingresso da mulher no mercado de trabalho só ocorreu com a Revolução Industrial, onde precisavam de mais mão de obra.

A mulher por muito tempo foi totalmente desprezada, relativizada em desigualdade com relação ao homem, sua posição na sociedade, ainda hoje cultivada, é a de que nasceu para ser esposa e mãe, jamais para ser independente e ser dona de sua própria vida (Zanotti, 2019, p. 15).

A Lei Maria da Penha foi sancionada em 7 de agosto de 2006, em virtude de que uma mulher foi sobrevivente a várias violências em seu casamento e somente com o auxílio internacional conseguiu fazer justiça. Esta mulher se chama Maria da Penha Maia Fernandes que, com a criação da Lei nº 11.340, garantiu que muitas mulheres que foram agredidas tivessem seus direitos assegurados e protegidos. Desse modo, a supracitada lei tem como objetivo principal proteger as mulheres que foram violentadas fisicamente, psicologicamente, sexualmente, moralmente e patrimonialmente em âmbito doméstico e familiar (Lei Maria da Penha, 2006).

As violências que a Lei Maria da Penha (2006) visa combater se encontram presentes em seu artigo 7º. A primeira violência é a física. A violência física é toda conduta que ofenda a integridade física da vítima, nesse sentido, são todos os tapas, socos, empurrões e estrangulamentos que o agressor comete contra ela. A segunda violência prevista no inciso II da Lei nº 11.340 é a violência psicológica, considerada tão grave e fatal como a física, se caracteriza por toda conduta que cause dano emocional à vítima. Na violência psicológica, o agressor fere a vítima com humilhações, inferiorizações, ameaças e todas as palavras que possam causar dano psíquico a ela. Como na violência física, a psicológica pode levar a vítima a óbito, pois a mulher nessa forma de violência pode desenvolver problemas graves como a depressão e finalizar no suicídio (Lei Maria da Penha, 2006).

A terceira violência prevista no artigo 7º da Lei Maria da Penha (2006) é a violência sexual, que ocorre quando o violentador tenta obrigar a vítima a participar de relações sexuais sem seu consentimento, através de intimidação, ameaça ou uso da força. Nesta forma de violência, o agressor também comercializa e utiliza a sexualidade da vítima, impedindo que ela utilize de qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio. A quarta forma de violência é a patrimonial, que se caracteriza por toda a conduta que configure retenção, subtração, destruição dos objetos, recursos econômicos ou bens da vítima. Na violência patrimonial, o agressor tem como finalidade ferir a vítima destruindo seus pertences pessoais somente para feri-la, não pelo valor que eles possuem.

A última violência prevista na Lei nº 11.340 é a violência moral que pode se resumir a quaisquer condutas que configurem calúnia, difamação ou injúria. Muito parecida com a violência psicológica, na violência moral o agressor também deseja desequilibrar psicologicamente a vítima inventando mentiras sobre ela (Lei Maria da Penha, 2006).

Conforme Marques, Erthal e Girianelli (2019, p. 3), as violências física, sexual, psicológica e moral são incididas concomitantemente:

As violências física, sexual, emocional e moral costumam ocorrer em conjunto. Nesse sentido, pode-se afirmar que a violência emocional estará sempre presente, assim como a violência moral; sobretudo em se tratando de violência de gênero, e, mais especificamente, intrafamiliar e doméstica, pois são muito tênues os limites entre quebra de integridade e obrigação de suportar o destino de gênero traçado para as mulheres: sujeição aos homens; sejam eles pais ou maridos.

As mulheres são julgadas por continuarem em um relacionamento abusivo, mesmo sabendo que não é correto. Contudo, são muitos fatores que as fazem permanecer. É necessário destacar dois: o desequilíbrio de poder e a intermitência do abuso. Pelo desequilíbrio de poder, a mulher dominada se torna cada dia menos capaz de viver sem que ocorra o amparo do dominador, sendo que essa dominação pode ser física, financeira e psicológica. Mas a intermitência do abuso ocasiona a expectativa na mulher de que o homem pode modificar o seu comportamento abusivo (Marques et al., 2019).

A alternância entre as fases calmas e amorosas e as de abuso, contaminadas por violência, criam o paradigma da teoria do reforço intermitente, que já se revelou ser um dos modelos mais eficazes de aprendizado, produzindo padrões de comportamento persistentes e extremamente difíceis de serem rompidos (Marques et al., 2019, p. 3).

Os casos de violência contra a mulher estão sempre em constante crescimento. No primeiro trimestre de 2022, a central de atendimento registrou 31.398 denúncias e 169.676 violações envolvendo a violência doméstica contra as mulheres. Entretanto, os números de casos de violações aos direitos humanos de mulheres são considerados maiores do que as denúncias recebidas, pelo motivo de que uma única denúncia pode conter mais de uma violação de direitos humanos (Brasil, 2022).

Portanto, é inquestionável afirmar que a violência ainda está muito presente na vida das mulheres e mesmo existindo uma legislação específica para a proteção delas, a Lei Maria da Penha, há muito caminho que deve ser percorrido para a erradicação da violência na vida das mulheres.

### **3 A VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA ÀS MULHERES TRABALHADORAS E VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

Todos os seres humanos possuem o direito à vida. Este direito é considerado inalienável, irrevogável, indisponível e insubstituível. Dessa forma, o direito à vida deve ser respeitado em todas as ocasiões, sendo garantido, também, a todos uma vida com qualidade, respeito e dignidade. Pois não existe vida se a pessoa não tiver dignidade assegurada e respeitada por todos.

O direito à vida está presente na primeira geração dos direitos humanos. A primeira geração dos direitos humanos surgiu no século XVIII e XIX, com base no lema revolucionário francês do século XVII, sobre igualdade, liberdade e fraternidade. Os direitos de primeira geração são inerentes à individualidade e baseiam-se no princípio da liberdade (Lovato & Dutra, 2015).

A primeira geração de direitos fundamentais surge como resultado das Revoluções Americana e Francesa e do pensamento liberal burguês do sec. XVIII, centralizado no

individualismo e colocando os direitos dos indivíduos frente ao Estado. Logo, trata-se da reação do Estado Liberal ao Estado Absolutista, ora vigente, liderada pela burguesia, que pleiteavam a limitações dos poderes do Estado e o respeito às suas liberdades individuais (Cavalcanti, 2019, p. 12).

O direito à vida é reconhecido como o mais fundamental de todos, haja vista que os outros não existiriam sem ele. A propriedade, liberdade, dignidade, igualdade, não podem ser mencionadas sem que impere sobre todos estes a garantia do direito à vida (Sturza & Albarello, 2015).

Nesse sentido, pode-se concluir que a vida é necessária para que todos os outros direitos existam e possuam sentido. Por esta razão que direito à vida é considerado o mais importante e fundamental. Entretanto, o respeito à dignidade da pessoa humana é importante para que a vida perdure com garantias e condições sociais. Se não há vida, não existe, portanto, a dignidade da pessoa humana, pois estão intimamente conectados. Dessa maneira, a vida e a dignidade da pessoa humana são direitos constitucionalizados e que devem ser preservados com o objetivo de garantir a sobrevivência do ser humano (Sturza & Albarello, 2015).

O direito à vida e a dignidade da pessoa humana também estão presentes na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) em seus artigos 1º e 3º:

Artigo 1 - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo 3 - Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Contudo, em todos os artigos da mencionada Declaração estão presentes o direito à vida e a dignidade, pois qualquer direito que é garantido a um ser humano, está vinculado ao direito que ele tem de viver e ter dignidade na vida. Na Constituição Federal de 1988, o direito à vida se encontra já no preâmbulo do 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 (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

Graça Neto (2018, p. 40) discorre acerca do artigo 5º e do direito à vida na atual Constituição:

Neste artigo, todos são iguados em termos de direitos fundamentais homens, mulheres e estrangeiros. O primeiro direito a ter sua inviolabilidade garantida é o direito à vida, uma vez que o legislador reconheceu que sem a vida a sociedade não existiria, muito menos aquela Assembleia Constituinte. Vemos através deste dispositivo constitucional que o direito à vida no ordenamento jurídico nacional é universal e inalienável, qualquer posicionamento diverso é inconstitucional, também é restringido o direito de relativizar a extensão desta garantia, logo para esta Constituição não há distinção entre a vida de homens, mulheres, crianças, não nacionais, prisioneiros.

Portanto, mesmo estando presente somente no artigo 5º da Constituição, o direito à vida incide sobre todos os direitos elencados nos dispositivos da Constituição e de todos os Códigos brasileiros. Dessa maneira, é inquestionável que o direito ao trabalho, considerado como um direito social, tem o direito à vida como a sua base. Por este argumento, todos os trabalhadores devem possuir o direito à vida garantido no âmbito laboral.

Garantir o direito ao trabalho, que tem como base o direito à vida é, também, assegurar um trabalho decente. Nenhum ser humano deveria exercer as suas atividades em um ambiente de trabalho onde a sua dignidade seja violada, pois seu direito à vida também seria. Além disso, o trabalho permite que os seres humanos possam viver uma vida com qualidade, mas, também concede a eles a realização pessoal de exercerem atividades que auxiliam em seu equilíbrio psicológico, haja vista a utilidade social que cada ser possui quando realiza o seu trabalho. Portanto, o direito ao trabalho também é uma forma de garantir o direito a uma vida digna e equilibrada.

Nos tempos atuais, o trabalho significa mais do que a possibilidade de obtenção do mínimo: simboliza a realização pessoal, pela satisfação em consumir bens e serviços colocados à disposição do indivíduo; representa também fator de integração com o semelhante, de equilíbrio psíquico e emocional através da consciência de utilidade social (Amaral, 2016, p. 13).



Todavia, existe uma situação específica em que o direito à vida do trabalhador é violado. É o caso das mulheres trabalhadoras e vítimas de violência doméstica, que somente possuem o artigo 9º, §2º, inciso II da Lei Maria da Penha assegurando direito a elas no ambiente de trabalho, mas existem omissões graves neste artigo que acabam violando o direito à vida delas. Conforme o supracitado artigo:

Art. 9º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.

§ 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:

II - manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses (Lei Maria da Penha, 2006).

O artigo 9º, §2, inciso II da Lei nº 11.340 assegura que as mulheres trabalhadoras e em cenário de violência doméstica possam se afastar do trabalho pelo período de até seis meses, com a manutenção do vínculo trabalhista. O mencionado artigo não trouxe a previsão de quem seria o responsável pelo pagamento da vítima. Desse modo, não há nada no ordenamento jurídico que estabeleça o responsável pelo pagamento da ofendida, fazendo com que muitas mulheres continuem trabalhando, após o período em que foram vítimas de violência e enquanto ainda está perdurando, por não existir um apoio jurídico (Lei Maria da Penha, 2006).

Ainda, o referido artigo não menciona e não traz uma previsão legal de um prazo a mais, caso a vítima necessite. Desse modo, mesmo ela estando prejudicada psicologicamente após as agressões, ela será obrigada a retornar ao emprego em seis meses.

Nestas duas omissões, inquestionavelmente, o direito à vida delas é violado. Primeiramente, pelo fato da mulher não utilizar o disposto no artigo 9, §2º, inciso II, por não existir nos dispositivos legais uma previsão de quem seria o responsável pelo pagamento, ou seja, ela irá continuar indo trabalhar normalmente, sem ter um

período de repouso, pelo medo de ser demitida, agravando ainda mais as suas condições psicológicas. E por não existir um prazo a mais de seis meses, caso a ofendida necessite para continuar se recuperando.

Diante do exposto, o direito à vida das mulheres que são trabalhadoras e estão em um cenário de violência doméstica é violado por não existirem garantias trabalhistas a elas. A mulher precisar ter que trabalhar com o seu psicológico debilitado, não possui dignidade, e, portanto, não tem o direito a uma vida digna.

#### **4 CONCLUSÃO**

Durante muito tempo, as mulheres foram submissas aos homens, não tendo nenhum direito e proteção jurídica assegurados. Mas em virtude das evoluções legislativas que ocorreram no tocante aos direitos das mulheres, elas conseguiram conquistar o seu espaço no ordenamento jurídico.

A Lei Maria da Penha foi a principal conquista das mulheres pois garante proteção a elas caso sejam agredidas fisicamente, psicologicamente, sexualmente, patrimonialmente e moralmente, em âmbito doméstico e familiar. Mas é necessário afirmar que as violências contra as mulheres não ocorrem somente dentro de casa, mas também no ambiente de trabalho.

O direito à vida é assegurado a todos os seres humanos. Considerado como um direito indisponível, inalienável e irrevogável, todas as pessoas possuem o direito a viver uma vida com dignidade, em todas as esferas, por este motivo que a dignidade e o direito à vida estão relacionados. O direito à vida vincula os demais direitos e, então, por esta razão é que o direito ao trabalho tem como base o direito à vida.

As mulheres trabalhadoras e que são vítimas de violência doméstica têm violado o seu direito à vida quando estão neste cenário, pois o único dispositivo legal destinado a elas nesta situação específica, o artigo 9º, §2º, inciso II da Lei Maria da Penha, não assegura a efetiva proteção. Como o mencionado artigo não prevê quem será o responsável pelo pagamento do salário das ofendidas e, também, não concede um prazo a mais de seis meses de afastamento, não garante o direito à vida delas no ambiente de trabalho, em virtude de que elas poderão sofrer psicologicamente nas

duas situações. Ter o psicológico debilitado, não é considerado viver com dignidade, e, portanto, é violado o direito à vida.

## REFERÊNCIAS

- Amaral, A. I. G. (2016). Direito fundamental ao trabalho digno: o papel do estado na efetivação da tutela. In Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, *Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais I* (pp. 85-100). Florianópolis: CONPEDI.
- Brasil (2022). Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Brasil tem mais de 31 mil denúncias de violência doméstica ou familiar contra as mulheres até julho de 2022. Recuperado de <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2022/eleicoes-2022-periodo-eleitoral/brasil-tem-mais-de-31-mil-denuncias-violencia-contra-as-mulheres-no-contexto-de-violencia-domestica-ou-familiar>.
- Burckhart, T. (2017). Gênero, dominação masculina e feminismo: por uma teoria feminista do Direito. *Direito em Debate*, 26(47), 205-224. doi:10.21527/2176-6622.2017.47.205-224.
- Cavalcanti, M. A. F. G. (2019). *Limitações aos direitos fundamentais e a liberdade de expressão - O caso do abuso de poder religioso no processo eleitoral: liberdade de expressão ou afronta à ordem democrática?* (Monografia de Bacharelado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife.
- Constituição da República Federativa do Brasil (Governo Federal [Brasil], 5 de outubro de 1988).
- Declaração Universal dos Direitos Humanos (Assembleia Geral das Nações Unidas [Estados Unidos], 10 de dezembro de 1948).
- Graça Neto, E. M. (2018). *O direito à vida como um direito natural de todos* (Monografia de Bacharelado em Direito). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza.
- Lei Maria da Penha, Casa Civil da Presidência da República do Brasil, Lei nº 11.340, Diário Oficial da União (7 de agosto de 2006) (2006).
- Lovato, A. C., & Dutra, M. C. (2015). Direitos fundamentais e direitos humanos - singularidades e diferenças. In *Anais do 12º Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*, Santa Cruz do Sul, RS.
- Marques, B. O. M., Erthal, R. M. C., & Girianelli, V. R. (2019). Lei Maria da Penha: uma análise crítica à luz da criminologia feminista. *Saúde Debate*, 43(4), 140-153. doi:10.1590/0103-11042019S412.

Silva, B. A. (2018). Lugar de mulher: patriarcado, capitalismo, violência contra a mulher e educação. In *Anais do 16º Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social*, Vitória, ES.

Silva, G. S. (2017). *A dominação masculina, o patriarcado e a apropriação estatal de conflitos: contribuições da justiça restaurativa aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher* (Dissertação de Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Vitória, Vitória.

Sturza, J. M., & Albarello, J. (2015). A proteção ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana: controvérsias acerca do aborto de anencéfalos. *Direito em Debate*, 24(44), 66-92. doi:10.21527/2176-6622.2015.44.66-92.

Zanotti, M. A. (2019). *Feminicídio e violência de gênero* (Monografia de Bacharelado em Direito). Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu, Foz do Iguaçu.

## 6. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 787/DF: A READEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE ÀS MINORIAS SEXUAIS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)<sup>1</sup>



<https://doi.org/10.36592/9786554601153-06>

*Eliziane Fardin de Vargas<sup>2</sup>*

*Júlia Carolina Budde<sup>3</sup>*

### 1 INTRODUÇÃO

A consolidação dos princípios fundamentais, principalmente no que tange ao princípio da dignidade humana, afirmado na Constituição de 1988, tem como base o direito a uma vida digna, o qual pressupõe a garantia de condições mínimas para o acesso a elementos básicos de saúde destinados a todos os brasileiros.

---

<sup>1</sup> Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

<sup>2</sup> Doutoranda no Programa da Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PROSUC/CAPES modalidade I. Mestre em Direito pelo Programa da Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2022), com bolsa PROSUC/CAPES modalidade II. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2020), com bolsa PROUNI - Integral. Integrante do grupo de pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da Jurisdição Constitucional - instrumentos teóricos e práticos".

Lattes:<<http://lattes.cnpq.br/7125626353321424>>. Orcid:<[orcid.org/0000-0002-3192-659X](https://orcid.org/0000-0002-3192-659X)>.

E-mail:<[elizianefvargas@mx2.unisc.br](mailto:elizianefvargas@mx2.unisc.br)>.

<sup>3</sup> Graduanda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Bolsista de iniciação científica PROBIC/FAPERGS, com o projeto: "Aprimoramento dos programas de Humanização dos serviços de saúde com base nos parâmetros de proteção dos grupos vulneráveis fixados pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos", coordenado pela Profa. Dra. Mônia Clarissa Leal. Integrante do Grupo de pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos" vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dr<sup>a</sup> Mônia Clarissa Hennig Leal. Secretária da Diversidade e da Cultura no Diretório Acadêmico Germano Fell do Curso de Direito da UNISC. E-mail: <[budde\\_julia@yahoo.com.br](mailto:budde_julia@yahoo.com.br)>/<[budde1@mx2.unisc.br](mailto:budde1@mx2.unisc.br)>.

Orcid:<<https://orcid.org/0000-0002-8934-543X>>.

Lattes:<<http://lattes.cnpq.br/2064746010944607>>.

Em concordância a isso, levando em consideração o deferimento da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 787/DF, bem como, considerando o contexto de busca pela inserção igualitária de diversas pessoas em situações de risco e vulnerabilidade no âmbito social, assim como, visando a adequada e igualitária prestação do direito fundamental à saúde a todos e, muito especialmente, às pessoas transexuais e travestis, questiona-se: como as medidas implementadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na medida cautelar da ADPF 787/DF contribuem para o fortalecimento da “noção de dever de proteção estatal” (*Schutzpflicht*), no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais das minorias sexuais, e dialogam com o tema do controle jurisdicional de políticas públicas?

Para tornar possível o desenvolvimento da pesquisa, utiliza-se do método de abordagem dedutivo, do método de procedimento analítico e da técnica de pesquisa documental e bibliográfica. Tem-se como objetivos, inicialmente, analisar quais as mudanças propostas na decisão da ADPF 787/DF, no que se refere à igualdade nos atendimentos de saúde dispensados pelo Sistema único de Saúde (SUS) às minorias sexuais – mais especificamente às pessoas transexuais e travestis. Em seguida, tendo em vista a análise desenvolvida, pretende-se discutir como as medidas definidas na ADPF 787/DF contribuem para o fortalecimento da noção de “dever de proteção estatal” (*Schutzpflicht*) nos casos envolvendo a proteção dos direitos fundamentais das minorias sexuais, buscando evidenciar em que medida o disposto na decisão se correlaciona com os debates acerca do controle jurisdicional de políticas públicas.

Visa-se, a partir da análise realizada, reforçar a importância e o dever de identificar e investigar os riscos e fatores que aumentam a possibilidade de diferentes tipos de bloqueios de acesso ao direito à saúde ou de qualquer ação que promova a vulneração da população transexual e travesti. Além disso, de maneira geral, verifica-se, pois, a necessidade de uma discussão referente à adoção de medidas que respeitem as múltiplas características das pessoas expostas a situação de vulnerabilidade, inclusive no que se refere às diversificações de gênero e orientação sexual.

## 2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 787/DF

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 787/DF, julgada em 28 de junho de 2021, demonstra a relevância das discussões acerca da necessidade de um direito à saúde igualitário para com as minorias sexuais, principalmente no que tange aos transexuais e travestis, uma vez que com o deferimento da medida cautelar na ADPF 787/DF prestigiou-se o direito universal à saúde, de maneira igualitária e gratuita, considerando a perspectiva de respeito à identidade de gênero e orientação sexual nos atendimentos fornecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS) às pessoas transexuais e travestis.

Para preservar o direito à igualdade e de não-discriminação quando essa minoria sexual busca atendimentos de saúde – especialmente em relação aos atendimentos ginecológicos, obstétricos e urológicos –, a decisão fixou uma série de adequações ao procedimento de prestação dos serviços de saúde pelo Sistema Único de Saúde, quais sejam: a alteração do sistema de marcação de consultas e exames de todas as especialidades médicas em conformidade com as necessidades biológicas do paciente, respeitando e reconhecendo a sua identidade de gênero autodeclarada. Bem como, determinou que fosse providenciada à alteração do layout da declaração de nascido vido (DNV), para que faça constar na declaração a categoria “parturiente”, independente dos nomes e identidades de gênero dos genitores. (ADPF 787/DF, 2021, p. 36-37)

A ADPF, proposta pelo Partido dos Trabalhadores, contou com a relatoria do Ministro Gilmar Mendes e tratou sobre assuntos que dizem respeito à atenção primária ao direito à saúde de pessoas transexuais e travestis pela Sistema Único de Saúde. A decisão também discutiu acerca de violações de preceitos fundamentais do direito à saúde, da dignidade da pessoa humana e da igualdade, firmados nos artigos 6º, 196 e 5º da Constituição Federal, respectivamente. (ADPF 787/DF, 2021, p.1)

De maneira geral, sustenta a decisão que a prestação de serviços básicos de saúde pública à população não possui políticas públicas adequadas a todas as orientações sexuais e identidades de gênero, além de alegar a existência de um

estado configurado por atos que violam direitos fundamentais relacionados à saúde de pessoas transexuais e travestis. (ADPF 787/DF, 2021, p. 1). Assim, o ato impugnado pela ADPF se dá sobre o fato de que pessoas transsexuais teriam seu acesso negado para determinados serviços de saúde em razão do nome e gênero que constam em seus registros de nascimento, desconsiderando os avanços em termos de reconhecimento da identidade de gênero já consolidados na decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 4275/DF<sup>4</sup>. A ocasião, relatada pelo Ministro Edson Fachin, assegurou, através da interpretação ao Pacto de San José da Costa Rica, a possibilidade de as pessoas transgênero realizarem a alteração de seu prenome e gênero no Registro Civil, pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico. Dessa forma, é possível afirmar que esse modelo de prestação pública de serviços de saúde ainda estaria interligado às concepções que identificam “mulher” e “homem”, apenas, desconsiderando percepções diversas de gênero. (ADPF 787/DF, 2021, p.1)

Os fatos a respeito foram narrados pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT), interpostos e expedidos pela Defensoria Pública da União, que recomendou ao Ministério da Saúde a adoção das medidas necessárias para adequar o procedimento de acolhimento das pessoas transsexuais pelo SUS. Por sua vez, o então Secretário Executivo do Ministério da Saúde informou que tomaria providencias e incorporaria as medidas cabíveis. Dessa forma, conforme a decisão da ADPF 787/DF, “a resposta oficial do Ministério da Saúde implica no reconhecimento da existência de falhas no sistema de informação do SUS, o qual é responsável pela negativa de acesso à saúde básica da população cisgênero<sup>5</sup>”. (ADPF 787/DF, 2021, p. 2)

---

<sup>4</sup> A decisão assegurou o direito das pessoas transsexuais a realizarem a retificação do prenome e do sexo diretamente nos Cartórios de Registro Civil, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização ou de decisão judicial. Para uma análise mais detalhada da decisão, recomenda-se: Leal, M. C. H. & Vargas, E. F. (2021). A interpretação conforme à Convenção Americana de Direitos Humanos dada pelo Supremo Tribunal Federal na decisão da ADI 4275: a alteração do prenome e do sexo de pessoas transgênero e a questão do diálogo entre Cortes. En Alvites, E., Pompeu, G. M., Sarlet, I. W. (Ed.). *Anais da VII Jornada da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia* (2.a ed., pp. 39-56). Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix.

<sup>5</sup> Ressalta-se que a definição mais difundida da palavra “cis” é aquela usada para designar a pessoa que se identifica com o gênero designado no nascimento, enquanto uma pessoa trans não se identificaria com essa designação. Doutrinadores definem como cis “a pessoa que foi designada “homem” ou “mulher”, se sente bem com isso e é percebida e tratada socialmente (medicamente, juridicamente, politicamente) como tal” (s/p), ao passo que também indica ser uma categoria relativa



Com relação ao andamento do processo que resultou na publicação da presente ADPF, esse se dá sobre uma Ação Civil Pública que, por sua vez, narra as dificuldades de acesso a serviços de saúde da população transexual e travesti. Dentre as dificuldades, o requerente alega que até mesmo a Declaração de Nascido Vivo (DNV) possui campos que forçam o(a) parturiente ao preenchimento equivocado, de maneira que “um homem trans, que gestou seu filho, tem seu nome registrado como mãe no DNV, ao invés de pai biológico” (ADPF 787/DF, 2021, p. 02). Dessa forma, somada a comprovação de tal conduta pelo SUS, bem como somada à negativa por parte do Ministério da Saúde em apresentar documentação requerida, é de se afirmar que a soma desses atos fere os preceitos fundamentais, violando os direitos dessa parcela da população e servindo como justificativa para a presente arguição. (ADPF 787/DF, 2021)

No que tange ao teor da decisão, destaca-se a importância da função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no controle constitucional das políticas públicas de prestação do direito à saúde. Segundo Leal e Maas (2020b, p. 25), cabe ao Supremo Tribunal Federal proteger os grupos minoritários de eventuais excessos da maioria ou, até mesmo, contra abusos perpetrados pelo próprio Poder Público e seus agentes. Daí a importância do Supremo Tribunal Federal em analisar conflitos, tais como os que, nesse caso, envolvem os direitos constitucionais da população LGBTQIA+. (ADPF 787/DF, 2021, p. 02)

Ainda, como fundamento à decisão, observa-se o direito à identidade de gênero, inclusive no que diz respeito ao direito à identidade de gênero no registro civil. No documento da ADPF 787/DF, verifica-se que há, por parte do tribunal, uma especificação relativa ao conceito de “nome social” e “identidade de gênero”, esse reconhecido como “a identidade de uma pessoa no que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade” (ADPF 787/DF,

---

a pessoas cuja referencial do “próprio” sexo coincide com aquele assignado pelos discursos médico e jurídico ao nascer. Distingue binariamente homens ou mulheres, sem abrir margem para outras identificações. Percebe-se, assim, a ideia de um alinhamento e um efeito de coerência naturalizados, que estabiliza as categorias - homem e mulher - pela cristalização da diferença sexual e a força de discursos específicos nos processos de conformação e legitimação dos gêneros. Uma pessoa cis é “politicamente vista como “alinhada” dentro de seu corpo e de seu gênero” (s/p), o que lhe confere privilégio em relação à legitimação de sua identidade. Dessa forma, afirma-se que o contexto utilizado pelo próprio relator da presente peça não se utilizou do termo adequado para tal, visto que o termo “cis” não se aplica aqueles que se identificam como transexuais. (Fuchs, Hining & Toneli, 2011, p. 4)

2021, p. 16) e aquele como "a designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente conhecida". Assim, necessário que o atendimento à uma pessoa a qual se identifique com o sexo masculino e possua tal registro civil, mas que tenha o nascido com o órgão reprodutor feminino, seja garantido. (ADPF 787/DF, 2021, p. 15)

Com relação aos conceitos admitidos pela presente Arguição de Descumprimento, tem-se, segundo Haraway (2021, p. 15):

Os conceitos e tecnologias da "identidade de gênero" foram produzidos a partir de vários componentes: uma leitura instintualista de Freud; o foco na psicopatologia e somatologia sexual dos grandes sexologistas do século dezenove (Krafft-Ebing, Havelock Ellis) e seus seguidores; o contínuo desenvolvimento da endocrinologia bioquímica e fisiológica desde os anos vinte; a psicobiologia de diferenças sexuais nascida da psicologia comparada; as inúmeras hipóteses de dimorfismo sexual hormonal, de cromossomos e neural, que convergiram nos anos cinquenta; e as primeiras cirurgias de redefinição de gênero por volta de 1960.

Também, em relação ao conceito de Jesus (2012, p. 15):

Gênero com o qual uma pessoa se identifica, que pode ou não concordar com o gênero que lhe foi atribuído quando de seu nascimento. Diferente da sexualidade da pessoa. Identidade de gênero e orientação sexual são dimensões diferentes e que não se confundem. Pessoas transexuais podem ser heterossexuais, lésbicas, gays ou bissexuais, tanto quanto as pessoas cisgênero.

Também, com relação aos direitos sexuais e reprodutivos da população transexual, a decisão discutida afirma que:

o direito brasileiro garante, com igualdade, a todos os cidadãos, o acesso a programas de saúde que garantam seus direitos sexuais e reprodutivos, em todos os seus aspectos. Isso está em consonância com as diretrizes promovidas pela Organização das Nações Unidas na matéria, especialmente a partir da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada na cidade do Cairo, em 1994, e com a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Beijing, em 1995, cujos acordos definiram os

direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos, passando os direitos reprodutivos [...] (ADPF 787/DF, 2021, p. 20).

No entanto, reconhece que:

é necessário garantir aos homens e mulheres-trans acesso igualitário a todas as ações e programas de saúde do SUS, especialmente aqueles relacionados à saúde sexual e reprodutiva, como agendamento de consultas nas especialidades de ginecologia, obstetrícia e urologia, independentemente de sua identidade de gênero, sendo fundamental eliminar obstáculos burocráticos que possam causar constrangimento a pessoa e atraso no acesso a prestação de saúde (ADPF 787/DF, 2021, p. 23)

Ainda, a decisão destaca a importância da adaptação do sistema para o acesso e agendamento de tratamentos médicos pelas pessoas transexuais, uma vez que:

homens transexuais e pessoas transmasculinas com prenome já alterado, que conservam o aparelho reprodutor feminino (úteros, ovários e vagina), não conseguem o tratamento com ginecologistas e obstetras. Da mesma maneira, mulheres transexuais e travestis, que possuem órgãos masculinos (testículo, próstata e pênis) têm o acesso às especialidades médicas como urologia e proctologia negados (ADPF 787/DF, 2021, p. 24)

Com relação a isso, o documento da decisão faz uma observação de que foram feitos pedidos acerca de informações perante órgãos competentes, no entanto, não se obteve nenhuma informação conclusiva acerca da sistematização do Sistema Único de Saúde (SUS), tendo como referência apenas as Portarias que compõe a Política Nacional da Saúde LGBTQIA+, por exemplo. (ADPF 787/DF, 2021, p.25)

Dessa forma, também se destaca que as informações trazidas à discussão não são compatíveis com a demanda de pacientes transgêneros, o que interfere no direito a um direito universal, igualitário e gratuito perante a Constituição de 1988. Assim, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 787/DF, por sua vez, demonstra um entendimento de que deve ser realizado um atendimento

personalizado a pessoa que registrou seu nome masculino, mas que possui útero e deseja engravidar. Conforme isso, a decisão também estipulou à União que:

no prazo de 30 (trinta) dias, proceda a alteração nos sistemas de informação do SUS para marcação de consultas e exames a fim de garantir o acesso às especialidades médicas em conformidade com suas especificidades e necessidades biológicas, independentemente do sexo biológico registrado (ADPF 787/DF, 2021, p. 29)

Também, dentro do mesmo prazo e no objetivo de garantir o cumprimento das medidas estipuladas caberá à União:

informar se o Sistema de Informações Hospitalares do SUS (SIH/SUS), o Sistema de Informações Ambulatoriais do SUS (SIA/SUS), o Sistema de Informações em Saúde da Atenção Básica (SISAB), o e-SUS 2.1.3.1 e o Sistema de Gerenciamento da Tabela de Procedimentos, Medicamentos e OPM do SUS/SIGTA estão devidamente adaptados e atualizados para garantir o acesso a tratamentos médicos com base na autodeclaração de gênero dos pacientes. (ADPF 787/DF, 2021, p. 29)

Com relação ao pedido de adaptação da Declaração de Nascido Vivo, a decisão buscou examinar o conceito da expressão, tendo como base a Lei nº 12.662 de 05 de junho de 2012. Assim, de acordo com os termos utilizados na legislação, o próprio Ministério da Saúde reconhece que “o atual layout da DNV menciona as categorias “pai” e “mãe”. Portanto, o seu preenchimento ainda não contempla outras formas de filiação de acordo com a identidade de gênero dos genitores”. (ADPF 787/DF, 2021, p. 33)

O Ministro relator da decisão, no entanto, estabelece a importância da adaptação do layout da Declaração de Nascido Vivo (DNV) para que conste a categoria “parturiente”, independente dos nomes dos genitores e que esteja de acordo com sua identidade de gênero. Logo, entende-se que há necessidade de eliminação de burocracias que dificultem o agendamento das consultas relativas a especialidades médicas pertinentes, especialmente no caso de homens transexuais que se encontrem gestantes ou no puerpério. (ADPF 787/DF, 2021, p. 36)

### 3 O DEVER DE PROTEÇÃO ESTATAL (*SCHUTZPFLITCH*) E O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NA ADPF 787/DF

A intensificação da atuação jurisdicional e o crescimento da judicialização dos direitos fundamentais é uma marca característica do constitucionalismo democrático, sendo impulsionada e “associada a aspectos como o caráter principiológico, a supremacia e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais [...] que, somados, conduzem a uma ampliação e a uma transformação da natureza da atuação da jurisdição constitucional”. (Leal & Maas, 2014, p. 26-27)

Desse referido reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais emerge a noção de “dever de proteção estatal” (*Schutzpflicht*), que pressupõe o “dever do Estado de criar as condições necessárias ao exercício e à fruição dos direitos fundamentais.” (Leal & Maas, 2020a, p. 91)

No entanto, o cumprimento desse “dever de proteção estatal” (*Schutzpflicht*) não deve se dar de modo indiscriminado, cabendo ser balizado tanto pela noção de “proibição de excesso” (*Übermaßverbot*) quanto pela noção de “proibição de proteção insuficiente” (*Untermaßverbot*). Assim, ambos os conceitos acabam operando como parâmetros de controle para a prestação do dever de proteção estatal, permanecendo, portanto, umbilicalmente interligados com o princípio da proporcionalidade. (Leal & Maas, 2020a, p. 92)

Transportando tais conceitos para o caso da ADPF 787/DF, nota-se que a prestação deficitária do direito à saúde à população transexual e travesti representa um rompimento com esse “dever de proteção estatal” (*Schutzpflicht*), no que diz respeito a sua dimensão de “vedação à proteção insuficiente” (*Untermaßverbot*). Sendo que, diante dessa violação, é da própria noção de “dever de proteção” que se pode extrair a fundamentação necessária para justificar o exercício do controle jurisdicional de políticas públicas por parte do Supremo Tribunal Federal nesse caso, pois, conforme a doutrina:

entende-se que o conceito de “dever de proteção estatal” (*Schutzpflicht*) poderia servir, também, como fundamento para o controle jurisdicional de políticas públicas, ao servir como parâmetro para o reconhecimento do “dever” de agir do Estado e,

consequentemente, para a indicação das possíveis “omissões” ou “desvirtuamentos” por ele praticados, tomando-se como critérios, para tanto, as noções de “proibição de proteção insuficiente” (*Untermaßverbot*) e de “proibição de excesso” (*Übermaßverbot*). (Leal & Maas, 2020a, p. 107-108)

Corroborando igualmente para a defesa do cabimento do controle jurisdicional para a readequação das políticas públicas de saúde, importa asseverar que:

políticas públicas que transgridam (ou soneguem) direitos fundamentais, individuais ou sociais, seja em razão de omissão, ineficiência ou desvirtuamento, o Poder Judiciário não poderá se omitir em decidir. Aliás, em sendo o Poder Judiciário o guardião das leis e da Constituição, deve julgar todos os casos que lhe forem trazidos para resolução, independente de se tratar de direitos fundamentais ou não. (Maas & Leal, 2019, p. 198)

No que diz respeito a aplicação da noção de “dever de proteção estatal” (*Schutzpflicht*), enquanto “proibição de proteção insuficiente” (*Untermaßverbot*), no campo das políticas públicas – especificamente em relação as políticas públicas de prestação ao direito à saúde em relação às minorias sexuais, como vimos no caso analisado nesse estudo –, se extrai que, diante da ausência, inadequação ou insuficiência das políticas públicas, poderá o Poder Judiciário ser invocado à desempenhar sua função jurisdicional em prol da prestação suficiente dos direitos fundamentais através do controle jurisdicional das políticas públicas, sem que isso implique em uma interferência indevida na competência dos demais Poderes – sendo esse, inclusive, o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal –, conforme assevera Leal e Maas (2020b, p. 161):

o Supremo Tribunal Federal afirma que pode realizar o controle de políticas públicas quando detectar omissão ou ineficácia de políticas públicas, sendo que atua como exceção, e não como regra. Todavia, não se pode deixar de considerar que o Poder Judiciário age quando provocado; assim, ao decidir sobre políticas públicas, está exercendo uma de suas funções típicas, que é julgar. Dessa forma, não cabe a ele omitir-se e sim decidir, visto que recaem sobre ele princípios como o da investidura, da indelegabilidade e da inafastabilidade da jurisdição.

Percebe-se que esse foi o caso da decisão na ADPF 787/DF, uma vez que o STF, chamado à analisar uma situação de prestação deficitária do direito à saúde, a qual, reflexamente, fere o direito de igualdade e não-discriminação das minorias sexuais, e, pretendendo extinguir o fato gerador dessa prestação insuficiente e desigual do direito à saúde, decide pelo deferimento da medida cautelar, fixando o prazo de 30 dias para que os Poderes Executivo e Legislativo cumprissem as medidas estabelecidas na decisão e providenciassem a alteração na forma de tratamento dispensada pelo Sistema Único de Saúde (SUS) em relação as pessoas trans. (ADPF 787/DF, 2021, p. 36-37)

Vislumbra-se a partir desse posicionamento do mais alto tribunal brasileiro uma intervenção do Poder Judiciário sobre a operacionalização das políticas públicas de saúde, ou seja, a ADPF 787/DF denota típico caso de controle jurisdicional de uma política pública que fornecia uma prestação insuficiente do direito à saúde, a qual ensejava uma situação de quebra com o dever de proteção estatal em sua esfera de proibição de proteção insuficiente.

Face a essa interferência do Poder Judiciário no campo de atuação típico dos demais Poderes, vale destacar que a eventual alegação de interferência indevida pode ser afastada não só em decorrência da violação do “dever de proteção estatal” (*Schutzpflicht*), assim como, através da própria Constituição Federal de 1988:

verifica-se que as normas políticas, que estabelecem a criação e implementação de políticas públicas, são passíveis de controle pelo Poder Judiciário, sendo que a possibilidade de se submeter uma política pública ao controle jurisdicional é trazida pela própria Constituição brasileira, diante da garantia prevista no inciso XXXV do artigo 5º, que estatui que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (Maas & Leal, 2019, p. 198)

Diante desse cenário há de se pensar que essa atuação do Poder Judiciário seria incompatível com a atuação do legislador, porém, muito pelo contrário, “todos los Poderes son, simultáneamente, responsables por la garantía de la Constitución” (Leal, 2022, p. 43). Essa decisão – ao lado de tantas outras que resguardam os direitos das minorias sexuais, tais como a ADI 5543/DF, ADPF 527/DF, ADPF 467/DF, ADPF 291/DF, ADI 4275/DF e ADPF 4277 – aponta para uma identificação do

Supremo Tribunal Federal como *locus* adequado para a busca da proteção das minorias sexuais diante da inércia dos demais Poderes em articular políticas públicas que prestigiem, igualmente, os direitos fundamentais das minorias sexuais.

Assim, a atuação contramajoritária, por mais que seja, errônea e injustamente, taxada como uma atuação ativista – por confrontar a inércia ou posicionamentos dos demais Poderes que vão de encontro a proteção constitucionalmente prevista às minorias –, mesmo diante dessa crítica, a jurisdição constitucional tem operado como importante elemento na busca pela proteção dos grupos minoritários e vulneráveis, já que as decisões desse teor, além de gerarem uma interpretação dos ditames constitucionais que saúdam os direitos fundamentais desses grupos vulnerabilizados, ainda atua como instrumento de conscientização social, fazendo com que, gradativamente, a situação de discriminação e de marginalização de determinados grupos seja superada socialmente.

#### 4 CONCLUSÃO

Consoante a isso, no que diz respeito às políticas públicas de prestação do direito à saúde, faz-se necessária a ideia de implementação de um sistema de especialidades médicas, vinculado aos serviços de saúde pública, que prestem atendimentos de saúde de maneira adequada e adaptada à especial situação das minorias sexuais, respeitando suas especificidades e promovendo um tratamento igualitário e não-discriminatório. Desse modo, respondendo ao problema de pesquisa proposto, com a adoção dessa postura protetiva pelo Supremo Tribunal Federal saúda-se o dever de proteção estatal uma vez que há uma correção da situação de ausência de um adequado procedimento de acolhimento das pessoas transexuais e travestis pelo SUS, com isso, sendo superada a situação de insuficiência da política pública de prestação do direito à saúde no que tange a população LGBTQIA+.

Essa readequação das políticas públicas de proteção à saúde das minorias sexuais, através da decisão do Supremo Tribunal Federal, manifesta uma típica relação de controle de políticas públicas por intermédio da atuação da jurisdição constitucional, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, ao ser provocado a rever o



procedimento de prestação de uma política pública de saúde – tendo em vista a alegação de que a maneira de prestação desse direito entra em rota de colisão com a proteção do direito de igualdade e de não-discriminação das pessoas transexuais e travestis – reconheceu a situação de inadequada e ineficiente prestação do direito à saúde à população transexual e travesti, e, diante disso, solicitou ao Ministério da Saúde que, dentro do prazo de 30 dias, realiza-se a readequação dos procedimentos de operacionalização das políticas públicas de saúde, no intuito de promover um adequado fornecimento do direito à saúde a essa parcela da população, sem que isso implique em uma afronta a sua autoidentificação sexual e de gênero.

## REFERÊNCIAS

*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 787/DF* (Supremo Tribunal Federal [Brasil], 28 de junho de 2021).

Fuchs, J. J. B., Hining, A. P. S., Toneli, M. J. F. (2021). Psicologia e Cisnormatividade. *Psicologia & Sociedade*, 33, 1-16. doi: <https://doi.org/10.1590/1807-0310/2021v33220944>

Haraway, D. (2004). "Gênero" para um dicionário marxista: a política sexual de uma palavra. *Cadernos Pagu*, 22, 201-246. doi: <https://doi.org/10.1590/S0104-83332004000100009>

Jesus, J. G. (2012). *Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos*. Brasília.

Leal, M. C. H. (2022). Aspectos históricos y conceptuales del activismo judicial, ese ilustre (des)conocido. En Fuchs, M. C. & Leal, M. C. H. (Ed), *Activismo Judicial. Cómo deciden los tribunales constitucionales en América Latina: Un análisis a partir del matrimonio civil igualitario* (pp. 13-76). Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.

Leal, M. C. H. & Maas, R. H. (2020a). "Dever de proteção estatal", "proibição de proteção insuficiente" e controle jurisdicional de Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Leal, M. C. H. & Maas, R. H. (2020b). *Judicialização da saúde e controle jurisdicional de políticas públicas: entre informação e participação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Leal, M. C. H. & Maas, R. H. (2014). *O Amicus Curiae e o Supremo Tribunal Federal: fundamentos teóricos e análise crítica*. Curitiba: Multideia.

Leal, M. C. H. & Vargas, E. F. (2021). A interpretação conforme à Convenção Americana de Direitos Humanos dada pelo Supremo Tribunal Federal na decisão da ADI 4275: a alteração do prenome e do sexo de pessoas transgênero e a questão do diálogo entre Cortes. En Alvites, E., Pompeu, G. M., Sarlet, I. W. (Ed.). *Anais da VII Jornada da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia* (2.a ed., pp. 39-56). Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix.

Maas, R. H. & Leal, M. C. H. (2019). Controle judicial de políticas públicas: "controle judicial forte ou fraco"? *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, 24(1), 191-215. doi: <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i1973>

# 7. AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA ENQUANTO NORMA PROTETIVO-JURÍDICA CONTRA A DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA<sup>1</sup>



<https://doi.org/10.36592/9786554601153-07>

*Lucas Moreschi Paulo*<sup>2</sup>

*Mateus Henrique Schoenherr*<sup>3</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

Não obstante a presença de legislação em favor da proteção dos dados pessoais e sensíveis desde 2018, no Brasil, ainda resta um vácuo legislativo para a tutela judicial da proteção jurídica contra ocorrências de discriminação algorítmica.

O estado da arte de "soluções" das consequências desse fenômeno perpassa pelo debate multidisciplinar dos campos de conhecimento. Contudo, não se tem como objetivo neste trabalho propor remédios para combater, reduzir e/ou prevenir a ocorrência de discriminações no âmbito de algoritmos, pois almeja-se identificar a possibilidade (e a forma) de levar seu eventual episódio ao âmbito judicial, para, após isso, poder o Estado-juiz atuar para reprimi-lo.

---

<sup>1</sup> Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa "'Teoria da essencialidade' (*Wesentlichkeitstheorie*) e discriminação algorítmica: *standards* protetivos em face do Supremo Tribunal Federal e da Corte IDH – proposta de parâmetros de controle", financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq (Bolsa de Produtividade em Pesquisa – Processo 309115/2021-3). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta" (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (ambos financiados pelo FINEP e ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC). Também se insere no âmbito do projeto de cooperação internacional "Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana: recepção da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua utilização como parâmetro para o controle jurisdicional de Políticas Públicas pelos Tribunais Constitucionais", financiado pela Capes (Edital PGC1 02/2015 – Processo 88881.1375114/2017-1 e Processo 88887.137513/2017-00).

<sup>2</sup> Advogado. Doutorando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC, bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições Comunitárias de Educação Superior (PROSUC) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestre e graduado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Foi bolsista do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado, da FMP. Integrante do grupo de pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta", coordenado pela Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4330914363996350>. E-mail: [lucasmoreschipaulo@gmail.com](mailto:lucasmoreschipaulo@gmail.com).

<sup>3</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Santa Cruz do Sul/RS, Brasil. Bolsista de iniciação científica PROBIC/FAPERGS. Integrante do grupo de pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta", coordenado pela Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Mônia Clarissa Hennig Leal. Código ORCID: 0000-0003-2486-8333. E-mail: [mateus.schoenherr@gmail.com](mailto:mateus.schoenherr@gmail.com).

Existir uma lacuna legislativa para colmatar as consequências discriminatórias da atuação dos algoritmos na sociedade não significa necessariamente a ausência de normas jurídicas que poderiam conduzir hermenêuticamente a soluções. Nesse compasso, chama-se atenção ao direito de autodeterminação informativa, do qual Estado é devedor de proteção.

Enquanto comparativo, parte-se de clássico julgamento do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) para guiar o entendimento de que, por meio do direito fundamental de personalidade, deduz-se a existência de uma proteção à autodeterminação informativa, proporcionando aos indivíduos um campo de salvaguarda contra a ocorrência de discriminações por sistemas (*machine learning, big data, inteligência artificial, v.g.*) geridos por algoritmos.

Dessa forma, formula-se a seguinte problemática para a pesquisa, que será trabalhada sob o método de procedimento bibliográfico, a partir da técnica documentação indireta e método de abordagem hipotético-dedutivo: é possível garantir o resguardo jurídico contra a discriminação algorítmica, no Brasil, por meio da hermenêutica de proteção ao direito de autodeterminação informativa?

Como hipótese, utilizando-se a decisão proferida pelo *BVerfG* no *BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83* (conhecido como «*Census Judgment*»), considerando a semelhança do Brasil com a Alemanha quanto ao regime jurídico protetivo dos direitos decorrentes da personalidade, acredita-se ser possível utilizar-se da hermenêutica da proteção à autodeterminação informativa para tutelar judicialmente as ofensas geradas pela discriminação algorítmica.

Assim, primeiramente, contextualiza-se o fenômeno da discriminação algorítmica e da verdadeira corrida acerca da utilização dos dados pessoais, para as múltiplas formas de uso, inclusive práticas que discriminam injustificadamente e, também, que ferem a própria existência pessoal em rede.

Posteriormente, com o aporte do «*census judgment*», verifica-se como que, desde o caso, o *BVerfG* veio traçando as bases para a utilização dos dados pessoais, ao reconhecer que a dignidade da pessoa humana fundamenta uma proteção à autodeterminação informativa, no sentido de que os titulares de direitos

fundamentais têm a livre disposição sobre o que querem, ou não, saber, e como tais informações devem ser utilizadas.

Por fim, defende-se, a partir das bases traçadas, que há uma implícita liberação do uso dos balizas protetivas traçadas pelo *BVerfG* ao direito constitucional pátrio, por reconhecer que a existência do direito de autodeterminação informativa torna-se um importante escudo protetivo para uma atuação baseada em princípios, valores e interpretações normativas da ordem constitucional já existente no Brasil, permitindo que o Estado-juiz tutele e recrimine atos discriminatórios, sobretudo na nova ótica discriminatória da vida, a partir do processamento de dados pessoais via algoritmos.

## **2 DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA E SUA RELAÇÃO COM A (NOVA) REALIDADE SOCIAL**

O nível tecnológico de rede chegou em um grau de sinergia com o ser humano e sua mente, em um alcance de inter-relacionamento nunca visto. O fenômeno tem explicação: o comodismo que a Internet propicia para as atividades diárias, como se locomover. O exemplo não é ao acaso, uma das primeiras utilizações pró-consumidor de um serviço a partir dos dados coletados por usuários de uma mesma plataforma foi o caso do *Google Maps*, servindo também ao aplicativo *Waze*. A partir de um complexo levantamento constante de informações recolhidas de todos os dispositivos celulares que habilitam a função de GPS, a comunidade que trafega se beneficia com maiores informações, mesmo do outro lado do mundo, sobre tempo estimado do percurso, se houve ou não algum acidente na pista, e assim por diante.

Essa simbiose é marca da sociedade da informação, cujo principal alicerce é construído em algo intangível: a interconectividade informacional. Uma sociedade insaciável por informação, agilidade, instantaneidade e comodismo ao alcance de um *click*. É o universo do dataísmo, uma realidade bioquímico-digital que oferece poderes inéditos e imensos a todas as classes de homem, como coloca Harari (2016, p. 370-371). Além disso, nesse intenso fluxo informacional, encontra-se o homem usuário da *web*, que se põe no meio de um turbilhão inconstante de mudanças paradigmáticas recorrentes, sem base jurisdicional unitária, sem barreiras para a

aceleração ou alterações estruturais. O paradigma, para Castells (2011, p. 87), é o da ação sobre a informação, centralizando a experiência humana na valorização do fluxo informacional, colocando o homem no centro da criação e do direcionamento de algoritmos que sabem mais de um indivíduo do que esse sobre si mesmo (Harari, 2016, p. 394).

A magnitude da importância da informação, sobretudo a das informações sobre pessoas, dos dados pessoais portanto, foi destacada por Clive Humby, matemático especialista em ciência de dados e no Big Data, que sustentou que os dados são o novo petróleo (*data is the new oil*). O paradigma da valorização de um bem intangível não é passível de assimilação tão somente pela velha concepção mercadológica. O ganho associado ao conhecimento e direcionamento possível das grandes empresas com os dados só é possível na nova concepção, de economia digital, do mundo que acontece por meio da rede.

A Internet consegue ainda mais. Com a emergência da possibilidade de utilização dos dados para perfilização (formando perfis para análise comportamental, maior segurança de crédito etc.), análise behaviorista de mercado (analisar o comportamento dos usuários-consumidores na Internet, para tentar manipular suas preferências a partir disso), e fluidez quanto a assertividade de ofertas de *marketing* direcionadas para pessoas com o perfil de compra daquele produto, conseguiu promover um verdadeiro giro copernicano: transformou o consumidor em produto, e o fornecedor de produtos em consumidor de dados. O consumidor sai do final da linha mercadológica, e vira o centro.

De fato, os dados parecem mesmo ser o novo petróleo, e são justamente os efeitos causados pela utilização indevida de dados que fez surgir uma preocupação mundial sobre a regulamentação do uso e disseminação das informações de registro. A ideia de resguardo dos dados, no âmbito digital, consubstancia-se na proteção das informações que podem ser coletadas, armazenadas, usadas e propagadas comercialmente no mundo virtual.

Assim, insta analisar o estado arte do usuário da internet e das novas tecnologias posto nessa relação, sendo ameaçado enquanto produto por uma realidade de *marketing* direcionado e ostensivo, que se vale de *digital fingerprints* dos consumidores, isto é, o seu histórico de navegações, ou mesmo seus dados mais

sensíveis, para direcionar, por um lado, através de complexos algoritmos, ofertas de produtos e serviços, e, por outro, para discriminá-lo, no que se cunhou o termo discriminação algorítmica, ou, ainda, de viés algorítmico (PARANHOS, 2022, p. 7). Calha refletir, nesse sentido, se a Lei Geral de Proteção de Dados, pensada para essa tutela, consegue desempenhar uma proteção material, ou se serve de mero escudo formal para exigir de empresas maior consciência acerca do uso e armazenamento de dados.

Uma das propriedades mais importantes do processamento de dados por meio de algoritmos é o fornecimento de bases informacionais para vários tipos de decisões. Tal realidade mitiga riscos direcionados, o que faz com que o processamento de dados desempenhe um papel importante no campo dos negócios, ganhando especial destaque nos mercados de concessão de crédito e seguros, onde o risco é uma característica inerente. No entanto, sua relevância também aumentou em outros setores, pois o processamento de informações e dados do setor privado está se mostrando um meio para simplificar a tomada de decisões e aumentar a eficiência em qualquer ambiente caracterizado por informações insuficientes.

Portanto, como regulador social, a importância do direito reside em estar atento e vigilante ao uso de algoritmos, sobretudo das práticas com potencial de ferir direitos fundamentais, como a isonomia de tratamento.

Um algoritmo é geralmente descrito como um conjunto de instruções, em ordem, que determinam como realizar algo. Este não é de forma alguma um conceito que depende do uso do poder de um computador hipermoderno, ou mesmo atômico. Há certa simplicidade na construção das fórmulas e dos programas da atividade dos algoritmos. O algoritmo nada mais é do que uma fórmula, onde as tarefas são colocadas em uma ordem específica para atingir um objetivo específico segundo uma ordem causal escalonada de fatores (CORMEN, 2013. p. 1).

Também é importante notar que o objetivo dos algoritmos, como hoje existem, visam ao fim de resolver problemas e de auxiliar a tomada de decisão em primeiro lugar. Nesse sentido, um dos objetivos fundamentais de um algoritmo é usar a probabilidade para fazer previsões. Embora os algoritmos não possam fornecer respostas exatas para todas as perguntas, eles podem analisar os dados (*inputs*) fornecidos e fornecer "suposições" coerentes e entregar resultados objetivos

(*outputs* ou *outcomes*). Quanto maior a quantidade e a qualidade dos dados fornecidos ao algoritmo, mais provável é que os resultados sejam próximos da realidade.

Como se percebe, os algoritmos requerem a alimentação de *inputs* de dados básicos para poder fornecer respostas relevantes. É por isso que há uma verdadeira corrida por dados, pois é a partir de sua utilização – antes totalmente desregulada – que ofertava uma sempre crescente disponibilidade de informações ao impacto – tanto positivo quanto negativo – das vidas em geral. Quando é usado para discriminações, tal prática deve ser combatida e, de forma racional, combatida.

A função mais importante do *Big Data* é fazer previsões com base em uma grande quantidade de dados e informações. Suas análises, tomadas em um contexto de processamento de dados a partir de algoritmos e com uma crescente eficiência devido ao *machine learning* e à Inteligência Artificial, catapulta a capacidade humana de prever com maior segurança acerca de temas como economia, clima, política, e mesmo comportamentos individuais, sobre consumo, criminalidade e respostas complexas a fatores.

Contudo, como visto, a tomada de decisões a partir do conhecimento a tais padrões estaticamente comprovados – ainda que verdadeiros no campo do processamento de dados por algoritmos – podem reproduzir vieses discriminatórios, seja pela conclusão da lógica impregnada na linguagem do algoritmo – que é programada por um ser humano (falível e com pré-conceitos por definição) – que podem conduzir a resultados discriminatórios, entre o nexos de causalidade das informações processadas e as correlações (bem, mal, bonito, feio, justo, injusto, viável e inviável) pré-definidos pelos programadores e controladores de dados. Tal é o viés algorítmico.

A discriminação algorítmica decorre do fato de que nessas operações por algoritmos alguém pode pertencer a um determinado grupo e ser julgado a partir das características generalizadas desse grupo, em que as características individuais de uma pessoa são desconsideradas, sendo vista apenas como membro de um coletivo. A ocorrência da discriminação se torna sempre verdade em ambientes de um ainda não amadurecimento total acerca da regulação necessária dos programas de processamento de dados e tomada de decisão assertiva.



### 3 DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA – SIMBIOSE ENTRE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

A falta de controle dos indivíduos acerca de seus dados, gerada pela sua comercialização desenfreada e não consentida, despertou nos legisladores de diversos países o desejo de criar regras sobre o tratamento de dados. Mesmo antes da propagação de leis de proteção de dados,<sup>4</sup> o Tribunal Constitucional Federal alemão (*BVerfG*), em 1983, já havia fixado histórico precedente em favor da «autodeterminação informativa» (*Informationelle Selbstbestimmung*), entendendo ser um direito derivado da personalidade e da dignidade humana (*BvR* 209, 269, 362, 420, 440, 484, 1983).

Portanto, desde a aludida data, passou a vigorar na Alemanha veredito capaz de permitir a judicialização de discriminações geradas pelo tratamento de dados – certamente que, naquela época, em meio físico. Em que pese o Brasil ter sistematizado e incorporado uma proteção robusta à privacidade e aos dados pessoais e sensíveis, por meio da Lei nº. 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados, 2018), apenas permitindo que seu tratamento ocorra caso autorizado por alguma das suas dez bases legais (artigo 7º), ainda assim existe uma insuficiência, na legislação regente, para a efetiva tutela judicial de discriminações geradas por algoritmos no âmbito digital.

A decisão do *BVerfG* ficou conhecida como «*census judgment*» (julgamento do censo), visto que se referia a queixas da população alemã contra a recém aprovada Lei do Censo («*1983 Federal Census Act*»), que previa que, para a realização da contagem populacional, seriam coletadas diversas informações pessoais dos cidadãos, pelas quais eram indesejadas de serem fornecidas por alguns deles. A despeito do veredito ter sido, parcialmente, desfavorável aos requerentes, o Tribunal aproveitou o contexto para determinar medidas acerca do tratamento de dados, inclusive anulando partes da lei. Entendeu a Corte que o artigo 2.1 da Lei Fundamental,<sup>5</sup> que prevê o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, estava

---

<sup>4</sup> Como o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD), na União Europeia em 2016, e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), no Brasil em 2018.

<sup>5</sup> **Artigo 2 [Direitos de liberdade]**

diretamente correlacionado ao artigo 1.1,<sup>6</sup> que dispõe acerca da cláusula geral da proteção da dignidade da pessoa humana (Lei Fundamental da República Federal, 1949). Assim, com base nessa hermenêutica, haveria uma noção de garantia à autodeterminação do indivíduo acerca das informações compositivas de sua personalidade (*BvR* 209, 269, 362, 420, 440, 484, 1983).

Conforme síntese de Marsch (2020, p. 38), essa conjectura em torno do direito à «autodeterminação informativa», gerada na literatura alemã desde o aludido veredito, tem sido interpretada não como um direito de propriedade do indivíduo («*property right*»), em que haveria a possibilidade de – simplesmente, pela própria vontade –, dispor de dados pessoais; mas como um direito fundamental instrumental («*instrumental fundamental right*»), cujo objetivo é servir de apoio protetivo a outros direitos fundamentais.

Ou seja, aqui se reforça a ideia de a autodeterminação informativa estar justamente vinculada à dignidade humana, da qual possui como características principais a inalienabilidade e inviolabilidade, conforme artigo 1.2 da Lei Fundamental da Alemanha<sup>7</sup> (Lei Fundamental da República Federal, 1949).

Essa autodeterminação informativa permite ao indivíduo duas posições quanto às informações processadas acerca dele: o direito de saber («*right to know*») e o direito de não saber («*right to not know*»). O primeiro, significa que o sujeito afetado precisa ter direito de conhecer os resultados do tratamento de seus dados; quer dizer: precisa haver transparência. O segundo, indica que, não desejando conhecer os resultados, deve ele não ser informado acerca deles; ou, conhecendo-os, podendo determinar sua exclusão (Di Fabio, 2001, p. 40). Não havendo essa liberdade à pessoa, gerada por esses direitos de saber e de não saber, não se tem como falar em verdadeira *autodeterminação* informativa.

---

(1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral (Mendonça; Carvelli, 2022, p. 16).

<sup>6</sup> **Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]**

(1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público (Mendonça; Carvelli, 2022, p. 16).

<sup>7</sup> **Artigo 1 [...]**

(2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo (Assis Mendonça, Urbano Carvelli, 2022, p. 16).

Agora, volta-se a questão anterior: até que ponto os titulares de dados, no Brasil, possuem uma autodeterminação informativa acerca do tratamento de suas informações? Existe transparência do conhecimento por detrás das formas de processamentos desses dados, ou seja, o citado direito de saber e de não saber? Até se pode dizer que existe, parcialmente, órgãos estatais e empresas que cumprem com esses direitos; mas e quando descumprida essa logicidade exposta?

Portanto, havendo uma negativa de proteção a essa liberdade informativa, apenas resta ao titular de dados brasileiros pleitear no Judiciário a proteção negada. Todavia, como tutelar judicialmente esse direito de autodeterminação informativa, diante de uma discriminação algorítmica, se carece no ordenamento jurídico pátrio uma disposição legislativa expressa nesse sentido? Daí que nasce a possibilidade de, assim como realizado pelo *BVerfG*, trajar-se hermenêutica que compreenda os direitos de personalidade como também relacionados à dignidade da pessoa humana, vestidos das características de serem inalienáveis e invioláveis e, com isso, deduzindo-se o direito aqui debatido: a autodeterminação informativa.

Frente ao dever de proteção estatal (*Schutzpflicht*), especialmente aqui a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*), a omissão legislativa que sonda esse debate não é óbice legítimo para se permitir que direitos fundamentais não possam ter sua instrumentalidade perfectibilizada (Grimm, 2007, p. 149). Sim: entender pela existência do direito de autodeterminação informativa é reconhecer a possibilidade de um instrumento jurídico à serviço do cidadão brasileiro, visto que, por meio dele, consegue levar casos discriminatórios à alçada do Estado-juiz, tutelando a proteção violada ou negada.

Recorda-se, consoante lição de Leal (2003, p. XV), que o Estado Democrático de Direito significa não uma resposta pela «mera legalidade», porém, uma «legalidade qualificada por valores e princípios materiais, que se afiguram como sendo a base de todo o ordenamento jurídico».

Em suma: existindo ao cidadão os direitos de conhecer e não conhecer (*right to know* e *right do not know*) – derivados da autodeterminação informativa –, cria-se o primeiro passo para permitir o ingresso da esfera jurisdicional no debate quanto às ocorrências de discriminações algorítmicas. Agora, a forma como o Judiciário atuará diante desses casos é matéria para outro debate, certamente mais complexo

ainda. Nas palavras de Jamal Greene (2014, p. 124): «A lei dá, ou é interpretada para dar, aos órgãos políticos as ferramentas de que precisam para funcionar de forma eficaz. Eles devem lutar pelo resto».<sup>8</sup>

Como antes estudado do *census judgment* do *BVerfG*, a base constitucional que sustentou a decisão foram as cláusulas 1.1 e 2.1 da Lei Fundamental da Alemanha, isto é, o direito à intangibilidade da dignidade da pessoa humana e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

No caso brasileiro, o mesmo arcabouço protetivo é existente na Magna Carta. A dignidade da pessoa humana encontra-se como fundamento do Estado Democrático de Direito, a teor do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. Por sua vez, a personalidade compõe a individualidade da pessoa, podendo-se falar em integridade física, psíquica e moral. Assim, faz parte da personalidade, por exemplo: o direito à vida (*caput*), assim como os direitos à imagem, à privacidade, à intimidade, e à honra (inciso X), conforme artigo 5º da Lei Maior (Constituição Federal do Brasil, 1988). Ademais, os direitos compositivos da personalidade humana também são abrangidos pelo Código Civil brasileiro, por meio dos seus artigos 11 ao 21, por exemplo (Código Civil brasileiro, 2022).

#### 4 CONCLUSÃO

Frente ao exposto, não é preciso ir longe para perceber que, o mesmo entendimento incorporado pelo precedente alemão («*Census judgment*»), faz-se possível na hermenêutica jurídica no Brasil; possibilitando-se, assim, tutelar o direito à autodeterminação informativa também para cidadãos brasileiros, sobretudo diante da nova algorítmica realidade de manejo da vida em rede.

Assim, proteger a personalidade e proteger a autodeterminação informativa é exigir (corretamente) uma maior democraticidade dos espaços, programas e linguagens instrumentalizadas pelos programas de processamento de dados a partir de inteligência artificial e algoritmos. O problema pode ser resolvido de múltiplas formas, como a auditabilidade dos códigos fonte e da linguagem dos *inputs* dos

---

<sup>8</sup> Tradução nossa do trecho: "the law gives, or is interpreted to give, political organs the tools they need to function effectively. They must fight for the rest".

programas, mas tal não é o papel do Estado-juiz, mas sim do Estado-legislador. Ao Estado-juiz, por ora, e desde agora, carece a nobre função de coordenar o fluxo de fruição dos direitos fundamentais que guarnecem, ainda, a última linha de resistência à total consumeirização dos usuários das redes, nos quais a mercadoria é o usuário, e não os produtos que ele consome.

Finalmente, e aqui atendendo à problemática da pesquisa, confirma-se a hipótese formulada, ao reconhecer que a decisão proferida no «*Census Judgment*» pelo *BVerfG* possui a possibilidade de aplicação igualmente à realidade brasileira, haja vista a semelhança do Brasil com a Alemanha quanto ao regime jurídico protetivo dos direitos decorrentes da personalidade e da dignidade da pessoa humana, podendo-se falar em direito à autodeterminação informativa, o que permite ao Estado-juiz tutelar e reprimir atos discriminatórios, sobretudo na nova ótica discriminatória da vida, a partir do processamento de dados pessoais via algoritmos.

## REFERÊNCIAS

Castells, M (2011). *A Era da Informação: economia, sociedade e cultura*, volume 1: A sociedade em Rede (4. ed). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

*Census judgment* (BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83) (Tribunal Federal Constitucional [Alemanha], 15 de dezembro de 1983).

*Código Civil brasileiro*, Congresso da República Federativa do Brasil, Lei nº. 10406, Diário Oficial do Brasil (10 de janeiro de 2002) (2002).

*Constituição Federal do Brasil*, Assembleia Constituinte da República Federativa do Brasil, Diário Oficial do Brasil (05 de outubro de 1988) (1988).

Cormen, T. H. (2013). *Algorithms Unlocked*. Cambridge: MIT Press.

Di Fabio, U. (2001). Kommentar zu Artikel 2. In T. Maunz; G. Dürig (Ed.), *Grundgesetz* (pp. 30-52). München: Loseblattsammlung.

Greene, J. (2014). The Supreme Court as a Constitutional Court. *Harvard Law Review*, 128(1), pp. 124-153. url: <https://harvardlawreview.org/2014/11/the-supreme-court-as-a-constitutional-court/>

Grimm, D. (2007). A função protetiva do Estado. In C. P. Souza Neto (Ed.). *A Constitucionalização do Direito*. Lumen Juris.

Harari, Y. N. (2016). *Homo Deus: uma breve história do amanhã* (Trad. Paulo Geiger). São Paulo: Companhia das Letras.

Leal, M. C. H. (2003). *A Constituição como Princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole.

*Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*, Assembleia Constituinte da República Federal da Alemanha, Diário Oficial da Alemanha (23 de maio de 1949) (1949).

*Lei Geral de Proteção de Dados*, Congresso da República Federativa do Brasil, Lei nº. 13709, Diário Oficial do Brasil (14 de agosto de 2018) (2018).

Marsch, N (2020). Artificial Intelligence and the Fundamental Right to Data Protection: Opening the Door for Technological Innovation and Innovative Protection. In T. Wischmeyer; T. Trademacher (Ed.). *Regulating Artificial Intelligence* (pp. 33–52.). Springer: Cham.

Paranhos, M. C. O. (2022). *Viés algorítmico: uma análise sobre discriminações automatizadas*. Rio de Janeiro: Lúmens Juris.

## 8. "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE ORGANOS ADMINISTRATIVOS EN EL MARCO DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO<sup>1</sup>"

### CONTROL OF CONVENTIONALITY OF ADMINISTRATIVE BODIES WITHIN THE FRAMEWORK OF THE PERUVIAN CONSTITUTIONAL LAW



<https://doi.org/10.36592/9786554601153-08>

*Luis Miguel Facundo Niño de Guzmán<sup>2</sup>*

## 1 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ORGANOS ADMINISTRATIVOS CONFORME AL ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO

### a. Constitucionalidad de la Potestad Administrativa del Estado

La Constitución Peruana de 1993, no establece expresamente la "**potestad administrativa**" ni sancionadora ni en general, dicho punto es importante pues "desde una perspectiva dogmática, es fácil advertir que en un sistema constitucional caracterizado por una rígida división de poderes la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría nunca estar en manos de la administración" (Danos 1995, 149), por lo que considero que cualquier excepción a la misma debería esta de manera expresa en una norma de rango constitucional y no en normas con rango legal, cosa que si pasa con la **potestad disciplinaria** cuando habilita al legislador que puede regular los deberes y responsabilidades de los servidores públicos en el artículo 40º de la referida constitución (criterio compartido

---

<sup>1</sup> Trabajo ha sido elaborado sobre la base de mi Proyecto de Tesis de Maestría en Derecho Constitucional de la PUCP denominado "El Control de Convencionalidad de la Junta Nacional Justicia en el Acceso a la Función Jurisdiccional y en la Ratificación de jueces para la tutela de la Independencia Judicial".

<sup>2</sup> Doctor en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres. Estudios de Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestro en Derecho de los Negocios y Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Ha sido Docente en los Derechos Financiero, Contratos, Derecho Administrativo, Derecho Administrativo Sancionador y Finanzas Corporativas en la Universidad de San Martín de Porres, especialista en Derecho Administrativo en entidades públicas y privadas. Correo electrónico: LMFACUNDO123@GMAIL.COM

por el Tribunal Constitucional conforme al FJ 48 de la STC 00020-2015-AI/TC (Caso Potestad Sancionadora de la CGR).

Sin embargo, la “potestad administrativa” ha sido ratificada su constitucionalidad por nuestro Tribunal Constitucional al entenderse como función **“materialmente jurisdiccional”**, con la condición de que le sean extendibles las garantías del derecho al debido proceso, que se evidencia en el FJ 18 de la STC 3741-2004-AI/TC)<sup>3</sup>.

Lo anterior, implicaría una **“potestad implícita”** o una **“potestad que no estaría prohibida”** para que el legislador pueda regularla a favor de las entidades de la Administración Pública, sin perjuicio de la necesaria reforma constitucional que explicita dicha función, como el establecido en el Proyecto de Reforma Total de la Constitución de 2003 en cumplimiento de la Ley N° 27600, “en cuyo texto contempla el marco constitucional de la administración pública en el Perú, aplicable al universo de entidades administrativas, en los niveles nacional, regional y local” (Danos 1995, 149).

## 1.2 Control de Constitucionalidad de Organos Administrativos

### 1.2.1 Principio de Legalidad en el marco del Estado Constitucional de Derecho

En ese sentido, si bien interpretación tradicional del **“Principio de Legalidad”** respecto al derecho administrativo y de manera específica a la administración pública, implicaban una subordinación y límites a lo que eminentemente la “ley” indicaba, sin embargo, en la actualidad existe un cambio de paradigma producto del **proceso de constitucionalización del derecho administrativo**, pues si bien la ley es una norma de configuración de competencias y límites tanto del derecho

---

<sup>3</sup> Conforme se indica en el FJ 18 de la STC 3741-2004-AI/TC):

**2. Debido procedimiento administrativo y derecho de impugnación de los actos de la administración**  
18. Conforme a la jurisprudencia de este Colegiado, el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución, no solo tiene una dimensión estrictamente jurisdiccional, sino que se **extiende también al procedimiento administrativo** y, en general como a Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha establecido, a “(...) cualquier **órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional**, el cual tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las **garantías de debido proceso legal**, en los términos del artículo 8° de la Convención Americana”, (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71). **(negrilla y subrayado es nuestro)”**



administrativo como de la administración pública, **la constitución se convierte en la "norma suprema" configuradora del derecho administrativo**, "lo cual supone que la Constitución irradia su fuerza normativa no solo sobre el legislador que hace la ley, sino también sobre la Administración Pública encargada de aplicarla, así como, sobre las normas administrativas que ella emite." (Landa 2016: 203), siendo dicho criterio compartido por el Tribunal Constitucional, cuando considero que el artículo 38° sobre el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución (en concordancia con el artículo 44°), también es aplicable a la Administración Pública respecto a casos de **"manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias"** que se evidencia en el FJ 156 del Caso de Ley de Reforma de Pensiones del régimen Decreto Ley N° 20530 (STC 0050-2004-AI/TC y otros)<sup>4</sup>.

### 1.2.2 Control de constitucionalidad por parte de jurisdicciones especiales

En el Perú, solo el Poder Judicial podría realizar control difuso, bajo una interpretación literal del artículo 138 de la Constitución Política del Perú (en adelante CPP) y más aún cuando el mismo es el que realizaría la función jurisdiccional, sobre la base del **principio de exclusividad de la función jurisdiccional**, en virtud al inciso 1) del artículo 139 de la referida norma.

Al respecto, la regla general es que el poder judicial ejerza la **función jurisdiccional**, siendo excepcional las **"jurisdicciones especializadas"**, que serían *prima facie* la **"militar"** y **"arbitral"**, en virtud del inciso 1) art. 139) de la CPP, pero vía jurisprudencial nuestro Tribunal Constitucional ha considerado la **"constitucional"** y

<sup>4</sup> Conforme se indica en el FJ 156 de la STC 0050-2004-AI/TC y otros:

**"156. La Constitución como norma vinculante para la Administración Pública**  
(.....)

*En efecto, es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública, se encuentra vinculada a la ley o las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad. El artículo 38 de la Constitución es meridianamente claro al señalar que todos los peruanos (la Administración incluida desde luego) tiene el deber de respetarla y defenderla.*

*En tal sentido, en los **supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias**, la Administración **no solo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada**, dando lugar a la **aplicación directa de la Constitución**. (negrilla y subrayado es nuestro)"*

la “electoral” (FJ 121 STC N° 00017-2003-PI/TC y el FJ 20 de la STC N° 00023-2003-PI/TC), “**comunidades campesinas y nativas**” (FJ 12 de Sentencia de Pleno N° 154/2021 (EXP N° 03158-2018-PA/TC)), por lo que es mejor referirnos a un “**sistema jurisdiccional unitario**” (FJ 10 de la STC N° 00004-2006-PI/TC).

En dicha línea, nuestro Tribunal Constitucional, ha **extendido la facultad de control difuso** a los órganos que pueden ejercer funciones jurisdiccionales (FJ 3 de la STC N° 00004-2006-PI/TC y el FJ 24 de la STC N° 00142-2011-AA/TC), sin embargo no todo órgano constitucionalmente autónomo va realizar siempre funciones jurisdiccionales (p.e administración de justicia en materia electoral) sino también **funciones administrativas**, que han sido diferenciadas por ejemplo en el caso del Jurado Nacional de Elecciones en el FJ 24 de la STC N° 00002-2011-CC/TC que dice;

*“32. El desarrollo de las **competencias jurisdiccionales del JNE se encuentra previsto en determinados literales del artículo 5° de la Ley N.º 26486 –Ley Orgánica del JNE–**. De esta manera, el literal a), le otorga la competencia de “administrar justicia, en instancia final, en materia electoral”; el literal f), la competencia de “resolver en instancia última y definitiva, sobre la inscripción de las organizaciones políticas y la de sus candidatos en los procesos electorales”; el literal m), la competencia para “resolver, en última instancia, las reclamaciones que se presente sobre la constitución y el funcionamiento de los Jurados Electorales Especiales”; el literal o), la competencia para “resolver las apelaciones, revisiones y quejas que se interpongan contra las resoluciones de los Jurados Electorales Especiales”; y el literal t), la competencia para “resolver, en última instancia, las tachas formuladas contra la inscripción de candidatos u opciones*

*33. Empero, si bien el JNE, de conformidad con la Constitución, ejerce funciones principalmente jurisdiccionales, también tiene competencia constitucional para ejercer funciones administrativas (.....). **(negrilla y subrayado es nuestro)**”*

### 1.2.3 Control Difuso de Organos Administrativos

Como se indicó, conforme al ordenamiento constitucional peruano, la Administración Pública (órganos administrativos), si bien se encuentra limitada por las competencias que la ley (reserva de ley a favor del legislador), tiene el deber de garantizar la protección de los derechos fundamentales garantizados por la propia

constitución (principio de legalidad constitucionalizado), conforme al artículo 38° y 44°, en dicha línea nuestro Tribunal Constitucional en un primer momento considero jurisprudencialmente, que podía realizar el **control difuso**, tal como se indicó en el FJ 50 de la STC N° 03741-2004-AA/TC<sup>5</sup>.

Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional dejó sin efecto el dicho precedente, y con ello dicha facultad de realizar control difuso, por no estar expresamente en la Constitución, y al considerarlo como una facultad reservada al Poder Judicial y/o Tribunal Constitucional e incluso a la división de poderes, tal como se indicó en los FJ 33 de la STC N° 03741-2004-AA/TC.

Desde mi punto de vista considero, criticable el haberse dejado sin efecto el reconocimiento de control difuso por parte de los tribunales, pues si por un lado se reconoce obligaciones por realizar "función materialmente jurisdiccionales" (derechos como debido proceso) no se le da las facultades para garantizar dichos derechos como el control difuso, y que no quebraría la división de poderes como se alega pues bajo ese argumento la "potestad administrativa" no podría realizarse pues administrar justicia (aun administrativa) pues estaría reservada al poder judicial pero es hemos demostrado que esta constitucionalizado, por otro lado si dicho control difuso estaría incorrecto, podría igual ser corregido por el Poder Judicial y/o Tribunal Constitucional, garantizándose con ello la separación de poderes.

En dicha línea, nuestro Tribunal Constitucional, considero que el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución (art. 38° en concordancia con el artículo 44°) también era aplicable a la "Administración Pública" lo cual implicaba que la misma podría no estar vinculada a una norma legal o infralegal que fuera incompatible con la Constitución, pero limitando la misma en casos de "**manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias**" (tal como se evidencia en el FJ 156 del Caso de Ley de Reforma de Pensiones del régimen Decreto Ley N°

---

<sup>5</sup> Conforme se indica el FJ 50 de la STC N° 03741-2004-AA/TC:

**"9. El precedente extraíble del presente caso**

**50. (.....)**

**Regla sustancial:** Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e **inaplicar una disposición infraconstitucional** que la **vulnera manifiestamente**, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución (....) (**subrayado es nuestro**)".

20530 (STC 0050-2004-AI/TC y otros)<sup>6</sup>), luego considero que la facultad de realizar **“control difuso”** (art. 138° en concordancia con el artículo 38° y 51°) también era aplicable a la “Administración Pública”, pero limitando la misma para **“Tribunales u Órganos Colegiados”** (tal como se evidencia en el FJ 50 de la STC N° 03741-2004-AA/TC<sup>7</sup>), sin embargo a pesar de la coherencia en la línea argumentativa, de manera intempestiva **deja sin efecto el reconocimiento del control difuso a los órganos administrativos** por aspectos formales y que incumplían su propia regla del precedente y aspectos materiales por no estar expresamente en la Constitución e incluso considerarlo como una facultad reservada al poder judicial y/o tribunal constitucional que afectaría el principio de separación de poderes en favor del Poder Ejecutivo (tal como se evidencia en el FJ 35 de la STC N° 4293-2012-PA/TC).

En ese sentido, no comparto la posición del Tribunal Constitucional sobre que los “órganos administrativos” no podría realizar control difuso, por la debilidad de sus argumentos:

**a) Los “Órganos Administrativos” no realizan función jurisdiccional** conforme lo establece el artículo 138° de la Constitución, el problema que existe es que el propio tribunal en su línea jurisprudencial que realizan una **función “materialmente jurisdiccional”** para la exigencia derechos fundamentales en los procedimientos administrativos, por lo que realiza una interpretación “literal” para no reconocer función jurisdiccional para realizar el control difuso pero en otros momentos bajo

<sup>6</sup> Conforme se indica en el FJ 156 de la STC 0050-2004-AI/TC y otros:

**“156. La Constitución como norma vinculante para la Administración Pública**  
(.....)

En efecto, es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública, se encuentra vinculada a la ley o las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad. El artículo 38 de la Constitución es meridianamente claro al señalar que todos los peruanos (la Administración incluida desde luego) tiene el deber de respetarla y defenderla.

En tal sentido, en los **supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias**, la Administración **no solo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada**, dando lugar a la **aplicación directa de la Constitución. (negrilla y subrayado es nuestro)”**

<sup>7</sup> Conforme se indica el FJ 50 de la STC N° 03741-2004-AA/TC:

**“9. El precedente extraíble del presente caso**  
**50. (.....)**

**Regla sustancial:** Todo **tribunal u órgano colegiado de la administración pública** tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e **inaplicar una disposición infraconstitucional** que la **vulnera manifiestamente**, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución (....) **(subrayado es nuestro)”**.

una interpretación "sistemática" les reconoce la función jurisdiccional, más aun cuando el control difuso sería un medio para garantizar los derechos fundamentales en los procedimientos administrativos.

**b) Los "Órganos Administrativos" no están comprendidos como órganos facultados a realizar control difuso Constitución**, bajo dicha interpretación literal solo el Poder Judicial (artículo 138º) y el Tribunal Constitucional (artículo 201º) podría realizar control difuso, sin embargo, bajo una interpretación sistemática (reconoce que el no hacerlo es realizar una interpretación literal y restrictiva), nuestro Tribunal Constitucional ha extendido la función jurisdiccional y el control difuso, al Jurado Nacional de Elecciones, Tribunales Militar-Policial y Arbitros o Tribunales Arbitrales (FJ 0004-2006-PI/TC y FJ 24 de la STC 00142-2011-PA/TC), inclusive podría ampliarse a las Comunidades Campesinas e Indígenas pues el artículo 149 de la Constitución, les faculta a realizar "funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial" (FJ 12 de Sentencia de Pleno N° 154/2021 (EXP N° 03158-2018-PA/TC)).

**c) Control difuso de Órganos Administrativos no es supervisado por autoridad alguna** al no existir el proceso de consulta que si existe por los órganos judiciales, se indica que en caso de no existir apelación en el caso concreto adquirirían la calidad de cosa decidida, al no existir un control a dicho control difuso que si existe en los órganos judiciales cuando envían a consulta de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema (conforme al artículo 14 del T.U.O de la Ley Orgánica del Poder Judicial), se desconoce la diferencia entre "cosa decidida" y "cosa juzgada", pues a través de una "nulidad de oficio" y "proceso contencioso-administrativo" se podría corregir el haber realizado de manera incorrecta el control difuso para el caso concreto aun en caso de cosa decidida, por otro lado el tema es que la exigencia de revisión del control difuso para desvirtuar la misma en sede administrativa (solo si las partes la impugnarían podrían ser controlables al no existir un procedimiento para tal fin), no es objeto de cuestionamiento en las "otras jurisdicciones" (electoral, arbitral, militar-policial); por otro lado esta obligación de realizar la consulta solo es aplicable a la "jurisdicción ordinaria" entre sus órganos internos (la obligación deriva de su ley orgánica), por lo su exigencia a otras jurisdicciones debería estar regulada de manera expresa en una norma con rango de ley (como mínimo) no siendo exigible

el mecanismo de consulta a través de una interpretación extensiva pues la constitución no le atribuido al poder judicial que sea controlador de oficios del control difuso de otras jurisdicciones; por otro lado conforme lo indico el magistrado Urviola en su voto singular dicha situación solo para "órganos administrativos" se perfeccione el control difuso mediante el mismo procedimiento de consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, finalmente considero que el tema es que el control difuso es una inaplicación para el caso concreto no a la generalidad, pues de existir un error en el control difuso se puede corregir en otro caso a través del Poder Judicial.

**c) Control Difuso de Órganos Administrativos afectaría a la división de poderes,** se indicó que el principio de separación de poderes se vería afectado cuando los "Órganos Administrativos" realicen control difuso, de manera específica se indicó que el Poder Ejecutivo asumiría funciones de Poder Judicial, lo cual generaría un desequilibrio, al respecto, existiría una contradicción cuando dice que la separación de poderes no es absoluta como lo establece nuestro ordenamiento constitucional (FJ 48 STC 0006-2018-PI/TC, FJ 24 STC N° 0004-2004-CC/TC), por otro lado lo que se estaría cuestionado no es el hecho de realizar control difuso, sino lo que se estaría cuestionado la constitucionalidad de la "potestad administrativa de administrar justicia" pues el solo hecho de realizarla estaría afectando la división de poderes (bajo la concepción tradicional), lo cual hemos indicado ha sido reconocido por el propio tribunal constitucional y no ha sido objeto de cuestionamiento.

**d) La extensión de garantías procesales a todas las jurisdicciones implica el control difuso,** la línea jurisprudencial del tribunal es que cuando ha extendido las garantías procesales a todas las jurisdicciones implica el control difuso (FJ 24 STC 00142-2011-AA), sin embargo, a la única que se le extiende las garantías procesales (FJ 13 STC 04944-2011-AA), pero no el control difuso a los órganos administrativos, lo cual es resaltado por el voto singular del magistrado Urviola en su voto singular dicha situación, que señala que bajo esa argumentación debería también dejar de aplicarse el control difuso para jurisdicción arbitral.

Finalmente, considero que, la **Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG-Ley N° 27444)**<sup>8</sup> habilitaría a realizar el "control difuso" es decir inaplicar una norma legal, pues de una interpretación sistemática, como podrían emitir un acto administrativo contrario a la Constitución o los derechos fundamentales (art 5), y asimismo declarar la nulidad del mismo cuando lesionen derechos fundamentales (art 213), por otro la supuesta limitación al principio de legalidad (que limitaría el control difuso) es relativa pues la misma sería válida si estuviéramos en el Estado Legal de Derecho y no en el Estado Constitucional de Derecho, por lo que la lectura del Principio de Legalidad debería ser sobre dicho marco (artículo IV del Título Preliminar).

#### 1.2.4 Interpretación conforme de la Constitución de Organos Administrativos

Es necesario indicar que independientemente del debate sobre el control difuso (inaplicar norma) de órganos administrativos, respecto a la "**interpretación conforme a la constitución**" no se evidencia una prohibición al respecto, pero

---

<sup>8</sup> Conforme se evidencia dentro de los márgenes que otorga el T.U.O de la LPAG aprobado mediante D.S N° 004-2019-JUS, que dice en diversos preceptos:

**"Artículo III.- Finalidad**

*La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la **actuación de la Administración Pública** sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con **sujeción al ordenamiento constitucional** y jurídico en general.*

**Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo**

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. **Principio de legalidad.**- Las autoridades administrativas deben actuar con **respeto a la Constitución**, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

**Artículo V.- Fuentes del procedimiento administrativo**

2. Son fuentes del procedimiento administrativo:

2.1. Las **disposiciones constitucionales**

2.2. **Los tratados y convenios internacionales** incorporados al Ordenamiento Jurídico Nacional.

**Artículo 5.- Objeto o contenido del acto administrativo**

5.3 **No podrá contravenir** en el caso concreto **disposiciones constitucionales**, legales, mandatos judiciales firmes (.....)

**Artículo 10.- Causales de nulidad**

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. **La contravención a la Constitución**, a las leyes o a las normas reglamentarias (.....)

**Artículo 213.- Nulidad de oficio**

213.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de **oficio la nulidad de los actos administrativos**, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agravien el interés público o **lesionen derechos fundamentales. (negrilla y subrayado es nuestro)**"

tampoco un desarrollado de manera detallada por nuestro tribunal constitucional, solo se indica que los órganos administrativos tendrían el deber de "defensa de la constitución" (art. 38º), "deber de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos" (art. 44º), "supremacía constitucional y jerarquía normativa" (art. 51º), esto se evidencia en la STC N° 04293-2012-PA/TC ( FJ 35 y FJ 36 que justo dejó sin efecto el precedente de control difuso de órganos administrativos):

*"35. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que conceder facultades a los tribunales administrativos para ejercer el control difuso lleva a quebarar el equilibrio entre democracia y constitucionalismo (.....).*

*No obstante, ello, los alcances de este pronunciamiento **no enervan las obligaciones derivadas de los artículos 38º, 44º y 51º de la Constitución, tanto para los ciudadanos como para la Administración Pública, en lo que sea pertinente en cada caso concreto.***

*36. De hecho, no se trata de que la **Administración Pública** pueda actuar sin ningún límite o **únicamente teniendo como tal a la ley**, como tradicionalmente ha ocurrido, sino que su **actuación debe enmarcarse en el contexto de un Estado de derecho artículo 3º, Constitución**, y **esta condicionada en cuanto a su propia validez, al respecto de la Constitución, los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales**. Aun a riesgo de ser redundantes, debe resaltarse el sometimiento de la Administración Pública a la Constitución; esto es, la obligatoriedad de respetar durante la tramitación de los procedimientos administrativos tanto los derechos fundamentales como las garantías procesales correspondientes (derecho a debido proceso, derecho de defensa, etc.), así como los principios constitucionales que lo conforman (legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc). **(negrilla y subrayado es nuestro).**"*

De manera complementaria, la **Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG-Ley N° 27444)**<sup>9</sup> habilitaría a realizar la "interpretación conforme a la

---

<sup>9</sup> Conforme se evidencia dentro de los márgenes que otorga el T.U.O de la LPAG aprobado mediante D.S N° 004-2019-JUS, que dice en diversos preceptos:  
**"Artículo III.- Finalidad**



constitución" es decir dar los sentidos interpretativos validos constitucionalmente de una disposición sin necesidad de llegar al control difuso, hasta podría realizar indirectamente el control difuso (prohibido realizarlo directamente) para el caso concreto cuando previamente el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial lo haya realizado previamente, es decir "Cuando éstos órganos inaplican una ley, lo hacen en determinadas circunstancias, dentro de las cuales concluyen un criterio jurisprudencial al que la Administración queda vinculada. Y cuando la Administración aplica ese criterio, no está definiendo lo constitucionalmente válido, está aplicando un modo de interpretar la ley que lleva precisamente a su inaplicación en unas concretas circunstancias, en las definidas por el criterio jurisprudencial." (Castillo 2006: 14).

## **2 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE ORGANOS ADMINISTRATIVOS CONFORME AL ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO Y CONVENCIONAL**

### **2.1 Rango o Jerarquía Normativa de la Convencion Americana de Derechos Humanos**

---

La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la **actuación de la Administración Pública** sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con **sujeción al ordenamiento constitucional** y jurídico en general.

#### **Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo**

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. **Principio de legalidad.**- Las autoridades administrativas deben actuar con **respeto a la Constitución**, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

#### **Artículo V.- Fuentes del procedimiento administrativo**

2. Son fuentes del procedimiento administrativo:

2.1. Las **disposiciones constitucionales**

2.2. **Los tratados y convenios internacionales** incorporados al Ordenamiento Jurídico Nacional.

#### **Artículo 5.- Objeto o contenido del acto administrativo**

5.3 **No podrá contravenir** en el caso concreto **disposiciones constitucionales**, legales, mandatos judiciales firmes (.....)

#### **Artículo 10.- Causales de nulidad**

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. **La contravención a la Constitución**, a las leyes o a las normas reglamentarias (.....)

#### **Artículo 213.- Nulidad de oficio**

213.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de **oficio la nulidad de los actos administrativos**, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público o **lesionen derechos fundamentales. (negrilla y subrayado es nuestro)"**

Si bien la Constitución Peruana de 1993 no ha establecido el rango normativo de los tratados, se establecido jurisprudencialmente que los tratados de derechos humanos tienen **"rango constitucional"** (FJ 26 de la STC N° 00025-AI/TC y Acumulados) o que formarían parte del **"bloque de constitucionalidad"** (FJ 18 de la STC N° 03561-2009-AA/TC), incluso podría establecer una jerarquía superior a la propia constitución, en virtud a la Cuarta Disposición Final y Transitoria, cuando dice que los derechos establecidos en la constitución se deben interpretar conforme a dichos tratados, que "los colocaría en una suerte de rango o posición supraconstitucional (Eguiguren 2003: 161).

La **Convención Americana de Derechos Humanos** es un tratado de derechos humanos ratificado por el Perú, que establece la obligación del estado peruano de **"modificar la normativa interna"** (medidas legislativas o de otra índole) a fin de garantizar los derechos contenidos en la misma de conformidad a su artículo 2º, no pudiéndose invocar el derecho interno como justificación de incumplimiento y podría generar responsabilidad internacional del estado por omisión, tal como lo ha establecido la CIDH desde su Opinión Consultiva N° 14/94 (FJ 34 y 37).

Por otro lado, dentro del contexto normativo es necesario indicar que la Convención Americana de Derechos Humanos es un tratado de derechos humanos ratificado por el Perú, que establece la obligación del estado peruano de **"modificar la normativa interna"** (medidas legislativas o de otra índole) a fin de garantizar los derechos contenidos en la misma de conformidad a su artículo 2º, no pudiéndose invocar el derecho interno como justificación de incumplimiento y podría generar responsabilidad internacional del estado por omisión, tal como lo ha establecido la CIDH desde su Opinión Consultiva N° 14/94 (FJ 34 y 37).

## **2.2 Control de Convencionalidad Constructivo de Organos Administrativos**

La Convencion Americana, consagra el **"derecho al debido proceso** (cuando habla de debidas garantías en el numeral 1 del artículo 8º)" indicando el mismo que es aplicable a **"cualquier otro carácter** (no solo penal, civil, laboral, fiscal)" lo cual permite que se extensible al **ámbito administrativo** pues se realizan **"funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional"** conforme lo ha establecido la Corte

Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el **Caso López vs. Venezuela (2011)**<sup>10</sup>.

En ese sentido, **el control de convencionalidad** es una obligación (de oficio inclusive) por parte de los órganos judiciales conforme lo estableció la CIDH desde el **Caso Almonacid y otros vs Chile (2006)**<sup>11</sup> y existe consenso al respecto como se evidencia en el **Caso Gelman vs Uruguay (Caso Gelman I-2011)**<sup>12</sup>, sin embargo no existía un pronunciamiento si el mismo era aplicable a los órganos administrativos, recién con el **Caso Gelman (Gelman II-2013)**<sup>13</sup>, se establece de manera indubitable

<sup>10</sup> Conforme se indica en el FJ 111 de la **Caso López vs. Venezuela (2011)** que dice:

**"B. Garantías judiciales respecto a los procedimientos administrativos**

111. Al respecto, la Corte ha indicado que todos los órganos que ejerzan **funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional**, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a **las garantías del debido proceso** establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana. Asimismo, la Corte recuerda lo expuesto en su jurisprudencia previa en el sentido que las **sanciones administrativas y disciplinarias** son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. **(negrilla y subrayado es nuestro)"**

<sup>11</sup> Conforme se indica en el FJ 124 de la **Caso Almonacid y otros vs Chile (2006)**, reiterado en el FJ 28 del Caso Fontevecchia y D'Amico vs Argentina (2011) y FJ 282 del Caso Átala Riffo y Niñas vs. Chile (2012), que dice:

"124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el **Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. **(negrilla y subrayado es nuestro)"**

<sup>12</sup> Conforme se indica en el FJ 193 de la **Caso Gelman vs Uruguay (Caso Gelman I-2011)**, que dice:

"193. Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana" **(negrilla y subrayado es nuestro)"**

<sup>13</sup> Conforme se indica en el FJ 66 de la **Caso Gelman vs Uruguay (Caso Gelman II-2013)**, que dice:

"66. Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están **sujetas al imperio de la ley** y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones **vigentes en el ordenamiento jurídico**. Pero cuando un **Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, (...), también están sometidos al tratado**, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, **todas la autoridades estatales**, están en la obligación de ejercer ex officio un **"control de**

que los órganos administrativos se encuentran obligados a realizar control de convencionalidad (incluso ex officio), pero con la salvedad que deben ejercerlo, conforme a su normas internas.

El **Control de Convencionalidad Constructivo** (Interpretación Conforme a la Convención), busca compatibilizar la norma nacional (infralegal, legal o constitucional) con la norma convencional, sin inaplicar la primera, para lo cual se busca la interpretación convencional de la norma nacional, para ellos es necesario "seleccionar, entre las diferentes interpretaciones que pueda tener una regla jurídica local (constitucional o subconstitucional), aquellas que sean compatibles con los instrumentos del derecho internacional ratificadas por el Estado del caso, y con la doctrina de la corte Interamericana de Derechos Humanos. El operador local tendría que manejarse con esas interpretaciones, y desechar las opuestas a tal compatibilización. (Sagues 2019: 7)."

En dicha línea, de conformidad a nuestra normativa interna, al ser posible constitucionalmente que los órganos administrativos, puedan realizar "interpretación conforme", en ese sentido, podrían realizar el "**control de convencionalidad constructivo**" (interpretación conforme a la convención), es decir dar los sentidos interpretativos válidos convencionalmente de una disposición, sin necesidad de llegar al control difuso, hasta podría realizar indirectamente el control de convencionalidad represivo (prohibido realizarlo directamente) para el caso concreto cuando previamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, hayan realizado previamente el control de convencionalidad represivo, como se argumentó anteriormente.

---

**convencionalidad"** entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (...) (**negrilla y subrayado es nuestro**)"

### 2.3 Control de Convencionalidad Represivo de Organos Administrativos

El **Control de Convencionalidad Represivo** por parte de Organos Adminstrativo, implica inaplicar una norma nacional (infralegal, legal o constitucional) por ser inconvencional, siendo "Este rol represivo del control de convencionalidad es, desde luego, el más traumático, ya que supone la inutilización (por desaplicación, o en su caso, derogación, según el orden jurídico de cada Estado) de normas domésticas por los propios operadores nacionales. (Sagues 2019: 6)."

Por lo que, prima facie, la posibilidad de realizar el control de convencionalidad represivo va depender de la posibilidad de realizar control difuso de los órganos administrativos, tal como dice inicialmente **SAGUES**:

*"Por el **paralelismo entre el control de convencionalidad y el de constitucionalidad**, podría concluirse así: el órgano ejecutivo y administrativo que está habilitado para realizar el control de constitucionalidad, por sí mismo, también tendría facultades para realizar allí control de convencionalidad. En cambio, si no es competente para consumar control represivo de constitucionalidad, tampoco estaría habilitado para realizar control represivo de convencionalidad, y **tendría que derivar el caso al órgano estatal pertinente para realizar el control represivo de constitucionalidad-convencionalidad**. (negrilla y subrayado es nuestro) (SAGUES 2015, 7-8)."*

Por lo que, si asumimos la tesis de que los órganos administrativos no pueden realizar control difuso, por ende, no podrían realizar, control de convencionalidad represivo, sin embargo, defendemos la tesis de que, si pueden realizar control difuso, por ende, los **órganos administrativos si podrían realizar control de convencionalidad represivo**, asimismo es necesario indicar que en nuestro ordenamiento no hay posibilidad de que un organo administrativo pueda enviar en consulta aun organo jurisdiccional para que este haga control de convencionalidad represivo, siendo solo posible si el administrado lo invoca en la via judicial.

Por otro, considero que de la misma convención, nace la obligacion de realizar el control de convencionalidad de órganos administrativos, y por ende el control de convencionalidad represivo (mayor carga argumentativa), cuando en su artículo 25º de la Convención establece que toda persona tiene derecho a un **"recurso sencillo y**

**rápido o cualquier otro recurso efectivo** ante jueces o tribunales competentes contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, ley o la presente Convención”, siendo que el **“tiempo”** es un factor de cumplimiento de las obligaciones convencionales, tal como lo indica la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el **Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela (2018)**<sup>14</sup>, o incluso la propia Corte que el artículo 25 puede optimizarse mejor en **“via administrativa”** que en “via jurisdiccional” puesto que la segunda podría generar en excesivas formales y demoras en la **OC 24/2017 (FJ 159-160)**<sup>15</sup>, siendo extrapolable dicha línea argumentativa, en que de no permitirse el control de convencionalidad represivo obligaría al justiciable en vía administrativa, por una mera formalidad, recién tendría la posibilidad de tutelar su derecho en la vía judicial previo procedimiento administrativo, afectando el contenido del artículo 25 de la Convención.

---

<sup>14</sup> Conforme se indica en el **FJ 188 del Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela (2018)** que dice: **“188. El principio de tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos judiciales sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral. Para que un Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención, no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos del mismo respecto (...) (negrilla y subrayado es nuestro)”**.

<sup>15</sup> Conforme se indica en el **FJ 159 y 160 del OC 24/2017**, que dice:

**“159. Por lo expuesto, se puede sostener que, si bien los Estados tienen en principio una posibilidad para determinar, de acuerdo a la realidad jurídica y social nacional, los procedimientos más adecuados para cumplir con los requisitos para un procedimiento de rectificación del nombre, y de ser el caso, de la referencia al sexo/género y la imagen fotográfica en los documentos de identidad y en los registros correspondientes, también es cierto que el procedimiento que mejor se ajusta a los requisitos establecidos en esta opinión es el que es de naturaleza materialmente administrativa o notarial, dado que el proceso de carácter jurisdiccional eventualmente puede incurrir, en algunos Estados, en excesivas formalidades y demoras que se observan en los trámites de esa naturaleza. (...).**

**160. Por otra parte, un trámite de carácter jurisdiccional encaminado a obtener una autorización para que se pueda materializar efectivamente la expresión de un derecho de esas características representaría una limitación excesiva para el solicitante y no sería adecuado puesto que debe tratarse de un procedimiento materialmente administrativo, sea en sede judicial, o en sede administrativa. En ese sentido la autoridad encargada de dicho trámite únicamente podría oponerse a dicho requerimiento, sin violar la posibilidad de autodeterminarse y el derecho a la vida privada del solicitante, si constatará algún vicio en la expresión del consentimiento libre e informado del solicitante. Es decir, que una decisión relacionada con una solicitud de adecuación o rectificación con base en la identidad de género, no debería poder asignar derechos, únicamente puede ser de naturaleza declarativa puesto que se deberá limitar a verificar si se cumple con los requisitos inherentes a la manifestación de la voluntad del requirente. De conformidad con lo expresado, la respuesta a la segunda pregunta planteada por el Estado de Costa Rica en torno a la naturaleza que deberían tener(...) (negrilla y subrayado es nuestro)”**

Finalmente, considero que en dicha línea, al no existir una prohibición constitucional (explícita o implícita) de que los órganos administrativos puedan realizar el control difuso, así como tampoco existir una justificación de restringirlo o existir un mecanismo idóneo (p.e consulta administrativa al órgano judicial), en aplicación del **artículo 25 de la Convención Americana**, para el marco constitucional peruano los órganos administrativos de manera excepcional (de no funcionar el control de convencionalidad constructivo y con la deferencia al legislador), pueden realizar control de convencionalidad represivo.

### **3 CONCLUSIONES**

3.1. El CONTROL DE CONVENCIONALIDAD ADMINISTRATIVO, es un MANDATO PROGRESIVO Y GRADUAL (NO MARGEN DE APRECIACIÓN) que los ESTADOS se encuentran obligados a implementar progresivamente y gradualmente (comenzando transitoriamente con la consulta judicial hasta pasar por el control represivo) por aplicación del DERECHO A UN RECURSO RÁPIDO Y EFECTIVO (art 25 Conv. Ame) , para lo cual deberán realizar una comparación entre la vía judicial y la administrativa caso por caso, a fin de evaluar que las MERAS FORMALIDADES y EFICACIA DE LOS DERECHOS CONVENCIONALES.

3.2 El CONTROL DE CONVENCIONALIDAD en el Perú estaría habilitado para los Órganos Administrativos, tanto el control de convencionalidad constructivo (por estar habilitadas a realizar la interpretación conforme), y como ultima ratio el control de convencionalidad represivo (por estar habilitadas a realizar el control difuso).

3.3 El CONTROL DE CONVENCIONALIDAD REPRESIVO de órganos administrativos en el Perú es constitucional, por optimizar la protección de derechos humanos al constituir un recurso rápido y efectivo (art 25 Conv. Ame) en su protección, mas aun cuando se encuentra habilitado conforme al ordenamiento jurídico constitucional (control difuso) y se da en cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos (deber de garante y adecuación norma interna).

3.4 Se recomienda (en DEFERENCIA AL LEGISLADOR), que debería explicitarse el control difuso en la LPAG o la propia constitución, o en su defecto habilitar la consulta administrativa al órgano judicial (para comenzar y transitoriamente), a fin

de dar cumplimiento del mandato convencional de deber de garante (art 1.1 Conv. Ame) y de adecuación la normativa interna (art 2 Conv. Ame).

## REFERENCIAS

CASTILLO CORDOVA, Luis. "Administración Pública y control de la constitucionalidad de las leyes. ¿Otro exceso del TC?". Lima: Diálogo con la Jurisprudencia N° 98, 2006.

DANOS ORDOÑEZ, JORGE. "Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública". Revista Ius Et Veritas N° 5. Lima (1995).

LANDA ARROYO, CESAR. "La Constitucionalización del Derecho Administrativo". Revista Themis N° 69. Lima (2016).

EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO JOSE. "Aplicación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en la Jurisprudencia Constitucional Peruana". Revista Ius et Praxis Vol. 9 N° 1 (Versión on line) . Talca (2003).

SAGUES, NESTOR PEDRO. "Notas sobre el Control Ejecutivo de Convencionalidad". Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano". Congreso Año XXI, Bogotá 2015, pp 141-149.

SAGUES, NESTOR PEDRO. "El Control de Convencionalidad y la Problemática sus Topes". Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: "La Democracia Constitucional en América Latina: A 45 Años del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y a 40 Años de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional". Buenos Aires (Argentina) 2019, pp 1-27.



## 9. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS ACERCA DO PAPEL DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS EM FACE DA DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA<sup>1</sup>

### INTRODUCTORY CONSIDERATIONS ABOUT THE ROLE OF STRUCTURAL INJUNCTIONS AGAINST OF ALGORITHMIC DISCRIMINATION



<https://doi.org/10.36592/9786554601153-09>

Mônia Clarissa Hennig Leal<sup>2</sup>

Dérique Soares Crestane<sup>3</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

No paradigma da sociedade da informação verifica-se uma tendência migratória dos caracteres da vida analógica para a vida virtual. Diversos dos atributos da vida humana encontram-se digitalizados, ou, ao menos, híbridos, à

---

<sup>1</sup> Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa "Teoria da essencialidade' (*Wesentlichkeitstheorie*) e discriminação algorítmica: *standards* protetivos em face do Supremo Tribunal Federal e da Corte IDH – proposta de parâmetros de controle", financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq (Bolsa de Produtividade em Pesquisa – Processo 309115/2021-3). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta" (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (ambos financiados pelo FINEP e ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC). Também se insere no âmbito do projeto de cooperação internacional "Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana: recepção da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua utilização como parâmetro para o controle jurisdicional de Políticas Públicas pelos Tribunais Constitucionais", financiado pela Capes (Edital PGC/15 02/2015 – Processo 88881.1375114/2017-1 e Processo 88887.137513/2017-00)

<sup>2</sup> Com Pós-Doutorado na Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg, na Alemanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta", vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq.

<sup>3</sup> Mestrando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade I. Graduado em Direito pelo Centro Universitário da Região da Campanha - URCAMP. Integrante do grupo de pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da Jurisdição Constitucional - instrumentos teóricos e práticos", coordenado pela Professora Pós-Dr.<sup>a</sup> Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1933600559383294>.

E-mail: dscrestane@gmail.com.

exemplo das relações pessoais, escolares e laborais. Além das facilidades, próprias do mundo virtual, surgem novos perigos, como a discriminação algorítmica, assim entendida como a impossibilidade de acesso a determinados bens e serviços por força de uma decisão automatizada opaca ou não.

O Estado enquanto poder legislativo demonstra-se incapaz de acompanhar as inovações tecnológicas. Outrossim, a grande maioria dos Tribunais Supremos e Constitucionais, à exemplo do Supremo Tribunal Federal Brasileiro e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ainda não analisaram nenhum caso envolvendo, especificamente, a discriminação algorítmica. Neste contexto, os processos estruturais surgem como uma possibilidade de enfrentamento de demandas complexas, cuja solução extrapola as partes processuais, com a estruturação de medidas com o desiderato de solucionar os problemas analisados, que devem ser observadas pelos demais poderes estatais.

Assim sendo, questiona-se: diante da insuficiência legislativa e de standards jurisdicionais que deem conta das complexidades que envolve a discriminação algorítmica, como os processos estruturais podem, em alguma medida, oferecer bases para a criação de padrões de proteção nesse sentido? Em busca da resposta ao problema proposto será, primeiramente, contextualizado o fenômeno da discriminação algorítmica enquanto reprodutora de discriminações estruturais historicamente visualizadas na sociedade e, em um segundo momento, serão apresentadas as considerações iniciais acerca dos processos estruturais a fim de verificar a potencial resposta que estes podem dar ao fenômeno da discriminação algorítmica.

Serão utilizados o método de abordagem hipotético dedutivo, o método de procedimento analítico e a técnica de pesquisa bibliográfica, a partir da leitura de autores especializados na temática. A hipótese que se busca confirmar, ou refutar, consiste, na possibilidade de utilizar os processos estruturais, de forma estratégica, para entregar ao Poder Judiciário a apreciação do fenômeno da discriminação algorítmica, para que este formule *standards* mínimos a serem observados por todos os atores envolvidos na elaboração de algoritmos, sobretudo os de inteligência artificial.

## 2 DISCRIMINAÇÃO ALGORITMICA: A REPRODUÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO ESTRUTURAL NO ÂMBIGO DIGITAL

Dentre as diversas características do século XXI, destacam-se a difusão tecnológica e a digitalização. A partir delas, diversos fundamentos da sociedade são alterados proporcionando uma infinidade de modelos de negócio inéditos no paradigma da denominada sociedade da informação. A primeira acepção conhecida da palavra algoritmo vinculava-se com a matemática. Todavia, atualmente, entende-se como algoritmo a sequência de instruções lógicas e não ambíguas o suficiente para se tornar executável. Neste contexto, é possível dividir os algoritmos em dois subgrupos: os simples, assim entendidos como aqueles que recebem do seu programador os dados iniciais e o caminho a ser percorrido em busca de um resultado pretendido; e os de inteligência artificial, os quais, a partir de uma abordagem heurística diferenciada, têm outorgada para si a atribuição de descobrir o caminho resolutivo de um problema complexo. Ou seja, aos algoritmos de inteligência artificial os programadores entregam os dados iniciais e o resultado pretendido, permitindo à máquina descobrir o caminho entre aqueles e este.<sup>4</sup>

Algoritmos de inteligência artificial são programados para aprender com problemas não resolvidos, bem como para resolver problemas específicos. Diante da complexidade dos problemas, torna-se prescindível a programação humana que, em determinados momentos, sequer consegue compreender os caminhos criados pela inteligência artificial, em um fenômeno denominado por Pasquale de *black box*<sup>5</sup>. Entende-se por *black box* problemas de transparência no código fonte do algoritmo que geram opacidade, ou seja, dificuldade, ou até mesmo impossibilidade, de entender o que ali está escrito, inclusive por pessoas qualificadas para tanto. Verifica-se, portanto, que todos os algoritmos trabalham com *inputs* e *outputs*. Isso significa que as informações são coletadas pela máquina que, utilizando-se de seu algoritmo, desempenha a tarefa para a qual foi programada retornando com um

---

<sup>4</sup> Domingos, P. (2017). *A revolução do algoritmo mestre: como a aprendizagem automática está a mudar o mundo*. Lisboa: Editora Manuscrito.

<sup>5</sup> Pasquale, F. (2022). *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. London: Cambridge.

resultado, que sempre será o mesmo, independentemente de sua precisão heurística, ou seja, ser aquilo que o programador gostaria que fosse. Contida no gênero inteligência artificial, está a espécie aprendizagem automática (*machine learning*)<sup>6</sup>. Os algoritmos de *machine learning* diferem-se dos demais algoritmos existentes na medida em que são programados para aprender competências e preferências humanas. O algoritmo de sugestão de filmes do *Netflix*, bem como de músicas do *Spotify* são alguns exemplos de algoritmos de *machine learning* que tentam aprender com preferências humanas, ao passo que os carros autônomos, bem como ferramentas de tradução, como o *google translate*, são exemplos de algoritmos de *machine learning* que tentam reproduzir competências propriamente humanas.

Portanto, pode-se inferir que um pressuposto de inteligência algorítmica é, justamente, a capacidade de decidir de forma autônoma. Como um algoritmo poderia desempenhar alguma competência humana, ou até mesmo recomendar algo, sem a capacidade de decidir autonomamente? “As perspectivas de uma sociedade livre, e até do livre-arbítrio, podem vir a mudar. E ainda que essa evolução se revele benigna ou reversível, as diversas sociedades do nosso planeta estão obrigadas a compreender bem essa mudança”.<sup>7</sup> Compreender essas mudanças significa, também, compreender os riscos. A discriminação algorítmica surge como um problema próprio da sociedade da informação. Na medida em que mais caracteres da vida analógica migram para o mundo virtual, como as relações pessoais e laborais, por exemplo, maior a necessidade relações satisfatórias entre as pessoas e as tecnologias. Ocorre que, estas, também são desenvolvidas por humanos que, deliberadamente ou não, podem repassar seus preconceitos para os algoritmos que produzem.

Existem determinados grupos em situação de vulnerabilidade que impõem aos ordenamentos jurídicos a necessidade de oferecer uma resposta efetiva aos problemas discriminatórias, de forma que além de viabilizada, seja garantida a inclusão, e seus direitos de igualdade e não-discriminação. Existem determinadas

---

<sup>6</sup> Domingos, P. (2017). *A revolução do algoritmo mestre: como a aprendizagem automática está a mudar o mundo*. Lisboa: Editora Manuscrito.

<sup>7</sup> Kissinger, H. A.; Schmidt, E.; Huttenlocher, D. (2022). *A era da inteligência artificial: e o nosso futuro humano* (J. M. Cruz trad.). Alfragide: Editora Dom Quixote.

características sensíveis das pessoas, como a etnia, a religião, a preferência sexual, entre outros, que historicamente foram e são utilizadas para identificar alguns grupos e, a partir dessas identificações, utilizá-las de uma maneira discriminatória.<sup>8</sup> Trata-se do fenômeno da discriminação estrutural. De acordo com Sagües<sup>9</sup> a discriminação estrutural exige a presença de um grupo de pessoas que apresente pelo menos três características: (i) a imutabilidade das características (ii) a vinculação histórica das características; (iii) independência da formação literal de uma minoria, por determinado grupo de pessoas.

Exige ainda, uma situação de generalizada exclusão, marginalização, ou subordinação que resultam em impedimentos de acesso às condições básicas de desenvolvimento humano. Sem a pretensão de adentrar no assunto, uma vez que não faz parte dos objetivos desta pesquisa, essa situação de discriminação estrutural deve ser combatida por meio de ações afirmativas endereçadas aos grupos discriminados.<sup>10</sup>

La naturaleza colectiva de la discriminación estructural requiere que la medida de acción afirmativa que instrumente mecanismos de discriminación inversa con vocación reformadora de tal situación también reciba elementos colectivos. Ello contribuye a determinar un primer elemento característico del proceso tendente a concretarla, que es su idoneidad para producir un pronunciamiento con efectos expansivos sobre la totalidad del grupo o colectivo que requiere tutela.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Leal, M. C. H; Lima, S. S (2021). *A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade: discriminação estrutural e sentenças estruturantes*. São Paulo: Tirant Lo Blanc.

<sup>9</sup> Sagües, M. S. (2018). Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico. EM E. F. Mac-Gregor; M. M. Antoniazzi; R. F. Pantoja (Ed.), *Inclusión, lus commune y justiciabilidad de los DESCAs em la jurisprudencia interamericana el caso del campo y nuevos desafíos*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

<sup>10</sup> Sagües, M. S. (2018). Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico. EM E. F. Mac-Gregor; M. M. Antoniazzi; R. F. Pantoja (Ed.), *Inclusión, lus commune y justiciabilidad de los DESCAs em la jurisprudencia interamericana el caso del campo y nuevos desafíos*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

<sup>11</sup> Sagües, M. S. (2018). Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico. EM E. F. Mac-Gregor; M. M. Antoniazzi; R. F. Pantoja (Ed.), *Inclusión, lus commune y justiciabilidad de los DESCAs em la jurisprudencia interamericana el caso del campo y nuevos desafíos*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

De acordo com Tischbirek<sup>12</sup>, as discriminações algorítmicas podem ocorrer por três motivos: (i) insuficiência na coleta de dados; (ii) insuficiência no tratamento de dados e (iii) insensibilidade normativa. Na primeira hipótese os dados oferecidos ao algoritmo inteligente não estão em quantidade suficiente para que ele possa aprender, ou inferir, os padrões corretos. Por exemplo, é desenvolvido um algoritmo cujo objetivo é mapear o perfil de melhores pagadores de empréstimos. Caso os dados oferecidos ao algoritmo sejam, em sua extrema maioria, compostos por pessoas brancas, o algoritmo poderá concluir que pessoas não brancas são más pagadoras, independentemente da correspondência desta inferência com a realidade, e, conseqüentemente, impedir a elas o acesso aos serviços de créditos.

Na segunda hipótese, os dados são oferecidos em quantidade e representatividade suficientes, todavia, a programação do algoritmo no sentido de o quê fazer com os dados contém vieses, os quais, inevitavelmente, serão reproduzidos na conclusão. Por fim, a terceira hipótese, corresponde a insensibilidade normativa. O direito enquanto regulador de comportamentos não deve reduzir os espaços que podem proporcionar violações aos direitos humanos e fundamentais.<sup>13</sup> Algoritmos de inteligência artificial são capazes de construir um futuro a partir de um olhar para o passado, motivo pelo qual, considerações normativas pontuais são importantes para reprimir vieses discriminatórios. A legislação sobre o tema deve ser pontual visando proporcionar a inovação, entretanto, deve identificar os fatores utilizados para a decisão algorítmica a fim de evitar conclusões discriminatórias. Diante da limitada capacidade imaginativa humana, bem como da incapacidade do tradicional poder legislativo acompanhar as incessantes inovações tecnológicas, deve-se pensar em alternativas para o auxílio da regulamentação da matéria, e os processos estruturais surgem como uma opção potencial.

---

<sup>12</sup> Tischbirek, A. (2020). Artificial Intelligence and Discrimination: Discriminating Against Discriminatory Systems. EN T. Wischmeyer; T. Radmacher (Ed.), *Regulating Artificial Intelligence*. Cham: Springer.

<sup>13</sup> Tischbirek, A. (2020). Artificial Intelligence and Discrimination: Discriminating Against Discriminatory Systems. EN T. Wischmeyer; T. Radmacher (Ed.), *Regulating Artificial Intelligence*. Cham: Springer.

### 3 PROCESSOS ESTRUTURAIS: CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS ACERCA DE SUA RELEVÂNCIA NO CONTEXTO DA DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA

O conceito de litígios estruturais<sup>14</sup> envolve a reunião de algumas características. Primeiramente, trata-se de um conflito complexo que envolve múltiplos polos de interesse que se apresentam em oposições e alianças parciais. De fato, a ideia de bipolaridade, normal aos litígios comuns, é insuficiente no contexto dos litígios estruturais. Em um segundo momento, os litígios estruturais implicam na concretização, pela via jurisdicional, de valores públicos juridicamente importantes ainda não implementados espontaneamente na sociedade. Alguns objetivos processualmente visados exigem uma ruptura com a tradicional estrutura direito-obrigação-violação-reparação, de forma que, a indenização, ou a penalidade, ainda que imprescindível sob o prisma da vítima individual, muitas vezes é ineficaz no que se refere à realização do interesse público, no sentido de impedir novas violações de direito idênticas. "É preciso tomar a violação como ponto de partida para encontrar formas de cessar o comportamento que a origina ou o contexto estrutural que a favorece".<sup>15</sup>

A terceira e última característica defendida por Vitorelli<sup>16</sup> corresponde a necessidade de reformar uma instituição, pública ou privada, em prestígio do valor público a ser implementado. Essa instituição pode ser tanto a protagonista na violação do direito em pauta, quanto pode apenas obstaculizar sua concretização. Litígios estruturantes, portanto

São aqueles que envolvem conflitos multipolares, de elevada complexidade, cujo objetivo é promover valores públicos pela via jurisdicional, mediante transformação de uma instituição pública ou privada. Há necessidade de reorganização de toda uma instituição,

---

<sup>14</sup> Ainda que existam correntes doutrinárias que sustentem a diferença entre processos e litígios estruturais, neste trabalho ambas as expressões serão utilizadas como sinônimas diante da limitação espacial.

<sup>15</sup> Vitorelli, E. (2022). Litígios Estruturais: Decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. EN S. C. Arenhart; M. F. Jobim; G. Osna (Ed.), *Processos Estruturais* (4.ª ed., pp. 351-398). Salvador: Editora JusPodivm.

<sup>16</sup> Vitorelli, E. (2022). Litígios Estruturais: Decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. EN S. C. Arenhart; M. F. Jobim; G. Osna (Ed.), *Processos Estruturais* (4.ª ed., pp. 351-398). Salvador: Editora JusPodivm.

com a alteração de seus processos internos, de sua estrutura burocrática e da mentalidade de seus agentes, para que ela passe a cumprir sua função de acordo com o valor afirmado pela decisão.<sup>17</sup>

Considera-se o precedente histórico dos processos estruturais o caso *Brown v. Board of Education*. Na sentença datada de 17 de maio de 1954, a Corte Constitucional dos Estados Unidos sustentou que a segregação racial nas escolas públicas, primárias e secundária violava o princípio da igualdade perante a lei, prevista na 14ª Emenda da Constituição Americana. Na oportunidade, a sentença invalidou todas as leis que até o momento permitiam a existência de escolas públicas separadas para crianças e adolescentes brancos e negros. Contextualizando, com a abolição da escravidão, empreendida em solo americano nos meados do século XIX, as pessoas de cor da pele preta foram reconhecidas como titulares de direitos civis, à exemplo da propriedade, da liberdade de contratar e de exercer seus direitos políticos básicos, como votar e ser eleito. Neste momento histórico, foi comum visualizar aqueles atuando como jurados, bem como funcionários públicos.<sup>18</sup>

Entretanto, em 1877, a situação dos cidadãos afro-americanos apresentou uma piora sobretudo nos estados do sul, onde foi possível visualizar um crescimento de práticas sociais com o desiderato de restringir os direitos até então conquistados. Essas práticas discriminatórias receberam o respaldo de diversas leis locais e estaduais conhecidas como leis *Jim Crow*, que, ardilosamente, mantinham os direitos constitucionais titularizados pelos cidadãos negros, todavia, em locais diversos dos cidadãos brancos. "Bajo el estándar divulgado como 'separados pero iguales', se dividían áreas y servicios públicos según la raza de los usuarios, y se establecían zonas residenciales dispuestas de forma separada". Somado a isso havia um aumento na violência privada empreendida contra os afro-americanos com a consequente impunidade dos agressores brancos.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Vitorelli, E. (2022). Litígios Estruturais: Decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. EN S. C. Arenhart; M. F. Jobim; G. Osna (Ed.), *Processos Estruturais* (4.ª ed., pp. 351-398). Salvador: Editora JusPodivm.

<sup>18</sup> Puga, M. (2022). La litis estructural en el caso *Brown v. Board of Education*. EN S. C. Arenhart; M. F. Jobim; G. Osna (Ed.), *Processos Estruturais* (4.ª ed., pp. 87-134). Salvador: Editora JusPodivm.

<sup>19</sup> Puga, M. (2022). La litis estructural en el caso *Brown v. Board of Education*. EN S. C. Arenhart; M. F. Jobim; G. Osna (Ed.), *Processos Estruturais* (4.ª ed., pp. 87-134). Salvador: Editora JusPodivm.



Desde o período da Primeira Guerra Mundial, as leis *Jim Crow* enfrentavam forte resistência, todavia, foi no contexto pós Segunda Guerra que se observaram mudanças em matéria racial. A ideologia antifascista pós-guerra elevou a importância das demandas afro-americanas, aumentando, por conseguinte, suas oportunidades. Neste período, os litígios foram utilizados como estratégias de luta por direitos. Inicialmente individuais, logo adquiriram conteúdos econômicos, sociais e caráter coletivo.<sup>20</sup> As principais críticas enfrentadas, à época, e atualmente, pelos processos estruturais, residem na violação da teoria da separação dos poderes, na medida em que atribuí aos juízes competências executivas e até mesmo legislativas.<sup>21</sup>

Isso porque os magistrados de um processo estrutural, diante de um comportamento institucional à margem do ordenamento jurídico, devem estabelecer formalmente essa constatação e, logo após, com uma metodologia predefinida, buscar mecanismos para atingir o resultado desejável.<sup>22</sup> Os processos estruturais são produtos de uma função judicial performativa, entendida como a atribuição de um sentido particular ao conflito, sobre o qual o juiz poderá tomar decisões com caráter normativo. A performatividade permite expandir o terreno do judicializável de forma a alcançar práticas até então aparte do debate judicial.<sup>23</sup> Isso implica que, algumas vezes, os Tribunais deixam de deferir o pedido em condição de direitos subjetivos individuais de modo direto, preferindo apontar determinados caminhos e medidas a serem seguidas ou implementadas pelos atores estatais da esfera legislativa, seja no âmbito do poder legislativo, seja no do poder executivo.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> Puga, M. (2022). La litis estructural en el caso Brown v. Board of Education. EN S. C. Arenhart; M. F. Jobim; G. Osna (Ed.), *Processos Estruturais* (4.ª ed., pp. 87-134). Salvador: Editora JusPodivm.

<sup>21</sup> Vitorelli, E. (2022). Litígios Estruturais: Decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. EN S. C. Arenhart; M. F. Jobim; G. Osna (Ed.), *Processos Estruturais* (4.ª ed., pp. 351-398). Salvador: Editora JusPodivm.

<sup>22</sup> Vitorelli, E. (2022). Litígios Estruturais: Decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. EN S. C. Arenhart; M. F. Jobim; G. Osna (Ed.), *Processos Estruturais* (4.ª ed., pp. 351-398). Salvador: Editora JusPodivm.

<sup>23</sup> Puga, M. (2022). La litis estructural en el caso Brown v. Board of Education. EN S. C. Arenhart; M. F. Jobim; G. Osna (Ed.), *Processos Estruturais* (4.ª ed., pp. 87-134). Salvador: Editora JusPodivm.

<sup>24</sup> Sarlet, I. W. (2022). Direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. EN S. C. Arenhart; M. F. Jobim; G. Osna (Ed.), *Processos Estruturais* (4.ª ed., pp. 619-648). Salvador: Editora JusPodivm.

Analisadas as principais premissas dos processos estruturais, verifica-se que os processos estruturais correspondem a uma importante ferramenta de combate a problemas sociais complexos envolvendo múltiplas causas e atores, como é o caso da discriminação algorítmica.

#### 4 CONCLUSÃO

Contextualizada a discriminação algorítmica pode-se verificar que ela corresponde a um fenômeno multicausal próprio dos algoritmos de inteligência artificial que têm por objetivo apresentar conclusões autônomas. Conforme sustentado, existem pelo menos três causas para a discriminação algorítmica, a insuficiência de dados, a insuficiência no tratamento de dados e a insensibilidade normativa. Pode-se apontar a insensibilidade normativa como a mais grave das hipóteses, uma vez que o Estado tem o dever de proteger os direitos humanos e fundamentais das pessoas de lesões ou ameaças.

Entretanto, a capacidade humana de prever situações é limitada, bem como a possibilidade do Estado, enquanto poder legislativo, de acompanhar a velocidade das inovações tecnológicas. Neste contexto, foram apresentadas as considerações iniciais acerca dos processos estruturais, sendo este conceituado como a possibilidade de discutir, judicialmente, situações multipolares complexas, mediante a transformação de instituições públicas ou privadas através de medidas estruturadas assertivamente a partir de uma perspectiva dialógica.

Diante da complexidade da discriminação algorítmica, bem como a necessidade de regular este âmbito do desenvolvimento tecnológico visando impedir eventuais lesões aos direitos humanos e fundamentais pode-se responder positivamente ao problema de pesquisa proposto, bem como acenar para a comprovação da hipótese experimentada, de forma que os processos estruturais podem ser utilizados, de maneira estratégica para levar ao Estado enquanto poder judiciário a discriminação algorítmica, para que este, a partir de uma perspectiva dialógica, estabeleça *standards* mínimos, bem como estruture sua aplicabilidade pelos demais poderes e pelos entes privados inclusive nas etapas de produção dos algoritmos inteligentes.

## REFERÊNCIAS

- Domingos, P. (2017). *A revolução do algoritmo mestre: como a aprendizagem automática está a mudar o mundo*. Lisboa: Editora Manuscrito.
- Fiss, O. (2022). To make the constitution a living truth. EN S. C. Arenhart; M. F. Jobim; G. Osna (Ed.), *Processos Estruturais* (4.ª ed., pp. 35-56). Salvador: Editora JusPodivm.
- Kissinger, H. A.; Schmidt, E.; Huttenlocher, D. (2022). *A era da inteligência artificial: e o nosso futuro humano* (J. M. Cruz trad.). Alfragide: Editora Dom Quixote.
- Leal, M. C. H; Lima, S. S (2021). *A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade: discriminação estrutural e sentenças estruturantes*. São Paulo: Tirant Lo Blanc.
- Pasquale, F. (2022). *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. London: Cambridge.
- Puga, M. (2022). La litis estructural en el caso Brown v. Board of Education. EN S. C. Arenhart; M. F. Jobim; G. Osna (Ed.), *Processos Estruturais* (4.ª ed., pp. 87-134). Salvador: Editora JusPodivm.
- Sagües, M. S. (2018). Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico. EM E. F. Mac-Gregor; M. M. Antoniazzi; R. F. Pantoja (Ed.), *Inclusión, lus commune y justiciabilidad de los DESCAs em la jurisprudencia interamericana el caso del campo y nuevos desafíos*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Sarlet, I. W. (2022). Direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. EN S. C. Arenhart; M. F. Jobim; G. Osna (Ed.), *Processos Estruturais* (4.ª ed., pp. 619-648). Salvador: Editora JusPodivm.
- Tischbirek, A. (2020). Artificial Intelligence and Discrimination: Discriminating Against Discriminatory Systems. EN T. Wischmeyer; T. Radamacher (Ed.), *Regulating Artificial Intelligence*. Cham: Springer.
- Vitorelli, E. (2022). Litígios Estruturais: Decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. EN S. C. Arenhart; M. F. Jobim; G. Osna (Ed.), *Processos Estruturais* (4.ª ed., pp. 351-398). Salvador: Editora JusPodivm.



# 10. CRÍTICA AO ANTROPOCENTRISMO A PARTIR DAS CONTRIBUIÇÕES DO PENSAMENTO ECOLÓGICO LATINO-AMERICANO: DIÁLOGOS ENTRE O ECOCENTRISMO, A TEORIA DOS BENS COMUNS E A ECOLOGIA POLÍTICA



<https://doi.org/10.36592/9786554601153-10>

*Talita De Fátima Pereira Furtado Montezuma*<sup>1</sup>

*Giovanna Helena Vieira Ferreira*<sup>2</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

A intensidade dos conflitos socioambientais na América Latina vem mobilizando um repertório de novos direitos que atravessam a relação sociedade-natureza e convocam o campo jurídico a rever seus fundamentos na seara ambiental. Assim, os movimentos contestatórios põem em questão o paradigma moderno de dominação da natureza, correlacionado à matriz racional que legitima a dominação de povos do sul global (LEFF & PORTO, 2015, p. 66).

Desta forma, há em curso um conjunto de resistências diversas que tecem uma revisão crítica das gramáticas de progresso e desenvolvimento. Para Acosta (2016b, p. 61), é inútil seguir correndo atrás deste “fantasma do desenvolvimento”, haja vista a insustentabilidade de se reproduzir em escala mundial o modo de vida norte-americano e europeu, apontando os limites das adjetivações ao desenvolvimento a partir do esvaziamento da noção de sustentabilidade<sup>3</sup>. O problema em torno do polissêmico conceito de sustentabilidade (LEFF & PORTO, 2015; LEFF, 2010) revela a disputa de significados antagonizados entre uma abordagem da racionalidade econômica e outra baseada nos potenciais ecológicos

---

<sup>1</sup> Professora adjunta da Universidade Federal Rural do Semiárido (Brasil). Doutora em Direito pela Universidade de Brasília. Mestre e Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. E-mail: talita.montezuma@ufersa.edu.br. ORCID: 0000-0003-4316-1173.

<sup>2</sup> Estudante de Direito pela Universidade Federal Rural do Semiárido (Mossoró, Brasil). E-mail: giovannahvf@gmail.com. ORCID: 0000-0002-8193-2509.

<sup>3</sup> Em Schroder (2011, p.5), o conceito de desenvolvimento é dificilmente separado da ideia de crescimento econômico, de forma que a adjetivação de desenvolvimento sustentável vem servindo a um novo padrão de legitimação do crescimento, esvaziando-se o conceito de sustentabilidade.

contidos na diversidade ontológica das múltiplas experiências comunitárias e tradicionais de relação com a natureza.

Portanto, o problema se encontra no próprio conceito de desenvolvimento como proposta global que agride os projetos de futuro de povos do Sul (ACOSTA, 2016). Além disso, na América Latina, a massiva exploração de recursos naturais se associa ao autoritarismo, facilita modelos de Estado paternalistas, provoca a busca voraz pelos excedentes do setor primário e gera conflitos distributivos pelas rendas da exploração da natureza (ACOSTA, 2011, p.13, p.17).

Tudo isto se contrapõe, no entanto, a um amplo conjunto de críticas à matriz antropocêntrica, considerando a natureza como sujeito de direitos e membro de um único metabolismo integrado entre vida humana e não humana. Diante dessas considerações, o presente trabalho objetiva analisar as contribuições que o debate ecológico latino-americano realiza em sua crítica ao antropocentrismo. Especificamente, busca-se identificar os contornos da crítica ao antropocentrismo a partir das abordagens ecocêntricas; colocar em diálogo o paradigma ecocêntrico com os pressupostos da ecologia política e da teoria relacional dos bens comuns; e, por fim, correlacionar tais aprendizados com as possíveis contribuições para o campo jurídico, no sentido de ampliar seus pressupostos que qualificam o entendimento acerca da relação sociedade-natureza.

No desenvolvimento, serão tratadas as contribuições do ecocentrismo e da ecologia política ao debate ecológico, promovendo uma crítica ao antropocentrismo. Na sequência, dialoga-se com a teoria relacional dos bens comuns como base para o reconhecimento de uma concepção de eco-interdependência da relação sociedade-natureza. Por fim, busca-se apresentar contribuições desses conceitos para o campo jurídico, reposicionando a natureza como sujeito de direitos.

A abordagem metodológica utilizada será a pesquisa qualitativa-exploratória, de natureza bibliográfica, revisando a literatura e analisando-se criticamente os conceitos que permeiam o campo jurídico e o debate em torno do antropocentrismo e do ecocentrismo latino-americano. Feito isto, conclui-se pela existência de uma ruptura com o constitucionalismo liberal, com o antropocentrismo e com as concepções epistemológicas que inferiorizam a natureza como um conjunto de bens

a serem codificados e dominados pela racionalidade humana. Desta ruptura, alguns aprendizados são extraídos para o campo jurídico.

## **2 CRÍTICA AO ANTROPOCENTRISMO NA CONCEPÇÃO DA RELAÇÃO SOCIEDADE-NATUREZA**

Há na modernidade uma tecnologia de poder pouco visível que molda sua narrativa sobre a natureza: dividir para fragmentar e hierarquizar. O binarismo que explica o mundo reduzindo-o a dois polos cria também hierarquias entre aquilo que se separa. A relação entre aquilo que é "social" e "natural" foi tradicionalmente descrita sob esta lógica dual. Em Santos (2009), o conhecimento moderno baseado no pensamento cartesiano é caracterizado pela pretensão de constituir um modelo global de explicação do mundo, negando as outras formas de conhecimento como válidas e credíveis.

Este paradigma vem sendo desafiado pela emergência de concepções plurais que compõem a proposta ontológica do pluriverso (ESCOBAR, 2014), das múltiplas formas de estar no mundo em que "os territórios são espaços-tempos vitais de interrelação com o mundo natural" (ESCOBAR, 2014, p. 59). Trata-se, portanto, de ir além da noção de diversidade cultural para assumir a existência de uma diversidade ontológica, considerando que existem múltiplas realidades, múltiplas histórias em curso, e não uma só realidade fragmentada em diversas culturas (ESCOBAR, 2014, p. 145).

Tais emergências encontram no contexto latino-americano um campo fértil de enunciado das relações plurais que se estabelecem com a natureza, reconhecendo-lhe dignidade intrínseca e realizando uma crítica às concepções antropocêntricas da relação sociedade-natureza.

Para bem desenvolver esta crítica, importa ressaltar que também no campo do direito moderno estatal, ou do próprio antropocentrismo como concepção epistêmica, emergem irrupções que põem em debate o excesso de utilitarismo presente nas noções modernas que buscava reificar e dominar a natureza como elemento externo à vida humana. Neste sentido, procura-se formular perspectivas

de um antropocentrismo alargado (MORATO LEITE & AYALA, 2000, p.167), antropo-responsabilizante (HOUTART, 2011, p.19), de uma ordem constitucional ambiental.

Entretanto, a incorporação da lógica privada nos instrumentos jurídicos ambientais, a incorporação da gramática da eficiência econômica como parâmetro de gestão e a insuficiência das normas de tutela ambiental para responder aos crescentes conflitos socioambientais vêm revelando limites destas abordagens.

Nesta ótica, o antropocentrismo caracteriza-se pela sobreposição do homem às demais espécies e à natureza, de maneira que tem-se a concepção de que a natureza existe para atender aos seus interesses da espécie humana, proporcionando-lhe benefícios e possuindo então um papel secundário no universo. Essa visão antropocêntrica relaciona-se à superioridade entre os próprios seres humanos, tal como se deu nos processos de colonização, que corresponde à dominação exercida por um grupo humano sobre uma nação e território (HUANACUNI MAMANI, 2015).

Uma vez que a lógica antropocêntrica prioriza práticas que beneficiam o homem em detrimento da natureza e das demais espécies, propõe caminhos insustentáveis em busca de recursos naturais. Portanto, o aumento do consumo e da demanda por energia, matérias primas e mão de obra, vem amplificando os conflitos ambientais relacionados com a distribuição social e espacial da contaminação (MARTINEZ ALIER, 2014, p. 333). Trata-se da dialética produção-destruição (PORTO & SCHUTZ, 2012, p. 1455). Nessa perspectiva, mostra-se urgente uma mudança paradigmática que rompa com as ideias antropocêntricas e passe a reconhecer a preservação da natureza como um aspecto fundamental para o desenvolvimento das nações.

Como uma representação disso, surge o novo constitucionalismo latino-americano, atrelado à ideia de pluralismo jurídico e de plurinacionalismo baseados na existência do pluralismo étnico, sendo resultado de uma forte pressão popular por mudanças institucionais que visassem as demandas sociais múltiplas (GROSS & GROTH, 2018), de modo que setores antes marginalizados e segregados pelo constitucionalismo eurocêntrico foram incluídos no espaço de discussão político-jurídico (WOLKMER; FAGUNDES, 2013, p. 339).



Neste sentido, a luta dos povos indígenas é contra-hegemônica e enfrenta de atores locais a grandes corporações internacionais interessadas na exploração de riquezas naturais (RODRIGUEZ-GARAVITO, 2005, p. 242). O novo paradigma constitucional latino-americano, incorporado nas Constituições do Equador, de 2008, que reconhece expressamente os direitos da natureza, e da Bolívia, de 2009, que insere o “Bem Viver” no texto constitucional, remete ao fortalecimento do reconhecimento dos direitos desses povos. Tais legislações não só valorizam a cosmovisão dos povos indígenas, como representam a emancipação deles, trazendo uma visão decolonial dos direitos da natureza a partir da compreensão dos povos originários.

### **3 CONTRIBUIÇÕES DO PENSAMENTO ECOLÓGICO LATINO-AMERICANO: ECOCENTRISMO, ECOLOGIA POLÍTICA E DEFESA DOS BENS COMUNS**

As contestações do pensamento latino-americano compõem novas formas de subjetivação coletiva a partir de uma simbiose entre resgate e atualização de suas práticas históricas, considerando que daí vem emergindo “novas ideias, projetos e direitos, onde conceitos antigos – território, autonomia, auto-gestão, conhecimento local, estão sendo ressignificados, reconfigurando novas identidades territoriais e novas estratégias” (LEFF & PORTO, 2015, P.85).

Escobar (2014, p. 38) mapeou um imaginário teórico-político emergente no campo dos estudos decoloniais e de alternativas ao desenvolvimento, no pensamento do Norte e do Sul global, o que chama de discursos de transição. Em sua perspectiva, os discursos de transição consistem em empenhos de ordem acadêmica, culturais e institucionais em um movimento transformativo do mundo, sendo inovações multiculturais e multi-epistêmicas. No diagnóstico do autor, esses discursos de transição no Norte se caracterizam pela prevalência da perspectiva do decrescimento. Já no Sul, as transições ao pós-extratativismo ganham centralidade, notoriamente com as discussões sobre o Bem Viver e os direitos da natureza (ESCOBAR, 2014, p.47).

Contribuindo nesta seara, as abordagens mapeadas nesta pesquisa redimensionam a relação jurídica instituída entre sociedade e natureza. Dunlap

(2008) propõe a definição de ecocentrismo mais utilizada na atualidade, que remete à conscientização das pessoas sobre os problemas ambientais, e suas capacidades de empenhar esforços para contribuir na solução ou ao menos demonstrar vontade de engajar-se na questão ambiental.

No campo jurídico, a Constituição Equatoriana de 2008 rompeu com o paradigma antropocêntrico, trazendo valores desde o seu preâmbulo que celebram a Pachamama e o "Bem Viver", atrelados a uma relação de harmonia entre os seres humanos e a natureza. Nesta concepção, o ser humano é enxergado como um elemento integrante da Pachamama, não sendo esta uma coisa ou um objeto passível de exploração, mas sim um "espaço de vida" (WOLKMER; WOLKMER, 2014, p. 1000).

Esta foi a primeira vez que ocorreu a positivação dos Direitos da Natureza, expressamente, em um texto constitucional, por meio dos artigos 10 e 71 e seguintes. A cosmovisão dos povos originários, antes inferiorizada, considerada infantil, folclórica e atrasada, passou a protagonizar o texto constitucional como o elemento central do novo marco de desenvolvimento (GROTH & GROSS, 2018).

Neste caminho, a Constituição Equatoriana foi inovadora com relação à maioria dos modelos constitucionais contemporâneos que consideram os direitos ambientais como direitos fundamentais de terceira geração que buscam apenas proteger os direitos do homem ao meio ambiente saudável, enquanto o modelo do Equador dá à natureza a titularidade de direitos que são independentes de valorizações humanas (GROTH & GROSS, 2018).

Conforme mapeou Escobar (2014), a linguagem dos Direitos da Natureza se insere no campo latino-americano de formulações de alternativas ao paradigma do desenvolvimento. Assim, mais do que uma categoria jurídica, trata-se de uma abordagem que assume uma valoração intrínseca à natureza não humana e que se insere no campo da diversidade de conhecimentos e visões de mundo que inspiram as resistências criativas. Portanto, no diagnóstico do autor, os direitos da natureza, o bem viver e a defesa dos (bens) comuns seriam algumas destas abordagens de alternativas pensadas no Sul global.

Há, portanto, pontes teóricas relevantes a serem traçadas entre tais abordagens, as quais podem ser relacionadas a partir da i) costura entre as

contribuições da ecologia política e da crítica à noção do antropocentrismo; ii) costura entre o reconhecimento da condição interdependente da vida e da proteção dos bens comuns como base de refundação da relação sociedade-natureza.

### **3.1 Revisitando a relação sociedade-natureza a partir das contribuições da ecologia política**

Duas abordagens teóricas somam no reposicionamento da relação entre "sociedade-natureza". A primeira se expressa no campo da ecologia política, a qual questiona o dualismo entre a esfera social e natural, vida-morte, indivíduo-sociedade. Isto tece uma "subversão da relação do sujeito com o mundo objetivado" (LEFF, 2010b, p. 101) e pode criar novas articulações entre o mundo real e o simbólico. Este é um movimento em confluência com o as reflexões típicas da ecologia profunda, que propõe analisar o mundo como um todo articulado, conferindo um sentido de interdependência e reconhecimento valorado das formas de vida não humanas (CAPRA, 1996, p. 24).

Neste sentido, a ecologia política emerge como um campo de pesquisa a partir da imbricação entre "a ecologia humana nas inter-relações que sociedades humanas mantêm com seus respectivos ambientes biofísicos com conceitos da economia política que analisa as relações estruturais de poder entre essas sociedades" (LITTLE, 2006, p. 86). Para Lipietz (2002, online) a ecologia política pergunta sobre as consequências da organização social para o meio ambiente e implica na reanálise de cinco conceitos: natureza, progresso, responsabilidade, solidariedade e autonomia. Outro aprendizado da ecologia política consiste em integrar os problemas locais com as dimensões globais e macroestruturais, conexão que os estudos sobre mudanças climáticas vêm evidenciando, por exemplo, no que tange à emissão de gases do efeito estufa (GEEs) e à fragilização dos ecossistemas<sup>4</sup>.

Desta forma, caminhar pela ecologia política requer considerar o ambiente sob uma perspectiva não apenas holística, mas fundamentalmente integrada aos

---

<sup>4</sup>IPCC. Fifth Assessment Report (AR5). Disponível em: <[http://www.ipcc.ch/report/ar5 /index.shtml](http://www.ipcc.ch/report/ar5/index.shtml)>. Acesso realizado em 10.10.2022

mesmos eixos de determinações dos processos sociais e, portanto, atravessada por relações de poder (LITTLE, 2006, p.86).

Neste sentido, Martinez Alier (2014, p.33) sustenta a existência de um conflito estrutural entre economia e meio ambiente. O autor defende a ecologia política como o “estudo de uma série de atores, com diferentes níveis de poder e interesses distintos que se confrontam com as demandas de recursos por parte de outros atores em um contexto ecológico particular” (MARTINEZ ALIER, 2014, p.339), criando o chamado ecologismo dos pobres, um campo de estudo que procura “abarcas as preocupações sociais” na seara ambiental (MARTINEZ ALIER, 2014, p. 347).

Face a este diagnóstico, os Direitos da Natureza sob a ótica do ecocentrismo redimensionam os polos desta questão ao trazer a natureza para o centro do debate. Neste sentido, ainda no diagnóstico das abordagens latino-americanas que contribuem nesta crítica, observa-se uma nova concepção, relacional e decolonial, sobre a proteção dos bens comuns que assume igualmente uma potência epistemológica de questionar os fundamentos tradicionais da relação sociedade-natureza, conforme se passa a expor.

## **2.2 A concepção relacional dos bens comuns como contribuição ao debate em torno da relação sociedade-natureza**

Em 2001, o texto de Naomi Klein, *Reclaiming the commons* (KLEIN, 2001) apontou para a multiplicidade de movimentos e campanhas anti-privatização no mundo e a existência de um fio partilhado entre eles: a defesa dos comuns como elemento de articulação entre mobilizações sociais de ambientalistas, estudantes, movimentos de oposição à privatização dos serviços públicos, redes de pequenos agricultores, entre outros.

No contexto analisado, a proposta de defesa dos (bens) comuns realiza fissuras importantes que mostram alternativas à racionalidade moderna. Nesta pesquisa, argumenta-se que a proposta teórica dos comuns consiste em fecundar relações sociais que se organizam pelo reconhecimento e valorização da condição eco-interdependente da vida. Aquilo que se nomeia como bens comuns seriam,

portanto, fruto de relações sociais que se afirmam na pluralidade de práticas intencionalmente direcionadas à afirmação da reprodução da vida.

Nesta concepção, a noção deixa de ser uma simples tipologia de bens (públicos, privados ou comuns) e se configura em um complexo de vínculos sociais capaz de colocar bens materiais e imateriais em uso compartilhado e nomeá-los como inapropriáveis. Assim, os (bens) comuns deixam de comportar apenas uma dimensão patrimonial para se afirmar como oposições às formas de propriedade pública (estatal) e privada, um caminho de superação de ambos desde o compartilhamento da riqueza social e da gestão coletiva de bens. Portanto, é necessário um tecido social composto entre os bens ambientais e as comunidades para se possa emergir acesso coletivo, corresponsabilidade, preservação de ecossistemas e outras características dos (bens) comuns.

Há que se mencionar que foi no debate sobre a experiência inglesa que um largo campo de estudos sobre o tema se baseou. Silvia Federici (2017, p.50) atesta que na experiência europeia feudal, o uso dos espaços comunais – bosques, lagos, pastos – permitiam a sobrevivência dos que não tinham terra, o compartilhamento de riquezas, fomentava a coesão e a cooperação comunitárias, chegando a servir de base para surgirem administrações autônomas comunais, como na Itália. Da importância dos espaços comunais sobreviveu a ideia do compartilhamento, considerando-se que a terra pertence a quem nela trabalha, uma origem do valor autônomo do trabalho e da função social da terra. Conforme aponta a autora, atualmente, o sentido político dos comuns vem se transformando a partir dos movimentos ecologistas e feministas.

Mapeando as lutas latino-americanas que estabelecem novas linguagens ecoterritoriais, Svmpa (2016) esclarece que as lutas pelos comuns orbitam em torno da defesa da inalienabilidade da natureza, ou seja, daquilo que é coletivamente compartilhado. Desta forma, “não se trata exclusivamente de uma disputa em torno dos “recursos naturais”, mas de uma disputa pela construção de um determinado “tipo de territorialidade baseado na proteção do “comum” (patrimônio natural, social e cultural)” (SVMPA, 2016, p.150).

A perspectiva relacional dos comuns não lhe permite enxergar nem como uma tipologia classificatória de bens, nem como resultado de uma produção de um sujeito

unitário abstrato, “o povo” ou “a nação”. O comum é a produção social aberta, é “compartilhamento do mundo” (CAVA & MENDES, 2017, p. 172) e se realiza por relações sociais plurais no âmbito comunitário. Não reside, portanto, em uma abstrata comunidade de iguais, mas na relação construída entre sujeitos concretos e singulares. Compartilhar a coexistência não é, portanto, comungar de um princípio de existência único, conforme apontou Escobar (2014) em seu debate sobre o pluriverso.

Gutierrez (2017, p.122) aponta, ainda, que a produção do comum se funda em “nós mesmas”, para lembrar que a lógica dos comuns se encarna e é vivida por pessoas concretas em tramas associativas. Por conseguinte, os comuns configuram-se como resultado de relações não subsumidas totalmente à forma mercantil, o que significa que eles se constituem e são constituídos por outras formas de trabalho e valor (GUTIERREZ & LUHMAN, 2019, p.32), onde há maior autonomia sobre a gestão do tempo, sobre a decisão do que produzir e mesclado em práticas de trabalho compartilhado em mutirões, colheitas coletivas e troca de experiências, por exemplo.

A noção a qual a autora se refere pode ser fortalecida com a categoria da interdependência. Para Capra (1996, p. 21) os problemas ecológicos da atualidade são sistêmicos e interdependentes. A ecologia política acolhe a proposta da teia da vida como uma teia entre seres interdependentes, propondo leituras integradas entre os fenômenos sociais, econômicos, políticos e ambientais, correlacionando estruturas físicas, padrões de organização e processos de constituição e significação (CAPRA, 1996, p. 39), situando a vida humana na dependência da vida não humana, momento em que se aproxima da noção de ecodependência.

Como compreendem Navarro e Gutierrez (2018, p.48), a interdependência conecta a teia de reprodução simbólica, afetiva e material da vida, gestada sob “múltiplas tramas coletivas em cada momento que se organizam para fazer em comum a vida”. Por reprodução da vida, as autoras referem-se a um conjunto de atividades materiais, afetivas e simbólicas que geralmente são invisibilizadas, feminizadas e desvalorizadas, mas que são a base social de geração de valor (NAVARRO & GUTIERREZ, 2018, p.53). Assim, a vida não se reproduz nem individualmente, nem sob uma só espécie, um aprendizado das teorias dos comuns

como relações sociais que bebem das abordagens do ecocentrismo e dos Direitos da Natureza.

#### **4 AS CONTRIBUIÇÕES DO PENSAMENTO ECOCÊNTRICO NA SUPERAÇÃO DO REDUACIONISMO JURÍDICO EM SUA TRADICIONAL CONCEPÇÃO DA RELAÇÃO SOCIEDADE-NATUREZA**

Tais apontamentos revelam uma desconfiança com o direito estatal e seu princípio de nação única que captura o conceito daquilo que é público e coíbe as possibilidades de coexistência entre modos de vida singulares, o que corresponde a uma “monocultura do direito positivo estatal” (LAURIS, 2007, p. 60).

Entretanto, tal processo não ocorre passivamente. P. Bourdieu (2010, p. 218) compreende o campo jurídico como “o lugar de concorrência pelo monopólio de dizer o direito”. Ainda, que “a significação prática da lei não seja determinada realmente senão na confrontação entre diferentes corpos animados de interesses específicos divergentes” (BOURDIEU, 2010, p. 218).

Neste campo de disputas, complexo e fissurado onde se situa a norma jurídica, a eficácia da noção moderna de lei, assentada na criação estatal, dependeria também da sua capacidade de mediação e contemplação das emergências sociais, dos distintos interesses sob confronto, sob pena de se transformar em mero instrumento de poder e governo (SEGATO, 2006, p. 212). Além disso, a lei, mesmo resultante desta correlação de forças, depende de uma eficaz divulgação de sua narrativa, de seu discurso, sendo um possível caminho para instaurar novas sensibilidades na esfera social (SEGATO, 2006, p. 219).

As abordagens críticas sobre a questão ecológica elencadas neste texto trazem para o centro do debate jurídico contribuições epistemológicas relevantes, tais como: i) a consideração de uma dignidade intrínseca da natureza, para além da sua condição reificada de bens externos passíveis à codificação e dominação humana; ii) a compreensão da diversidade ontológica que fundam as relações sociedade-natureza, de forma a introjetar a pluralidade epistêmica e valorativa de povos originários e tradicionais como âmbito de fundamentação de direitos emergentes; iii) a compreensão de que os bens comuns naturais são, para além de

uma tipologia de bens, resultado da proteção cotidiana realizada por sujeitos sociais que estabelecem vínculos de cuidado, compartilhamento e reciprocidade em suas relações com o ambiente.

Assim, não há apenas uma incompletude da norma jurídica que reduz a natureza ao seu conteúdo pragmático-utilitário, mas uma incompatibilidade com os fundamentos que baseiam as relações comunitárias de povos originários e tradicionais. Tais relações mostram uma centralidade das dimensões simbólicas, afetivas e subjetivas na relação com o ambiente, não sendo redutíveis a meros sistemas de práticas de manejo. Reconhecem, ainda, suas sociedades como parte da teia da vida e, portanto, eco-interdependentes das condições ecológicas, rompendo a tradicional separação entre sociedade e natureza.

Neste contexto, podem-se extrair reflexões em torno dos limites da forma jurídica estatal que tradicionalmente descreveu a natureza em termos patrimoniais. Dito isto, pensar a interface entre a questão ambiental e o Direito já não é apenas um problema de incorporar critérios sustentáveis nas métricas estatais ou econômicas, mas revisitar a própria racionalidade que lhe funda (LEFF, 2010). Não se trata apenas de revelar problemas relativos à efetividade da norma jurídica, mas sim de investigar desde os seus fundamentos que concepções sobre a natureza vêm sendo consagradas. Isso porque, conforme alerta Ost (1997), prevalece no campo jurídico uma ética antropocêntrica que percebe a natureza como objeto passível de dominação.

Estudos sobre os comuns na esfera jurídica vêm compreendendo que a categoria serve para expressar situações em que determinados bens são "mantidos em regime de corresponsabilidade e benefício recíproco", sendo um princípio nodal compreender que os bens comuns não são apenas as coisas em si, "mas o contexto social em que um conjunto de atores estabelece um regime de corresponsabilidade sobre um recurso material ou simbólico" (SILVEIRA, 2019, p. 18). Desta forma, é possível investigar "como as ideias sobre o *comum* se refletem na racionalidade e nos discursos jurídicos vigentes" (SILVEIRA, 2019, p. 14). Nesta concepção dos bens comuns, a natureza e seus vínculos com os grupos sociais assumem valor próprio a partir de sua funcionalidade para a proteção da vida, momento em que se aproximam das abordagens do ecocentrismo.



Por outro lado, a tensão em torno das disputas epistêmicas jurídicas se aprofunda na medida em que há, em paralelo, uma crescente incorporação de uma lógica da *ecoeficiência* (PORTO & SCHUTZ, 2012, p.1448) nos estudos jurídicos, os quais recortam seus objetos por critérios dogmáticos e substituem as preocupações com os critérios de justiça e os sujeitos de direitos por problemas relacionados à eficiência econômica da governança ambiental. Soma-se o processo de internalização de instrumentos jurídicos orientados pela chamada Economia Verde, na metodologia de precificação desenvolvida a partir do estudo "TEEB: The Economics of Ecosystems and Biodiversity", nos mecanismos de mercado de carbono, os quais transferem para o mercado a responsabilidade por cumprimento de normas ambientais e avançam na mercantilização dos chamados bens comuns.

Além disso, prevalece nos estudos em Direito Ambiental a (legítima) preocupação em considerar as externalidades negativas<sup>5</sup> no processo de tomada de decisão e responsabilização de empreendedores, o que foi consagrado com a norma do poluidor-pagador prevista no Princípio 16 da ECO-92.

Tal preocupação avança na tutela ambiental e aperfeiçoa os mecanismos de consideração de riscos, mas incorre em dois problemas oriundos da teoria econômica neoclássica na qual o instrumento se inspira: considera as externalidades negativas como falhas de mercado e considera que é possível realizar, por meio de regras de alocação econômica, a completa internalização dos custos resultantes de um dano ambiental. Do ponto de vista das contribuições do pensamento crítico latino-americano, tais argumentos podem ser refutados. O primeiro, porque os danos ambientais não são excepcionalidades, acidentes ou falhas do mercado, eles compõem a lógica do regime de despojo múltiplo imposto sobre a América Latina, conforme demonstra Navarro (2019). O segundo porque apenas uma visão reificada da natureza e que desconsidera a interdependência entre seus elementos pode pretender economicizar toda a cadeia de alterações provocadas pela ação humana.

---

<sup>5</sup> De acordo com Sadeleer (2009, p.36), as "externalidades negativas aparecem quando a produção ou o consumo de bens ou serviços prejudicam os bens ambientais sem que esse dano seja refletido em seu preço." Desta forma, o princípio do poluidor-pagador seria uma "regra econômica de alocação de custo, cuja fonte está, precisamente, na teoria das externalidades. Ela requer que o poluidor tome responsabilidade pelos custos externos que advêm de sua poluição."

O exemplo acima ilustra a sobrevivência da lógica jurídica percebida em Souza Filho (1997), na qual o direito moderno estatal se construiu sobre a ideia de propriedade privada material, concreta e individual. Portanto, sobrevive a dificuldade de compreender os fundamentos dos direitos coletivos fundados em relações sociais diversas.

Neste sentido que as contribuições do pensamento ecológico latino-americano podem contribuir para uma ampliação da ótica jurídica sobre a natureza. Em Teubner (2010), o problema da colisão entre distintos sistemas sociais pode ser resolvido pela noção de policontextualidade, tornando a lei um espaço de reconstrução da multiplicidade de perspectivas sociais. Se aceitarmos estes elementos como válidos para pensar os direitos, a defesa da natureza e dos bens comuns não deixariam de ser também uma reivindicação de formas de instituir os acordos sociais. Ou seja, os comuns não são os bens ou recursos, estão mais para relações sociais contextuais, ou seja, o comum "é uma convenção social, é uma convenção social, é direito, formal ou informal" (HELFRICH, 2008b, p. 316). Tal convenção encontra a possibilidade de instituir direitos além da ótica antropocêntrica e oferecer uma contribuição da crítica jurídica ao problema ecológico contemporâneo.

## 5 CONCLUSÃO

O processo de colonização na América Latina consagrou ideias eurocêtricas e antropocêtricas sobre a natureza, ainda que tais concepções não fossem vivenciadas pelos povos originários até então. A partir disso, criou-se uma hierarquização entre seres humanos, bem como entre seres humanos e natureza, sendo invisibilizados e inferiorizados os saberes ancestrais dos povos originários e tradicionais.

À medida que se desenvolve o debate ecológico latino-americano e, sobretudo, com o acirramento dos conflitos ambientais, emergem concepções que rompem com as concepções trazidas pelo antropocentrismo. Exemplos dessas ideias são a ecologia política e a teoria relacional dos bens comuns, que surgem para

enriquecer esse diálogo, reconhecer a condição de interdependência da vida e reposicionar a relação sociedade-natureza.

O presente trabalho pôde demonstrar que há aprendizados destas abordagens para o debate epistemológico contemporâneo cujos reflexos incidem, ainda, sobre a proteção jurídica do ambiente. Pode-se compreender o âmbito de constituição de bens comuns como uma esfera movida por práticas e emoções para suprir desejos e necessidades situados na condição eco-interdependente da vida, fazendo-o por caminhos de compartilhamento e uso coletivo das condições ecológicas, conferindo densidade à noção de sustentabilidade. Nos dizeres de Castro e Danowski (2014, p.127), devemos considerar a possibilidade de que sejam estas "pequenas populações e a tecnologia 'relativamente rudimentar' dos povos indígenas e de tantas outras minorias sociopolíticas da Terra, que venham a transformar-se em um exemplo, um "recurso" e uma vantagem crucial em um futuro pós-catastrófico".

Desta forma, pode-se concluir que as abordagens do ecocentrismo realizam uma ruptura com o constitucionalismo liberal, com o antropocentrismo e com as concepções epistemológicas que inferiorizam a natureza como um conjunto de bens a serem codificados e dominados pela racionalidade humana. Há, mais do que o reconhecimento dos Direitos da Natureza, um redimensionamento das categorias tradicionais que orientam a tutela jurídica ambiental, de forma a i) considerar uma dignidade intrínseca da natureza; ii) compreender a diversidade ontológica que funda as relações sociedade-natureza, intorjetando a pluralidade epistêmica no âmbito de fundamentação de direitos emergentes; iii) enunciar que os bens comuns naturais são, para além de uma tipologia de bens, resultado da proteção cotidiana realizada por sujeitos que estabelecem vínculos de cuidado, compartilhamento e reciprocidade em suas relações com o ambiente.

## REFERÊNCIAS

LEFF, E. & PORTO-GONÇALVES, C. W (2015). Political Ecology in Latin America: the Social Re-Appropriation of Nature, the Reinvention of Territories and the Construction of an Environmental Rationality. *Desenvolv. Meio Ambiente*, 35, (65-88). Doi: 10.5380/dma.v35i0.43543.

ACOSTA, A. (2016). *O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos*. São Paulo: Autonomia Literária, Elefante.

ACOSTA, A. (2011). *Extractivismo y neoextractivismo: dos caras de la misma maldición*. Recuperado do site Ecoportal: [https://www.ecoportal.net/temas-especiales/mineria/extractivismo\\_y\\_neoextractivismo\\_dos\\_caras\\_de\\_la\\_misma\\_maldicion/](https://www.ecoportal.net/temas-especiales/mineria/extractivismo_y_neoextractivismo_dos_caras_de_la_misma_maldicion/).

LEFF, E. (2010). *Imaginaros sociales y Sustentabilidad. Cultura representaciones soc.*

ESCOBAR, A (2014). *Sentipensar con la tierra: nuevas lecturas sobre desarrollo, territorio y diferencia*. Medellín: Ediciones UNAULA.

SANTOS, B. S. (2009). *Um discurso sobre as ciências*. 6.ed. São Paulo: Cortez.

LEITE, J. R. M & AYALA, P. (2000). *A transdisciplinaridade do direito ambiental e a sua equidade intergeracional*. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos. 21, 41, (113-136). Doi: 10.5007/%25x.

HOUTART, F. (2011). *Dos bens comuns ao Bem Comum da Humanidade*. Bruxelas: Fundação Rosa Luxemburgo.

HUANACUNI MAMANI, F (2015). *Vivier bien/buen vivir: Filosofía, Políticas, Estrategias y experiências de los pueblos ancestrales*. Instituto Internacional de Integración. La Paz, Bolívia.

MARTINEZ ALIER, J. (2014) *O ecologismo dos pobres*. São Paulo: Contexto.

PORTO, M.F.S.P & SCHUTZ, G. E. (2012). *Gestão ambiental e democracia: análise crítica, cenários e desafios*. Revista CiênciaSaúde Coletiva, 17,6. Doi: 10.1590/S1413-81232012000600009.

GROSS, A. & GROTH (2018), T. *Novo constitucionalismo latino-americano: plurinacionalismo e ecocentrismo nas constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009)*. Revista Culturas Jurídicas, 5(11), 131-148. Doi: 10.22409/rcj.v5i11.529.

WOLKMER, A. C & FAGUNDES, L. M (2013). *Para um Novo Paradigma de Estado Plurinacional na América Latina*. Novos Estudos Jurídicos, 18(2), 329-342, doi: 10.14210/nej.v18n2.p329-342.

RODRIGUEZ-GARAVITO, C & ARENAS, L. C. (2005). *Indigenous Rights, Transnational Activism, and Legal Mobilization: the struggle of the U'wa people in Colombia*. Cambridge University Press, (241-266).

DUNLAP, R. (2008). *The new environmental paradigm scale: from marginality to worldwide use*. The Journal of Environmental Education, 40(1), 3-18.

CAPRA, F. (1996). *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Editora Cultrix Ltda.

LITTLE, P. (2006). Ecologia política como etnografia: um guia teórico e metodológico. *Horizontes Antropológicos*, 25, (85-103). Doi: 10.1590/S0104-71832006000100005

LIPIETZ, A. (2002). *A ecologia política, solução para a crise da instância política?* Conferência CLACSO Democracia sustentáveis? Roteiros para a Ecologia Política latino-americana na mudança do século, Rio de Janeiro, 23 nov 2000. CLACSO, Buenos Aires.

KLEIN, N. (2001). *Reclaiming the commons*. *New Left Review*.

FEDERICI, S. (2017). *Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. São Paulo: Elefante.

SVMPA, M. (2016). *Extratativismo neodesenvolvimentista e movimentos sociais um giro ecoterritorial rumo a novas alternativas?* Em: Editora Elefante. *Descolonizar o imaginário: debates sobre pós-extratativismo e alternativas ao desenvolvimento* (141-171). São Paulo: Editora Elefante.

CAVA, B. & MENDES (2017), A. *A Constituição do comum*. Rio de Janeiro: Editora Revan.

GUTIERREZ, R. (2017). *Horizontes comunitário-populares*. Madrid: Traficantes de Suenos, 2017.

GUTIERREZ, R. & LOHMAN (2019), H. S. *Reproducción comunitaria de la vida. Pensando la transformación*. Em: Traficantes de sueños. *El Apantle - Revista de Estudios Comunitarios*. 1 (15-50).

GUTIERREZ, R. (2018). *Producir lo común: entramados comunitarios y formas de lo político*. Em: Editorial Casa de las Preguntas. *Comunalidad, tramas comunitarias y producción de lo común. Debates contemporáneos desde América Latina* (51-72). Oaxaca, México.

LAURIS, E. (2007). *Pluralismo emancipatório: Uma abordagem a partir dos movimentos indígenas da América Latina*. *Cronos*. 8,1. (57-80).

NAVARRO, M. L. & GUTIÉRREZ, R. (2018) *Claves para pensar la interdependencia desde la Ecología y los Feminismos*. *Bajo el Volcán*.

BOURDIEU, P. (2010). *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.

SEGATO, R. L (2006). *Antropologia e Direitos Humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais*. *Revista MANA*, 12(1), 207-236.

OST, F. (1997). *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget.

SILVEIRA, C. E.M (2019). Direito dos bens comuns ambientais: apresentação do projeto de pesquisa e a possibilidade de uma teoria do direito ambiental pautada no comum. Em: Educs. O comum, os novos direitos e os processos democráticos emancipatórios (12-33). Caxias do Sul: Educs.

NAVARRO, M. L. (2019). Multiple Dispossession on the Web of Life: Impacts and Socio- Environmental Resistances. (11-42). Doi: 10.5154/r.textual.2018.73.01.

TEUBNER, G. (2010). Societal Constitutionalism and the Politics of the Common. Finnish Yearbook of International Law, 21, doi: 10.5235/205230510806199531.

HELFRICH, S. & HASS, J (2008). Genes, bytes y emisiones: acerca del significado estratégico del debate de los bienes comunes. Em: Fundación Heinrich Böll. Genes, bytes y emisiones: Bienes comunes y ciudadanía.

# 11. DECISÕES JUDICIAIS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: DADOS NO CENTRO DAS DECISÕES

## JUDICIAL DECISIONS AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE: DATA AT THE HEART OF DECISIONS



<https://doi.org/10.36592/9786554601153-11>

Amilcar Cordeiro Teixeira Filho<sup>1</sup>

### 1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea segue sendo impactada<sup>2</sup> por novas tecnologias que transformam as relações pessoais e sociais, em um crescente processo de convergência digital (CANCLINI, 2008, n. p).

O Direito, a lei, e as decisões judiciais não estão imunes à convulsão<sup>3</sup> causada pelas novas tecnologias. Nesse novo momento histórico, onde vivenciamos uma sociedade orientada por dados (*data-driven world* (BAYAMLIOĞLU, LEENES, 2017, n. p.)), novos desafios e oportunidades são geradas abruptamente, havendo uma potencialização geométrica do poder de dados, da importância dos algoritmos e da inovação disruptiva trazida por alguns processos de *machine learning* e *deep learning*, que tratados em conjunto, são tomadas por por alguns, até como uma religião (Dataísmo).<sup>4</sup>

Saber se, em um futuro próximo, ainda seria possível o controle humano sobre os algoritmos (e a tomada de decisão), ou se, de fato os algoritmos é quem controlam

---

<sup>1</sup> Advogado na empresa Gomes & Teixeira Advogados Associados. Doutorando (2019). Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia - UNIBRASIL (2016), Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (1995). Bolsista pela CAPES no programa de Doutorado em Direitos Fundamentais e Democracia UNIBRASIL. E-mail: amilcaradvocacia@gmail.com . ORCID: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0001-8099-3951>.

<sup>2</sup> LÉVY critica o uso da expressão "impacto" das novas tecnologias considerando o termo inadequado por se referir a uma "metáfora bélica". (LÉVY, 2010 p. 21-22).

<sup>3</sup> Sobre a convulsão tecnológica trazida com a digitalização ver: Hoffmann-Riem, (2021. p. 1-3).

<sup>4</sup> Dataísmo é aqui referido como a filosofia, religião ou ideologia emergente que descreve o modo de pensar onde "o fluxo de informação" é o "valor supremo". Mais sobre o tema ver: Lohr (2015).

o comportamento humano e seu desenvolvimento (LATZER, et. al. 2014, n. p.) é um dos novos desafios que se apresentam.

*Softwares* começam a afetar diversos aspectos do trabalho dos operadores do direito, realizando tarefas que historicamente dependiam da tomada de decisão exclusivamente humana. *Softwares* podem prever resultados em Tribunais, realizar o acompanhamento processual automatizado em escritórios de advocacia e, em breve poderão inclusive produzir (legitimamente) decisões *ex machina*.

Já em 2011, o Fórum Econômico Mundial, qualificava os dados pessoais como o "novo petróleo" do Século 21 (*World Economic Forum*, 2011, n. p.)<sup>5</sup>. A constatação de um mundo VUCA<sup>6</sup> influenciado pela 4ª. Revolução Industrial onde a centralidade dos dados é motivo da disrupção<sup>7</sup>, e a atual influência do conceito de dataísmo (HARARI, 2016, n. p.) exigindo uma nova filtragem ética (DRUMMOND, 2020. p. 115-134), especialmente no campo do Direito, onde a transformação dos sistemas judiciais deve se readaptar às estratégias da IA, onde o debate sobre a função judicial, e a necessidade de aperfeiçoamento institucional e normativo quanto ao uso da Inteligência artificial<sup>8</sup> deve fomentar novas discussões quanto ao tema.

## 2 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA)<sup>9</sup> E DECISÕES AUTOMATIZADAS

Após um período inicial de digitalização de processos,<sup>10</sup> passou-se a um momento de estruturação do dados, onde o Judiciário começou a utilizar soluções

<sup>5</sup> Sobre a comparação e diferenças entre petróleo bruto e dados brutos, ver: Hoffmann-Riem (2021, p. 19-21).

<sup>6</sup> VUCA é um acrônimo das expressões inglesas: *volatility, uncertainty, complexity and ambiguity*. Ver (BENNETT; LEMOINE, 2014, p. 311-317).

<sup>7</sup> Para Kaufman (2019, p. 84): "A combinação dessas forças tradicionais - capacidade de reconhecimento de padrões de inteligência humana biológica; a velocidade, a capacidade de memória e a precisão superiores; aptidão de compartilhar habilidades e conhecimento da inteligência não biológica -, engendrará um ambiente futuro disruptivo".

<sup>8</sup> Conforme De Sanctis (2020, p. 23): "O debate exige reflexão sobre a função judicial, sua neutralidade, imparcialidade e impessoalidade, e a situação da Justiça Preditiva ou Dedutiva, com propostas finais, diante da necessidade do aperfeiçoamento institucional e normativo com amplo debate, e não apenas da mera regulação da Inteligência Artificial Aplicada à Justiça. "

<sup>9</sup> O entendimento da IA é tomada como o estudo e projeto de agentes inteligentes, i.e., sistemas que percebem ou sensorizam o meio ao seu redor e tomam ações a fim de maximizar suas chances de sucesso. (RUSSEL, NORWIG, 2003, n. p.).

<sup>10</sup> Para Wolkart e Becker (2020, p. 14-15) "ainda persiste uma falta de dados estruturados para aprimorar nossa jurimetria, sendo essa dificuldade de armazenamento do banco de dados, não devendo ser confundido dados digitais, com dados digitalizados "



de *machine learning* para reprodução de tarefas repetitivas, reduzindo prazos e custos de tarefas burocráticas, desenvolvendo, mesmo que de forma ainda embrionária, soluções de inteligência artificial, quer para a solução de tarefas difíceis que visam modelagem de estatísticas e avaliações de jurimetria, quer para tarefas simples de separação, qualificação e aproximação de processos.

Dentro desse escopo, a coleta de dados em profusão torna-se a base do desenvolvimento de algoritmos que, em primeira análise, pretendem sugerir uma resposta (decisão) adequada dentro de uma busca comparativa de casos já apreciados (VIANA, 2020, p. 23).

A capacidade dos computadores tem se desenvolvido exponencialmente bem como a análise de dados do *Big Data*<sup>11</sup> possibilitando realizar, cada vez mais e melhor, a otimização do desempenho dos algoritmos, que, afetos ao mundo do Direito, permitem digitalmente, entre outras destinações, apoiar estruturas de decisão.

Com o aprendizado de máquina, cada vez menos é necessária a intervenção humana. Em ambiente *Deep Learning*<sup>12</sup> situações antes impensadas podem ser resolvidas em um *click*. A máquina segue aprendendo a resolver problemas, independente da ação humana, cuja programação é substituída por algoritmos e sistemas algorítmicos que tornam, muitas vezes, a lógica utilizada incompreensíveis aos próprios programadores (HOFFMANN-RIEM, 2021, p. 15-16).

Resta o dilema de saber se podemos confiar exclusivamente nas decisões judiciais tomadas por inteligência artificial, ou, a intervenção humana é inafastável.

A União Européia (UE) já se preocupava com a tomada de decisões automatizadas, confeccionando regras especiais que, ao tratar da proteção de dados, parametrizam o uso de decisões formadas por máquinas. (ART. 22, RGPD, 2016).

---

<sup>11</sup> Segundo Alexandre Villela (2013, n. p.): “Estima-se que, do início da civilização até 2003, a humanidade criou 5 exabytes (um quintilhão de bytes) de informação. Atualmente, criamos esse mesmo volume a cada dois dias. Um estudo da consultoria IDC indica que, de 2012 até 2020, o volume de dados armazenados na internet deverá dobrar a cada dois anos”.

<sup>12</sup> De forma simples, porém relevante, Goodfellow, Bengio e Couville (2016, n. p.): A hierarquia de conceitos permite que o computador aprenda conceitos complicados, construindo-os a partir de conceitos mais simples. Se desenharmos um gráfico mostrando como esses conceitos são construídos uns sobre os outros, o gráfico é profundo, com muitas camadas. Por esta razão, chamamos esta abordagem de aprendizagem profunda da IA. (tradução livre).

O Artigo 22.º a RGPD trata de **decisões automatizadas, incluindo definição de perfis pessoais, onde:** *"1. O titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar"* (ART. 22, § L, 3; RGPD, 2016).

O Considerando 71 da RGPD (2016) referindo-se a serviços de crédito eletrônico ou recrutamento digital, reserva ao titular dos dados o direito de não ficar sujeito a uma decisão, que se baseie exclusivamente no tratamento automatizado.

Com a reserva que a tomada de decisões eletrônicas automatizadas é permitida nos casos de controle e prevenção de fraudes e da evasão fiscal, desde que autorizada pelo direito da União ou dos Estados-Membros, além do Considerando 71, o artigo 22, § 2, b (RGPD, 2016), permite a tomada de decisões totalmente autônomas desde que os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular dos dados sejam observados, o que abre um leque de possibilidades quanto à possibilidade de tomada de decisões exclusivamente com base no tratamento automatizado.

Ainda no considerando 71, e no artigo 22, § 2, a) e c) da RGPD (2016), o "consentimento explícito" do titular dos dados, e quando da celebração ou execução de um contrato, autoriza-se a tomada de decisões exclusivamente automatizadas, sendo que a RGPD ressalva ao titular dos dados, além das "garantias adequadas" o "direito à informação", bem como "o direito de obter a intervenção humana" e o "direito à explicação" (ART. 13, RGPD, 2016) sobre a decisão tomada.

A Lei Geral de Proteção de Dados brasileira foi mais tímida, permitindo tão somente um "direito à revisão" das decisões automatizadas (Lei nº 13.709/2018).

Para Hoffmann-Riem (2021, p. 158), *"em termos funcionais, essas regras devem ser entendidas como especificações para abrir a possibilidade de decisão automatizada"*. Para o Riem, a proibição da RGPD. art. 22, § 1, 3 é enfraquecida pelo fato de pressupor a automação "exclusiva" do processamento, ou seja, sem qualquer intervenção humana, e abrange apenas os casos em que a pessoa está "sujeita" à decisão, ou seja, exposta a ela sem consentimento (HOFFMANN-RIEM, 2021, p. 158).

Mesmo ciente de que o RGPD refere-se apenas ao tratamento de dados, precipuamente pessoais<sup>13</sup>, não se pode negar a importância futura desse regulamento para a permissão e balizamento de tomada de decisões puramente automatizadas, em específico os conceitos de direito à informação, direito à explicação e o direito de obter a intervenção humana na tomada de decisões. A tomada de decisão puramente ou parcialmente abalizadas por inteligência artificial e questões de legitimidade, por exemplo, será fruto de rotineiros e intensos debates na atualidade.<sup>14</sup>

Entre os “negacionistas” ou “instrumentalistas” que entendem que as novas tecnologias nada mais são do que um instrumento a serviço do processo (também instrumental)<sup>15</sup> a centralização do fator humano na tomada de decisão é e será indeclinável. Doutra banda, os “visionários<sup>16</sup>” entendem que as decisões, inclusive judiciais, serão tomadas com base em dados e algoritmos, sendo que estas decisões “datacêtricas” pretendem dominar a aleatoriedade presente em qualquer sentença, onde a superinteligência da IA irá suplantar a inteligência humana.

Inegável é que decisões “*data-driven*” comporão o acervo do Judiciário, que vai valer-se do fluxo de informações, da apropriação, da análise e do uso de dados, para formatar novas decisões. O fator humano no sistema judicial tende a ser reduzido, principalmente nas tarefas afetas ao fluxo de tarefas administrativas, se propondo a melhorar a eficácia e eficiência (HARTMANN PEIXOTO; SILVA, 2019. p. 120-122)<sup>17</sup> na prestação jurisdicional.

David Brooks (2013) seria o primeiro a utilizar o termo “*data-ism*”. Essa nova filosofia de dados constata a capacidade provocada pelas novas tecnologias de coletar uma quantidade enorme de dados, Brooks indica a tendência de “*that*

---

<sup>13</sup> Para Hoffmann-Riem (2021, p. 159), a RGPD não regulamenta em termos gerais os requisitos para decisões automatizadas.

<sup>14</sup> Ainda fora da seara judicial, decisões automatizadas são discutidas de forma constante no parlamento europeu. (ATUALIDADE PARLAMENTO EUROPEU, 2020, n. p.).

<sup>15</sup> Para Viana (2020, p. 25), “*O processo não é ferramenta da Inteligência Artificial não é um instrumento do instrumento*”

<sup>16</sup> Pádua (2020. p. 315-335) destaca a possibilidade de um arrebatamento tecnológico, que defende a idéia de que a tecnologia (no que se enquadra a inteligência artificial) tem um viés de salvamento da humanidade de suas agruras mundanas, haja vista que assim o homem poderia ter mais tempo para se dedicar às atividades intelectuais, teria que trabalhar menos e conseguiria aproveitar melhor a vida (inclusive através do aprimoramento biotecnológico).

<sup>17</sup> Nesse sentido, entendendo que a IA pode deixar o trabalho judicial mais “confortável”.

*everything that can be measured should be measure;*<sup>18</sup> E esta visão dataísta passa ao Judiciário, onde tudo o que pode ser medido processualmente, passa a sê-lo, facilitado pela Inteligência Artificial.

### 3 DECISÃO APOIADA EM DADOS – *It's a day that's here*

Em apertada síntese, dentro do que se propõe o presente artigo, analisaremos as duas principais correntes atuais de entendimento de como a Inteligência Artificial e a *Machine Learning* podem auxiliar ou substituir (se é que isso seria possível) a presença humana na tomada de decisões.

Shirley Ann Jackson, em abril de 2017, perguntou ao então presidente da Suprema Corte, Americana John G. Roberts Jr., quando em visita ao Rensselaer Polytechnic Institute: *"Can you foresee a day when smart machines, driven with artificial intelligences, will assist with courtroom fact-finding or, more controversially even, judicial decision-making?"* (LIPTAK, 2017, n. p.).<sup>19</sup>

A resposta surpreendente, já não é mais tão nova, em que pese guardar a importância da constatação: *"It's a day that's here, and it's putting a significant strain on how the judiciary goes about doing things."* (LIPTAK, 2017, n. p.).<sup>20</sup>

Para Sourdin (2015, p. 96-105) a tecnologia remodela o sistema de justiça em pelo menos três frentes. Primeiro, em um nível básico, a tecnologia é utilizada como instrumento de informação, apoio e aconselhamento às pessoas envolvidas com o sistema de justiça (tecnologia de apoio). Em segundo lugar, a tecnologia pode substituir funções e atividades que anteriormente eram realizadas pelo ser humano (tecnologias de substituição). Em uma terceira frente, a tecnologia altera a forma de trabalho efetivo dos julgadores, proporcionando formas de justiça diversas das

<sup>18</sup> Para Brooks (2013) essa filosofia de dados entende que *"tudo que pode ser medido deve ser medido;"* Esta capacidade de coletar informações leva a outras suposições culturais - que os dados são uma lente transparente e confiável que permite filtrar qualquer arroubo emocional ou ideológico, podendo nos ajudar, inclusive a "prever o futuro".

<sup>19</sup> "Você pode prever um dia em que máquinas inteligentes, conduzidas com inteligências artificiais, ajudarão na busca de fatos no tribunal ou, mais de forma ainda mais controversa, na tomada de decisões judiciais?" (tradução livre) (LIPTAK, 2017, n. p.).

<sup>20</sup> "É um dia que está aqui (Esse dia chegou) e está colocando uma tensão significativa na forma como o Judiciário faz as coisas". (tradução livre). (LIPTAK, 2017, n. p.).

tradicionais, (tecnologia disruptiva) (SOURDIN, 2018, p. 1117), onde, situações como análise preditiva podem reformular o papel do juiz (SOURDIN, 2018, p. 1117).<sup>21</sup>

Fortalecido pelas novas tecnologias, remanesce a idéia de um processo justo, célere e barato (SOURDIN, 2019, p. 17-38). Esse processo de remodelagem oferecido pelas novas tecnologias, invadem o sistema de justiça com igual ou maior pujança, servindo como apoio, substituição, ou disrupção dos modelos tradicionais.

Desde a digitalização dos processos que passaram do suporte físico para o suporte digital, a inovação é notada, sendo que o enorme fluxo de dados exige cada dia novas soluções. Somada a uma grande presença humana a um elevado fluxo de dados, atualmente as atividades jurídicas permanecem complementares entre pessoas e computadores (DRUMMOND, 2020, p. 127).

A situação é que mais dados podem fornecer aos julgadores maior apoio nas decisões judiciais, desafiando-se o entendimento se a decisão em si parte da máquina, ou parte do humano. Sendo a IA um conceito em evolução, com o tempo, sua própria inovação faz com que a compreensão do que até aqui temos como "verdade", tende a ser superado.

Arquivos, processos e petições cada vez maiores podem a cada dia serem mais e melhor lidos e compreendidos pelas máquinas. A imensa contribuição e possibilidades de melhoria no desempenho do sistema judicial, em especial quanto as matérias repetitivas, otimizando custos, impondo rapidez<sup>22</sup> e identificando demandas de massa, p. ex., são alguns dos benefícios trazidos pela IA, que permitiriam, em tese, a utilização de maior tempo do conhecimento humano para atividades criativas que se propõe a racionalizar as razões argumentativas da tomada de decisões.

Sartor & Branting analisando a concorrência entre a cognição humana e computacional entendem: *"The history of artificial intelligence (AI) has been*

---

<sup>21</sup> De forma similar, Alexandre de Moraes da Rosa e Daniel Henrique Arruda Boing (2020, n. p.), falam sobre a existência de um robô-classificador, um robô-relator e um robô-julgador.

<sup>22</sup> De Sanctis (2020, p. 105) relata que a máquina (VICTOR) consegue fazer em 5 segundos um trabalho que antes era feito por servidores em aproximadamente 30 minutos.

*characterized by a steady expansion of the aspects of human cognition and expertise amenable to computational models.* (SARTOR; BRANTING, 1998. p. 105).<sup>23</sup>

O fato é que a IA e o desenvolvimento em progressão da *machine learnig* incrementam o descompasso dessas tecnologias de apoio, substituição e disrupção em detrimento das atividades "humanas", em diversas situações.

Enquanto em um passado recente tarefas como cadastro dos processos, o acompanhamento desses "no balcão", o comparecimento à fila do Banco para pagamento de custas e a própria leitura do que era a "tendência" dos Tribunais pelo Diário de Justiça, eram realizados de forma manual, de maneira presencial, ou em suporte físico, o processo eletrônico, que já foi uma nova tecnologia, passa a ser um modelo também a ser superado, mormente se considerarmos que a legislação ainda parte do "paradigma do processo cível" (WAMBIER, et. al., 2016, n. p.).

Parece que não conseguimos ainda assimilar que há duas décadas sequer existia o processo em formato digital, remanescendo resquícios até a presente data o paradigma físico, que segue agora digitalizado. E isso é pouco a ao verificarmos que a três ou quatro décadas as petições e sentenças eram realizadas em uma máquina de escrever e não em um computador.

Enquanto tecnologias de apoio e substituição proporcionadas pela inclusão digital em um primeiro momento tendem a reduzir, ou até eliminar papel, e rotinas de serviços como transferência de processos dentro dos fóruns, ou dos fóruns para o Tribunal, cadastro de processos, ou até atendimento em balcão, essas tecnologias modernizaram as estruturas da justiça, promovendo segurança, economia, produtividade, e celeridade na prática jurídica.

Merece destaque, neste artigo, as novas tecnologias aplicadas à tomada de decisões judiciais.

Em uma visão mais conservadora, nenhuma cadeia de regras ou algoritmos seria capaz de modelar com precisão a tomada de decisões judiciais, uma vez que apenas o Judiciário poderia resolver o encaixe entre fatos e regras complexas, combinando diversas habilidades cognitivas, sendo que não deveriam superestimar

---

<sup>23</sup> "A história da inteligência artificial (IA) tem sido caracterizada por uma constante expansão dos aspectos da cognição humana e da perícia, favorável aos modelos computacionais" (tradução livre). (SARTOR; BRANTING, 1998. p. 105).

a decisão rígida por algoritmos em detrimento da discricção judicial por humanos (SARTOR; BRANTING. 1998, p. 105).

Os recentes desenvolvimentos de IA remodelam o próprio papel dos juízes e o julgamento no futuro, sendo possível afirmar que a IA irá remover algumas funções relacionadas a tarefas, mas é improvável que reformulem completamente a função jurisdicional, pelo menos por enquanto, sendo que requisitos e atributos de imparcialidade e independência do julgador devem, em um futuro próximo se manter intactos, o que não impede um redesenho de suas funções e responsabilidades. .

Podemos afirmar que existe um consenso onde a aplicação de novas tecnologias, em especial a IA e ML são atualmente indispensáveis como tecnologia de apoio e substituição às atividades judiciais<sup>24</sup>, permitindo a compreensão analítica e modeladora da tomada de decisões judiciais, haja vista a elevada quantidade de dados digitais atuais, que tendem a uma ainda maior progressão.

A IA no campo Judiciário pode ajudar os Tribunais e juízes a tomar mais e melhores decisões, uma vez que decisões podem ser apoiadas na própria IA que pode auxiliar a encontrar informações corretas para a tomada de decisões, e o *big data* pode até mesmo ajudar a verificar a confiabilidade das provas.<sup>25</sup>

A utilização de IA para conferir meras *recomendações* ao invés da efetiva prolação de decisões automatizadas deve permear a discussão doutrinária sobre o tema, durante alguns anos, o que propõe a ser tratado em um outro artigo, aprofundando-se sobre efetivamente quem seria o prolator da decisão, se o *software* ou a pessoa que recebeu a recomendação de decisão (PERRY, 2017, n. p.), ou, efetivamente, se a decisão foi prolatada pelo "humano" e se poderia esse "humano" alterar, substituir ou desconsiderar a *recomendação*.<sup>26</sup>

O que se pode afirmar é que haverá uma necessária mudança de comportamento do julgador, inclusive com os juízes tomando um papel muito mais

---

<sup>24</sup> Como tecnologia de substituição, a Pandemia causada pelo COVID-19, agilizou o incremento de videoconferências, fomentando a participação de partes, serventuários, advogados e juízes, em um ambiente digital substituindo as tradicionais abordagens presenciais.

<sup>25</sup> Neste sentido Langbroek (2019, p. 23) o qual ressalva que a tomada de decisões e avaliação de provas pressupõe que juízes e escrivães de tribunal entendem a pergunta e como funcionam os algoritmos relevantes.

<sup>26</sup> Sobre decisões tomadas automaticamente pela IA serem frequentemente avaliadas ao par ou até melhor do que os especialistas humanos para decisões específicas ver Araujo e outros (2020, p.620).

dominante na gestão de casos, sempre sujeitos ao escrutínio permanente sobre a confiança depositada na decisão automatizada, ou na decisão humana, e qual seria o formato preferido na repercussão de decisões de maior impacto, ou *hard cases*, onde as decisões, a princípio deverão ser tomadas por um juiz mais "responsivo"<sup>27</sup>, ou a realidade mostrará a tomada de decisões apenas por aquele juiz "chancelador" que apenas conferirá legitimidade à reprodução das *recomendações* algorítmicas.

Harvey (2016 p. 95) observa, com propriedade, sobre um julgamento autômato: "*what is at stake is continued confidence in and adherence to the rule of law.*"<sup>28</sup> As questões éticas que a decisão automatizada suscita, independente da necessidade total ou parcial da presença do fator humano na composição da decisão, não podem ser afastadas, também sendo esses fatores objeto de futuro estudo.

Para aqueles que recusam o arrebatamento tecnológico, ou desconsideram o alarmismo apocalíptico (PÁDUA, 2020, p. 315-335) esse Juiz de Inteligência Artificial não existirá sendo que, nas questões judiciais, o "toque humano" continuará a ser central para o papel da justiça (SOURDIN, 2018, p. 1114). A incorporação de tecnologia não eliminará "a importância de um julgamento responsável e uma necessidade de compreender e explorar melhor o impacto que as pessoas experimentam quando um juiz humano lida com as suas preocupações" (SOURDIN, 2018, p. 1113).

Questiona-se o fato da tecnologia disruptiva, onde a função decisória é delegada a processos automatizados, sem presença do "humano", não seria preferível, em razão da possibilidade de uma melhor harmonização com as leis e os precedentes, a tomada de decisão de forma mais rápida e eficiente, conseguindo-se

---

<sup>27</sup> Aqui entendido no sentido dado por Sourdin e Zariski (2018, p. 1-39), para os quais o juiz apresentam um contraste entre os modelos passivos e aqueles apaixonados pelo julgamento, ou ativistas, e além de aderir aos princípios essenciais de fidelidade à lei, imparcialidade e integridade, torna-se a) um gestor de litígios consciente dos custos com a preocupação de garantir o acesso à justiça; b) é um aprendiz rápido com a curiosidade e a paciência de inquirir sobre o previsível consequências das suas decisões; c) torna-se um estudante de natureza humana que valoriza e trabalha no estabelecimento de relações respeitadas com litigantes e colegas; d) é uma figura pública confortável nas funções de embaixador da justiça e do direito público.

<sup>28</sup> Em tradução livre: "o que está em jogo [no desenvolvimento do Juiz AI] é a contínua confiança e aderência ao Estado de Direito" (HARVEY, 2016 p. 95).



o efeito pretendido de segurança jurídica pela técnica, o que será abordado no próximo tópico.

#### **4 ERRAR É HUMANO - *Robots make mistakes too*<sup>29</sup>.**

Sem querer traçar um histórico da opção da tomada de decisões *data-driven* e dentro do apertado desse artigo, entendemos que o ponto central quanto a delegação ou tomada de decisões judiciais atribuída exclusivamente a processos automatizados, visam a obtenção de maior eficiência e celeridade processual em relação a decisão tomada com o envolvimento humano, visando remover o erro humano (DE SANCTIS, 2020, p. 115).<sup>30</sup>

Ocorre que em se tratando de decisões judiciais não são apenas os “erros” que importam. Desvios na decisão causados por questões que divergem da legalidade fundamentadas em convicções pessoais (STRECK, 2018, n. p.), decisões que contém em sua fundamentação interpretações morais (STRECK, 2017, n. p.), ou são fruto do ativismo judicial (LEITE, 2017, p. 137-190), comportando em julgamentos de autoridade (RODRIGUEZ, 2017, n. p.), prejudicam o resultado ótimo perseguido de distribuição de justiça e cumprimento do ideal democrático de legitimidade e legalidade (TORON, et al. 2020, n.p.).

Em razão da falibilidade do comportamento humano na tomada decisões, um novo método de “ortopedia decisional” nos traz novos termos, como a acurácia (VIANA, 2020, p. 26), a fim de que passemos a ter uma visão “aceitável” de um índice

---

<sup>29</sup> O título refere-se às frases: “*Sorry, guys, I made the mistake this round*”. “*I know it may be hard to believe, but robots make mistakes too*” - que em tradução livre – “*Desculpe, pessoal, cometi o erro nesta rodada*”, ou: “*Eu sei que pode ser difícil de acreditar, mas os robôs também cometem erros.*” As frases fazem parte de um estudo conduzido por Yale sobre os efeitos dos robôs nas interações entre humanos, publicado em 9 mar. 2020, intitulado *Proceedings of the National Academy of Sciences*. A experiência mostrou que equipes (formada por três humanos e um robô) onde o robô expressou vulnerabilidade, quando se comunicava com os demais participantes, estes relataram ter uma experiência de grupo mais positiva do que as pessoas em equipe onde robôs fizeram declarações neutras ou silenciosas. (CUMMINGS, 2020, n. p.)

<sup>30</sup> Para o Autor: “*A Inteligência Artificial seria, então o remédio perfeito para retirar o subjetivismo judicial e, com isso, as falhas humanas*” Destacando-se a ressalva “*Em verdade, em muitas hipóteses, pode melhorar o sistema, mas não em todas*”. (DE SANCTIS, 2020, p. 115).

menor de erros, ou desvios<sup>31</sup>, onde sistemas jurídicos especializados em análise de dados serviriam para apoiar ou substituir a decisão total ou parcialmente humana.

Em contraste com as abordagens tradicionais de tomada de decisão racional, já existem programas que, fora do Judiciário, se propõe a diagnosticar a decisão que será tomada, sendo que o paradoxo encontra-se na constatação que, enquanto na iniciativa privada, se antecipa (normalmente com softwares desenvolvidos para advogados) qual seria o julgamento futuro, ainda existe resistência no sistema judicial em se admitir que a decisão futura já pode ser prevista<sup>32</sup>. O fato é que a inteligência artificial já sabe qual será a decisão proferida com um índice aceitável de acerto.

Decisões tomadas exclusivamente pelas máquinas (tidas por capazes e imparciais) são noticiadas na China e na Estônia (*REDACCIÓN CONFILLEGAL*, 2019, n. p.), por exemplo. A França proíbe a divulgação da Jurimetria dos Tribunais franceses (*RODAS*, 2019, n. p.).

Em resumo, a tomada de decisões totalmente por máquinas já é uma realidade, sendo que estas áreas de inovação tecnológica, no "terceiro nível" (*SOURDIN*, 2018, p. 1118), têm a capacidade de ser mais disruptivas do que as inovações anteriores que assumiam que os processos de julgamento não mudariam no contexto de seus estágios processuais básicos (*SOURDIN*, 2018, p. 1118).

O desenvolvimento regular da *machine learning*<sup>33</sup> direcionadas ao direito (*GRAY*, 1997, p. 11-50), com a chegada de plataformas de serviços cognitivos, entre

---

<sup>31</sup> A tendência à Jurimetria e a avaliação de estatísticas ao Direito, já se realizava a muitos anos, antes da própria IA. Com base na evolução do aprendizado de máquina e no trabalho anterior na ciência da previsão judicial, Katz (et al, 2017, n. p.) construíram um modelo projetado para prever o comportamento da Suprema Corte dos Estados Unidos prevendo mais de 240.000 votos e 28.000 resultados de casos ao longo de quase dois séculos (1816-2015). Usando apenas os dados disponíveis antes da decisão, alcançaram 70,2% de precisão no nível de resultado do caso e 71,9% no nível de voto proferido.

<sup>32</sup> O caso simbólico da Estônia que implantou a IA na solução de casos de menor complexidade ou custos demonstra uma quebra nessa resistência. (*NUMA*, 2020, n. p.).

<sup>33</sup> Conforme o SAS Institute Inc: "o aprendizado de máquina (em inglês, *machine learning*) é um método de análise de dados que automatiza a construção de modelos analíticos". Em resumo "é um ramo da inteligência artificial baseado na ideia de que sistemas podem aprender com dados, identificar padrões e tomar decisões com o mínimo de intervenção humana" (*SAS INSTITUTE INC*, n. a, n. p.).

estes mas não se limitando<sup>34</sup>, como o WATSON (IBM), a utilização pelo STF da plataforma VICTOR e, no campo da advocacia do ROSS, provocando o intranquilidade na comunidade jurídica ao justapormos a prática sistêmica do Judiciário em reduzir o número de demandas (BAETA, 2019a, n. p.)<sup>35</sup> e o tempo de julgamento, em contrapartida ao dever funcional de justificar<sup>36</sup> da melhor forma possível suas decisões na busca por fixar segurança jurídica ao sistema.

O Judiciário se aparelha (BAETA, 2019b, n. p.) no sentido de minerar dados, criando algoritmos que aproximam casos semelhantes, emergindo desse fato indagações relevantes como: esses dados algorítmicos seriam públicos e acessíveis, podendo ser confrontados pelas partes e operadores de direito? A formação desses precedentes por algoritmos se refere a casos semelhantes (*precedente in point*), ou análogos para o uso do precedente? A vontade na utilização da formação dos precedentes seria a existência de um processo autômato de decisão robotizada? A obrigatoriedade da argumentação (ALEXY, 2001, p. 33), valoração (ALEXY, 2001, p. 20), atribuição de discurso (ALEXY, 2001, p.27) e convencimento na entrega da prestação jurisdicional seria eficazmente prestada pela *máquina*?

A constatação de que o aprendizado da máquina será eficiente para a interpretação da linguagem jurídica, a formação de valores morais e éticos e a confrontação entre fatos, regras, princípios, precedentes que visem a adjudicação final parece-nos longe de afastar a intervenção humana<sup>37</sup>, ao menos nesse momento.

---

<sup>34</sup> Wolkart e Becker (2020, p. 15) relatam: "São 91 tribunais no Brasil, nos quais, considerável parte do acervo encontra-se em processo físico e outra partes está digitalizável, mas não digital". Refletindo sobre o excesso de plataformas e coerência, os mesmos autores indicam que: "Hoje, com a Lei do Processo Eletrônico e mais de 40 plataformas de gestão de processos [...] é impossível que haja coerência, por exemplo, no cadastro de processos por parte dos mais de 1 milhão de advogados" (WOLKART; BECKER, 2020, p. 15).

<sup>35</sup> Para Nunes e Viana (2018, n. p.) o número de novos processos judiciais não pode ser a única justificativa para se acolher "toda e qualquer técnica ou tecnologia que prometa reduzir o acervo de casos a serem decididos" (NUNES; VIANA, 2018, n. p.).

<sup>36</sup> "O Estado de Direito se caracteriza por ser o Estado que se justifica, tendo como pauta a ordem jurídica a que ele próprio se submete. Assim, quando o Estado intervém na vida das pessoas, deve justificar a intromissão: materialmente, pois a intromissão tem fundamento, e formalmente, pois o fundamento é declarado, exposto, demonstrado." (WAMBIER, 1997. p. 248-249).

<sup>37</sup> Para Hart (2007, p. 120) "onde há direito, aí a conduta humana torna-se em certo sentido não facultativa, obrigatória"

Não é difícil acreditar que em um futuro próximo, as soluções ocorram de maneira inteiramente digital, sendo que discussões éticas (ROQUE; SANTOS, 2021, p. 58) que envolvam o Direito e as novas tecnologias terão ainda maior destaque.

Logo, torna-se pertinente a discussão quanto ao controle e transparência no processo de formação dos precedentes judiciais robotizados, mormente se considerarmos a possibilidade do uso indiscriminado da IA (NUNES; VIANA, 2018, n. p.) e da *machine learning* com utilização de algoritmos de aproximação dos casos em sua confecção, enfatizando esse artigo a necessidade de uma análise mais aprofundada de como as decisões judiciais seriam tomadas com o uso das novas tecnologias (LORENZETTO; KOZICKI, 2015, p. 639).

Durante décadas o Direito preocupou-se como as decisões são tomadas (POSNER, 2008, p. 31) e a importância de como os juízes decidem (KOZICKI, PUGLIESE, 2015, p. 139-140).

Novos tempos exigem novas reflexões. Decisões automatizadas podem afetar direitos fundamentais individuais, inegavelmente (DE SANCTIS, 2020, p. 124). Possuem vieses, preconceitos, discriminações (HARTMANN PEIXOTO; SILVA, 2019, p. 100-103) e outros problemas ínsitos a seu desenvolvimento<sup>38</sup> que merecem ser combatidos. Entretanto, o mundo físico também possui os mesmos problemas. Atualmente a IA permeia todo o sistema judicial e, uma vez prevendo com maior confiabilidade comportamentos individuais<sup>39</sup>, possamos aferir benefícios para a qualidade e eficiência da justiça, com incrementos a celeridade, segurança e previsibilidade do processo, sempre sendo ressaltado os contornos éticos que aplicação da IA deve prever (MAGRANI, 2019, n. p.), evitando a jurisprudência replicante ou congelada, afastando preconceitos e enviesamentos.

---

<sup>38</sup> Não se pode perder de vista que aumento das aplicações de IA ao Direito podem perpetuar o mesmo erro, uma vez que a tendência à uniformidade de resultado é o que de fato se persegue. Ocorre que a solução informatizada pode, quando acertada, reduzir o número de decisões amplamente divergentes na atualidade entre Tribunais e dentro dos próprios Tribunais. Entretanto a idéia de um raciocínio jurídico reduzido a simples modelos lógicos não deve ser o único objetivo perseguido. Evitar o engessamento do sistema, ou a reprodução de vieses é um desafio que o intelecto humano e a própria *machine learning* podem superar, onde entre vários projetos de decisão possíveis, as pressões e expectativas sociais sejam sempre observadas.

<sup>39</sup> Para De Sanctis (2020, p. 21) "A Inteligência Artificial aplicada ao Direito caminha no cenário mundial a passos crescentes e deve merecer uma análise adequada. Os sistemas de Inteligência Artificial – IA podem, com efeito, trazer benefícios à prática jurídica, proporcionando agilidade e, quiçá, precisão".

## 5 CONCLUSÃO

A questão da obrigatoriedade de participação humana, total ou parcialmente é o desafio que se apresenta, não devendo, entretanto, ser represada a inovação em prol da manutenção do *status quo* (DE SANCTIS, 2020, p. 181) e em detrimento da tomada de decisões mais precisas, céleres e quem sabe justas.

As várias ferramentas de IA em funcionamento nos tribunais brasileiros impactam o trabalho de juízes, serventuários, promotores e advogados. A qualificação de softwares como instrumentos de consulta e estatísticas, ferramentas de sugestão de decisões, ou efetivamente equipamentos de tomada de decisões autônomas, em substituição à figura do julgamento qualificado e reservado aos juízes "humanos" segue em evolução.

Constata-se que, neste momento, a doutrina majoritária entende não se pode prescindir do fator humano na tomada de decisões (REILING, 2019. p. 221-228). Esse entendimento não pode servir de presunção absoluta, sendo possível que dentro de algumas dezenas de anos, decisões poderão ser tomadas por ferramentas especializadas que poderão avaliar sem falhas, ou com um número reduzido delas, a legitimidade das reivindicações apresentadas.

Evitar os "bolsões de resistência mental"<sup>40</sup> às novas tecnologias extraíndo delas o máximo de utilidade possível é um dos objetivos.

A questão se o fator humano seguirá apoiado ou será substituído por inteligência artificial no processo de emissão de julgamentos seguirá indefinida até que haja a necessária aceitação social de decisão automatizada (HAYASHI, WAKABAYASHI, 2017. p. 195-198), realizada com base na "experiência" adquirida com a análise de centenas ou mesmo milhares de processos judiciais análogos, o que, ainda, não é uma verdade absoluta.

Saber se a Inteligência Artificial e o crescimento exponencial do fluxo de dados decidirão autonomamente nosso futuro ou se cabe a nós esse controle e estamos aptos a fazê-lo é o novo desafio, Pensar sobre mecanismos de proteção ou indeclinabilidade do fator humano no julgamento exigem novas perspectivas. A

---

<sup>40</sup> A expressão é atribuída à Luiz Flávio Gomes, realizada antes do *boom* da IA, cuja referência se dá a partir da obra Durval Aires Filho (2016, n. p.).

necessidade de se saber previamente da utilização da IA na tomada de decisões (ROQUE; SANTOS, 2021, p. 58), a possibilidade de revisão de uma decisão automática, a explicabilidade, as idéias de justiça, confiança, transparência (CHIAO, 2019. p. 126-139), segurança, controle e responsabilidade, trazem limites à superinteligência (KURZWEIL, 2018, n. p), ou sistemas autoconscientes (RUSSELL; NORVIG, 2003, n. p.) sendo que a reserva do “humano” no enfrentamento dessas questões é inexorável.

Qualquer que seja a inteligência artificial utilizada, o resultado em algum momento pode estar errado, pelas mesmas razões pelas quais as decisões humanas são falíveis.

Reserva-se, entretanto, ao humano o direito de errar por último.

## REFERÊNCIAS

AIRES FILHO, Durval. **Processo civil digital: do paradigma analógico ao modelo eletrônico, premissas, anotações iniciais.** 2016. Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/107> Acesso em: 22.jun.2022.

ALEXY, Robert, **Teoria da argumentação jurídica** A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica, Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Landy Editora, 2001, 2 ed. 355p

ARAUJO, T., HELBERGER, N., KRUIKEMEIER, S., & DE VREESE, C. H. *In AI we trust? Perceptions about automated decision-making by artificial intelligence.* **AI & Soc** **35**, 2020. pp. 611–623. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s00146-019-00931-w> Acesso em: 22.jun.2022.

BAETA, Zínia. Tribunais investem em robôs para reduzir volume de ações. **Valor Econômico.** São Paulo. 18 mar. 2019a. Disponível em: <https://valor.globo.com/noticia/2019/03/18/tribunais-investem-em-robos-para-reduzir-volume-de-acoes.ghtml> Acesso em: 22.jun.2022.

BAETA, Zínia. CNJ implanta centro de inteligência artificial. **Valor Econômico.** São Paulo 18 mar. 2019b. Disponível em: <https://valor.globo.com/noticia/2019/03/18/cnj-implanta-centro-de-inteligencia-artificial.ghtml> Acesso em 22.jun.2022.

BAYAMLIOĞLU, Emre & LEENES, Ronald. **Data-Driven Decision-Making and the 'Rule of Law'** 2017. Disponível em:

<[https://www.researchgate.net/publication/329873662\\_Data-Driven\\_Decision-Making\\_and\\_The\\_'Rule\\_of\\_Law'\\_Data-Driven\\_Decision-Making\\_and\\_The\\_'Rule\\_of\\_Law'](https://www.researchgate.net/publication/329873662_Data-Driven_Decision-Making_and_The_'Rule_of_Law'_Data-Driven_Decision-Making_and_The_'Rule_of_Law')> Acesso em: 22.jun.2022.

BENNETT, N; LEMOINE, G. J. ***What a difference a word makes: Understanding threats to performance in a VUCA world***, Business Horizons, Volume 57, Issue 3, 2014, p. 311-317, ISSN 0007-6813. Disponível em: <<https://doi.org/10.1016/j.bushor.2014.01.001>>. Acesso em: 22.jun.2022.

BRASIL. **LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), com redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm) Acesso em: 22.jun.2022.

BROOKS, David. "***The philosophy of data***". New York Times. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2013/02/05/opinion/brooks-the-philosophy-of-data.html>>. Acesso em: 22.jun.2022.

CANCLINI, N. G. **Leitores, espectadores e internautas**. São Paulo: Iluminuras, 2008.

CHIAO, V. ***Fairness, accountability and transparency: notes on algorithmic decisionmaking in criminal justice***. *International Journal of Law in Context*, 15(2), 2019. pp. 126-139.

CUMMINGS, Mike. ***Robots that admit mistakes foster better conversation in humans***. Yale University. 09 mar. 2020. Disponível em: <https://www.sciencedaily.com/releases/2020/03/200309152047.htm> Acesso em: 22.jun.2022.

DE SANCTIS, Fausto Martin. **Inteligência artificial e direito**. 1ª. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

DRUMMOND, Marcilio H. G. **O direito dataísta**. *in* Inteligência Artificial e Processo. Isabella Fonseca Alves (org.). 1. ed. 3. reimp. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

GOODFELLOW, Ian; BENGIO, Yoshua e COUVILLE, Aaron; ***Deep Learning***. 2016. Disponível em: <[www.deeplearningbook.org](http://www.deeplearningbook.org)>. Acesso em: 22.jun.2022.

GRAY, P.N. ***Artificial Legal Intelligence***. Aldershot: Dartmouth Publishing Company, 1997, pp. 11-50.

HARVEY, David. *From Susskind to Briggs: Online court approaches*. ***Journal of Civil Litigation and Practice*** Vol. 5, (2), 2016.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. Trad. Paulo Geiger. 1ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2016.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito do Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência Artificial e Direito**. 1. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

KADANE, J. B.; FIENBERG, S.E.; DEGROOT, M.H. **Statistics in the Law**. United Kingdom: Oxford University Press, 2008.

KATZ, Daniel Martin; BOMMARITO II, Michel J.; BLACKMAN, Josh. **A general approach for predicting the behavior of the Supreme Court of the United States**. PLoS ONE 12(4): e0174698. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0174698> Acesso em: 22.jun.2022.

KAUFMAN, Dora. **A inteligência artificial irá suplantar a inteligência humana?** Barueri,SP: Estação das Letras e Cores, 2019. 94p.

KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. **Como pensam os juízes: entre o pesadelo e o nobre sonho**. 2015. pp.129-141. p. 139-140. Disponível em: <10.17931/dcfp\_v2\_art10.>. Acesso em: 22.jun.2022

KURZWEIL, Ray. **A Singularidade Está Próxima: quando os humanos transcendem a biologia**. São Paulo: Iluminuras, 2018.

LANGBROEK, Philippe M. **Why judges should be in control: It's and Artificial Intelligence may improve courts services but are no panacea for backlogs and speeding up proceedings**. The Court Administrator, 5, 2019. pp. 22-25.

LATZER, Michael e outros. **The Economics of Algorithmic Selection on the Internet**. Working Paper, University of Zurich, 2014. Disponível em:<[http://www.mediachange.ch/media/pdf/publications/Economics\\_of\\_algorithmic\\_selection\\_WP\\_.pdf](http://www.mediachange.ch/media/pdf/publications/Economics_of_algorithmic_selection_WP_.pdf)>. Acesso em: 25 jan. 2021.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 3ª. ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

LIPTAK, Adam. **Sent to Prison by a Software Program's Secret Algorithms**. **The New York Times (online)**, 1 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/05/01/us/politics/sent-to-prison-by-a-software-programs-secret-algorithms.html> Acesso em: 22.jun.2022



LOHR, Steve. **Data-ism: the revolution transforming decision-making, consumer behavior, and almost everything else.** New York, NY: HarperCollins Publishers, 2015.

LORENZETTO, Bruno Meneses e KOZICKI, Katya. Constituinte A Constituição: entre paradoxos, razões e resultados. Artigo. **Revista Direito GV**, São Paulo: v. 11, n. 2, jul./dez. 2015. 623-648. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5433/1980-511X.2015v10n3p9> Acesso em: 22.jun.2022.

MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade.** Rio de Janeiro: Ed. Arquipélago, 2019.

NUMA, Annet. **Artificial intelligence as the new reality of e-justice.** 27 abr. 2020. Disponível em: <https://e-estonia.com/artificial-intelligence-as-the-new-reality-of-e-justice/> Acesso em: 13 mar. 2021.

NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. Deslocar função estritamente decisória para máquinas é muito perigoso. **Consultor Jurídico**, 22 jan. 2018. Disponível em: [www.conjur.com.br/2018-jan-22/opinioao-deslocar-funcao-decisoria-maquinas-perigoso](http://www.conjur.com.br/2018-jan-22/opinioao-deslocar-funcao-decisoria-maquinas-perigoso) Acesso em: 22.jun.2022.

PÁDUA, Sérgio Rodrigo. O juiz ciborgue: Inteligência Artificial e Decisão Judicial. II Encontro Virtual do CONPEDI, 2020. Florianópolis. Direito, Governança e Novas Tecnologias III, Florianópolis: **CONPEDI**, 2020. p. 315-335.

PERRY, Melissa **iDecide: Administrative Decision-Making in the Digital World'** 91 Australian Law Journal 29, 30 2017.

POSNER, Richard. **How judges think.** Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 2008.

REDACCIÓN CONFILLEGAL. *China y Estonia desarrollan «jueces virtuales» basados en Inteligencia Artificial para resolver demandas de cantidad.* **Redacción Conflegal.** 13 dic. 2019. Actualizado: 07 jun. 2022. Disponível em: <https://conflegal.com/20191013-china-y-estonia-desarrollan-jueces-virtuales-basados-en-inteligencia-artificial-para-resolver-demandas-de-cantidad/> Acesso em: 22.jun.2022.

**REGULAMENTO GERAL SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS RGPD.** REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679> Acesso em: 22.jun.2022.

REILING, D. **Quelle place pour l'intelligence artificielle dans le processus de décision d'un juge?** *Les Cahiers de la Justice*, no 2, (2), 2019. pp. 221-228.

RODAS, Sérgio. **França proíbe divulgação de estatísticas sobre decisões judiciais.** 05 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-05/franca-proibe-divulgacao-estatisticas-decisoes-judiciais> Acesso em: 22.jun.2022.

ROQUE, Andre Vasconcelos e SANTOS, Lucas Braz Rodrigues dos. Inteligência Artificial na tomada de decisões judiciais: três instalações básicas. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, vol. 22, 1, 2021.

ROSA, Alexandre Morais da; BOEING, Daniel Henrique Arruda. **Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no judiciário.** Florianópolis: Emais Academia, 2020.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). 1. ed, 3. reimp. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

RUSSEL, Stuart J., NORWIG, Peter. **Artificial intelligence: a modern approach.** 2. ed. New Jersey: Pearson Education Inc., 2003.

SARTOR, G, BRANTING L. Karl. *Introduction: judicial applications of artificial intelligence.* **Artif Intell Law** 6; 1998. p. 105–110.

SAS INSTITUTE INC. **Machine Learning: o que é e qual sua importância?** Disponível em: [https://www.sas.com/pt\\_br/insights/analytics/machine-learning.html#machine-learning-importance](https://www.sas.com/pt_br/insights/analytics/machine-learning.html#machine-learning-importance) Acesso em: 22.jun.2022.

SOURDIN, Tania Michelle. "Justice and technological innovation." **Journal of Judicial Administration**, Vol. 25, 2, (1 de dezembro de 2015). pp. 96 - 105. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2713559>. Acesso em: 22.jun.2022

SOURDIN, Tania Michelle. *Judge v. Robot: Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making.* **UNSW Law Journal**, v. 41, n. 4, 2018, p. 1114 –1133. Disponível em: <https://goo.gl/hxbXri> Acesso em 06 mar. 2021.

SOURDIN, Tania Michelle., LI, B. and BURKE, T., 2019. **Just, quick and cheap?: Civil dispute resolution and technology.** *Macquarie Law Journal*, 19

SOURDIN, Tania & ZARISKI, Archie. **What Is Responsive Judging?** 2018.

STRECK, Lenio L. **30 anos da CF em julgamentos uma radiografia do STF.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio L. **O que é isto –decido conforme minha consciência?** 6. ed. rev. atual. Porto Alegre, 2017.

TAVITIAN, Laurine. *Justice prédictive: où en est-on?* **Portail de La Village de La Justice.** 21 jul. 2016. Disponível em: <https://www.village->

justice.com/articles/Justice-predictive-est-jurimetrie,22683.html Acesso em: 22.jun.2022.

TORON, Alberto Zacharias *et al.* **Decisões controversas do STF: Direito Constitucional em casos.** Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza. Juiz-robô e a decisão algorítmica: a inteligência artificial na aplicação dos precedentes *in* **Inteligência artificial e processo.** Isabella Fonseca Alves (organizadora) 1. ed., 3. reimp. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

VILLELA, A. **O fenômeno do Big Data e seu impacto nos negócios.** 2013. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/big-data/O-fenomeno-Big-Data-e-seu-impacto-nos-negocios/>>. Acesso em: 01 fev. 2021.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil.** Artigo por artigo 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 1492 p.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

World Economic Forum. "**Personal Data: The 'New Oil' of the 21<sup>st</sup> Century**", 2011. Disponível: <<http://www.weforum.org/sessions/summary/personal-data-new-oil-21st-century>> Acesso em: 20 jan. 2021.

WOLKART, Erik Navarro; BECKER, Daniel. Tecnologia e precedentes: do portão de Kafka ao panóptico digital pelas mãos da jurimetria. *in* **Inteligência artificial e processo.** Isabella Fonseca Alves (organizadora) 1. ed., 3. reimp. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.



## 12. DEMOCRACIA, JURISTOCRACIA E TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS PAÍSES LATINO-AMERICANOS

### DEMOCRACY, JURISTOCRACY AND PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN LATIN AMERICAN COUNTRIES



<https://doi.org/10.36592/9786554601153-12>

*Sophia Fernandes Ary*<sup>1</sup>

*Gina Marcilio Pompeu*<sup>2</sup>

### 1 INTRODUÇÃO

A Nova Hermenêutica Constitucional iniciada no final do século XX objetivou moralizar o Direito e, por meio da superação do Positivismo Jurídico kelseniano, realizar a leitura moral das Constituições. Nessa vertente, com base nos princípios, o Pós-Positivismo permitiu o crescimento da atividade do Poder Judiciário, dando cabimento aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. Esse fenômeno pode ser facilmente constatado no âmbito dos Estados latino-americanos, cujas constituições dirigentes buscaram garantir um sem número de direitos, que não se fizeram acompanhar pelas respectivas políticas públicas e dotações orçamentárias inerentes à concretização dos direitos sociais.

Nesse âmbito, os cientistas políticos apresentaram posicionamentos divergentes no que tange à atuação agigantada dos tribunais. Os defensores do ativismo repousam na possibilidade da formação de uma maioria tirânica, afirmando a necessidade de alçar as Supremas Cortes e os Tribunais Constitucionais como entes imparciais em defesa dos direitos das minorias e guardiões da Constituição. A

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza. Monitora Institucional de Direito dos Contratos. Ex-Monitora de Direito Constitucional. Bolsista Pesquisadora CNPQ. Membro do Grupo de Pesquisa Relações Econômicas, Políticas, Jurídicas e Ambientais na América Latina, (REPJAAL).

<sup>2</sup> Estágio pós-doutoral pela Universidade de Lisboa. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestra em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará. Professora de Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, de Estado, Constituição e Economia. Líder do Grupo de Pesquisa Relações Econômicas, Políticas, Jurídicas e Ambientais na América Latina (REPJAAL).

frustração diante do constitucionalismo dirigente resultou na descrença dos valores democráticos e retorno aos líderes carismáticos.

Em contrapartida, os avessos ao *Judicial Review* argumentam o temor da juristocracia e a falta de legitimidade política em instituir o princípio de autoridade do Estado em juízes não eleitos pelo titular do Poder Constituinte (o povo), revelando a antidemocraticidade dos tribunais e o perigo de uma ditadura do Poder Judiciário. Aqui reside o enfrentamento das limitações dos direitos sociais fundamentais diante da ausência do Executivo e da hipertrofia do Judiciário.

O escopo do artigo concretiza-se mediante pesquisa qualitativa, por intermédio de raciocínios indutivo e dedutivo, bem como com a utilização de técnicas de revisão bibliográfica, com base nas contribuições dos hermeneutas e cientistas políticos, no que se refere ao princípio da tutela dos direitos fundamentais e suas limitações nos países da América Latina, o que perpassa pela análise do ativismo judicial e da conseqüente retração das funções de planejar e implementar políticas públicas do Poder Executivo. Ademais, a pesquisa circunda interdisciplinaridade entre Teoria Política e Direito Constitucional com o escopo de reverberar para a relação entre a tutela dos direitos fundamentais, o *Judicial Review*, a tirania da maioria e os valores da democracia.

Como resultados esperados, objetiva-se: a) analisar a Nova Hermenêutica Constitucional que possibilitou a jurisdição constitucional e o agigantamento do Poder Judiciário; b) escrutinar a relação das normas-princípio da tutela dos direitos fundamentais com o ativismo judicial; c) observar o fenômeno da tirania da maioria; d) pesquisar a legitimidade democrática da juristocracia e do governo dos juízes; e e) estudar a viabilidade institucional do *recall* das decisões judiciais.

## 2 PÓS-POSITIVISMO

O Pós-Positivismo surgiu após a Segunda Guerra Mundial, tendo como âmago a legitimação democrática, com base na revalorização da razão prática. Ao buscar transcender a legalidade e superar o formalismo do Positivismo Jurídico, o objetivo não era violar o Direito positivado, mas realizar uma leitura moral da Constituição por meio da Jurisdição Constitucional. No sentido de almejar a efetivação da justiça, as

Constituições principiológicas ganharam relevo. Longe da justiça Kantiana, passou-se a buscar a concretização da justiça diante do caso concreto, pautada no raciocínio de Amartya Sen.

A consolidação do pensamento pós-positivista consistiu em uma reação ao genocídio judeu, fruto do surgimento de diversos totalitarismos durante o período do Estado Social. Nessa lógica, a implantação do Estado Democrático de Direito teve por fulcro o estabelecimento da dignidade da pessoa humana, alicerçada no mínimo existencial. Ou seja, o objetivo de moralizar o Direito e evitar a repetição histórica dos horrores da Segunda Guerra seriam alcançados por meio das normas-princípios, garantindo a instauração de valores em detrimento da rigidez legal, com base na premissa de que “o Direito é uma parte da cultura; a cultura é uma realidade referida a valores”<sup>3</sup>

No plano hermenêutico, o Pós-Positivismo residiu em uma reação ao modelo kelseniano ao incorporar valores no ordenamento jurídico (em contraposição ao primado estrito da lei), malgrado a controvérsia da responsabilidade da teoria de Kelsen na estruturação do Nacional Socialismo na Alemanha e, por conseguinte, sobre as mazelas da Segunda Guerra Mundial. Nessa lógica, a inserção de tais valores previstos nas Constituições Principiológicas permitem a atuação espaçosa dos juízes, responsáveis pela leitura moral das normas constitucionais.

Em outras palavras, com o fim da Segunda Guerra Mundial e a consolidação dos Estados de Bem-Estar Social (Welfare State) e dos “Estados-Provedores”, surgiram as Constituições Dirigentes e Principiológicas, pautadas na necessidade da atividade jurisdicional para aplicação no caso concreto.<sup>4</sup>

O surgimento de um novo modelo de Constituição, rígida e titular de supremacia normativa e axiológica, viabilizou a consolidação do Estado constitucional de direito, galgado na salvaguarda dos direitos fundamentais pelas cortes constitucionais, de modo a superar a ideia de supremacia parlamentar.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> LARENZ, Karl. **La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado**. Tradução de E. Galán Gutiérrez; A. Truyol Serra. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1942, p.98.

<sup>4</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad.: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. P. 41-42.

<sup>5</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal** / Carlos Alexandre de Azevedo Campos. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. P.27.

Nesse sentido, a nova estruturação política viabilizou o agigantamento das cortes e a hipertrofia do Poder Judiciário, invadindo as prerrogativas legislativas.

Nessa vertente, a Nova Hermenêutica Constitucional, ao consagrar as Constituições principiológicas, arquitetou o empoderamento do Poder Judiciário e transformou a atuação das Cortes Constitucionais na organização estatal. Todavia, questiona-se a legitimidade democrática das normas-princípios, mormente no que se refere à facilitação da arbitrariedade judicial.

### 3 ENTRE A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS E O PAMPRINCIPIOLOGISMO

O Neoconstitucionalismo instaurou a força normativa dos princípios e a abertura dos textos legais, mecanismos que permitem a atuação dos juízes. No cerne da questão, os defensores da Nova Hermenêutica ditam que as normas-princípio surgem diante da incompletude das normas-regra e da ineficiência regulatória destas diante da complexidade da vida social. Assim, os princípios surgiriam com o escopo de minorar o fato de que as regras tornam o sistema lacunoso, tendo relevância imponderável nos denominados *hard cases*.

Diante da pauta, Neil MacCormick<sup>6</sup>, defensor da questão principiológica, afirma que o princípio estabelece “o limite dentro do qual são legítimas decisões judiciais plenamente justificadas por argumentos consequencialistas”. Tal ponderação, em que pese visar a justificação da relevância dos princípios, ampara a reflexão de Lênio Streck quanto à fragilidade dos princípios, a qual surge para desconstruir as teses anteriores que preveem o fator democrático de tais normas, introduzindo o conceito de “Pamprincipiologismo”.

Para o jurista brasileiro<sup>7</sup>, à luz das decisões monocráticas do Supremo Tribunal Federal (STF), os magistrados refugiam-se nos princípios para recair em um solipsismo, como forma de legitimar a violação do positivado na Constituição. Nessa senda, os princípios seriam um método para justificação e legalização da arbitrariedade judicial, a contrariar o espírito da Constituição e transformar a Lei

---

<sup>6</sup> MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e Teoria do Direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.209.

<sup>7</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.



Maior em um “pedaço de papel”, conforme conceitua Ferdinand Lassale<sup>8</sup> na teoria do Sociologismo.

Desse modo, o jurista brasileiro evidencia a periculosidade em face da subjetividade dos princípios. Haja vista o caráter abstrato destes, em contraste à concretude das normas-regra, em diversos julgados os princípios funcionam como mecanismo usurpado pelo magistrado para arrazoar decisões em descumprimento dos dispositivos legais em questão. À guisa de ilustração, no cenário brasileiro a não aplicação de normas ulteriores menos benéficas sob a alegação do princípio da vedação do retrocesso social revelam, além da insegurança jurídica provocada, o alto grau de subjetividade que envolve tais decisões.

Nesse tocante, os princípios seriam premissas que possibilitam o descumprimento do aprovado democraticamente pela via legislativa. Standards normativos, de caráter deontológico, que funcionam como álibis teóricos, transformados em conceitos vazios “tirados do bolso” para fundamentar qualquer decisão, como meio de abrir a interpretação.<sup>9</sup>

A teoria do pamprincipiologismo indica, assim, que tais “álibis retóricos” objetivam fundamentar decisões *contra legem*. Os princípios não funcionam como balizadores interpretativos, mas como justificadores de qualquer interpretação que os juízes queiram atribuir no caso concreto, haja vista a abertura interpretativa. Nessa celeuma, subordina-se a decisão ao pensamento individual dos juízes, os quais o “legitimarão” com base em princípios jurídicos consequencialistas.

Streck<sup>10</sup> adverte que o pamprincipiologismo é um subproduto das teorias axiológicas do neoconstitucionalismo, de modo que, em nome de uma suposta aplicação de princípios constitucionais, observa-se a proliferação incontrolada de enunciados para resolver problemas concretos, ao alvedrio da própria legalidade constitucional.

Nesse diapasão, a Judicialização da Política provocada pelo Neoconstitucionalismo permitiu o Ativismo Judicial. Entretanto, a atividade

---

<sup>8</sup> LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** São Paulo: Pílares, 2016.

<sup>9</sup> STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF** / Lenio Luiz Streck. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.247.

<sup>10</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 150.

contramajoritária exercida pelos tribunais ocasiona debates acerca da legitimidade das cortes e do temor da ditadura do Poder Judiciário. Entre a necessidade de estabelecer um ente para blindagem dos direitos fundamentais, de modo a garantir a estabilização do sistema, e o temor de que tal ente se torne autocrático, cumpre analisar os fenômenos da Tirania da Maioria e da Hipertrofia do Poder Judiciário. Tocqueville lembra que é necessário pôr em algum lugar um poder social superior a todos os outros, a liberdade está em perigo quando esse poder não encontra diante de si nenhum obstáculo que possa reter sua marcha e nesse viés a onipotência, em si, é ruim e perigosa.<sup>11</sup>

Para Tocqueville, o mal moral é o individualismo, ferrugem da sociedade, que torna o cidadão vazio de toda a essência do civismo e do interesse do bem coletivo. O individualismo faz do homem escravo, que oscila entre a servidão e o egoísmo. Indiferente ao destino do lugar em que mora, não se interessa pelos acontecimentos. Narra os fatos, alheio a tudo, como se a esfera pública pertencesse a um desconhecido chamado Governo. Diz Aléxis de Tocqueville no texto de introdução à sua obra:

O desenvolvimento gradual da igualdade das condições é um fato providencial. Possui suas principais características: é universal, é duradouro, escapa cada dia ao poder humano; todos os acontecimentos, bem como todos os homens, contribuem para ele. Seria sensato acreditar que um movimento social que vem de tão longe possa ser suspenso pelos esforços de uma geração? Alguém acredita que, depois de ter destruído o feudalismo e vencido os reis, a democracia recuará diante dos burgueses e dos ricos? Irá ela se deter agora, que se tornou tão forte e seus adversários tão fracos? Aonde vamos então?<sup>12</sup>

Uma das promessas normativas da democracia é a de que os cidadãos terão respeitados os seus direitos, o que pressupõe a presença normativa e institucional do Estado. Infelizmente, a combinação de alto índice de corrupção, fragilidade dos partidos políticos, baixa eficácia de políticas públicas includentes, investidas

---

<sup>11</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.295.

<sup>12</sup> Idem, 2005, p. 11.

indiscriminadas do Estado liberal e de crise fiscal, impedem que Estado e Governo democrático estejam, efetivamente, presentes, o que produz, como resultado, uma atitude ambivalente da população latino-americana, que ainda tem, em relação à democracia, a sensação de que dela não resulta qualquer impacto positivo na qualidade econômica de suas vidas e na diminuição da extrema concentração de renda.<sup>13</sup> Observe-se o resultado das estatísticas abaixo no que concerne ao índice de crescimento econômico e aos índices de desenvolvimento humano:

<b>PAIS</b>	<b>Crescimento Econômico</b>	<b>IDH Geral</b>	<b>IDH América Latina</b>
<b>Chile</b>	<b>44°</b>	<b>43°</b>	<b>1°</b>
<b>Argentina</b>	<b>30°</b>	<b>47°</b>	<b>2°</b>
<b>Uruguai</b>	<b>83°</b>	<b>55°</b>	<b>3°</b>
<b>Trindade e Tobago</b>	<b>62°</b>	<b>56°</b>	<b>4°</b>
<b>Costa Rica</b>	<b>127°</b>	<b>57°</b>	<b>5°</b>
<b>Bahamas</b>	<b>131°</b>	<b>58°</b>	<b>6°</b>
<b>Panamá</b>	<b>183°</b>	<b>67°</b>	<b>7°</b>
<b>Cuba</b>	<b>173°</b>	<b>73°</b>	<b>8°</b>
<b>Peru</b>	<b>49°</b>	<b>85°</b>	<b>9°</b>
<b>Brasil</b>	<b>13°</b>	<b>86°</b>	<b>10°</b>
<b>México</b>	<b>123°</b>	<b>88°</b>	<b>11°</b>
<b>Colômbia</b>	<b>38°</b>	<b>88°</b>	<b>12°</b>
<b>Equador</b>		<b>99°</b>	<b>13°</b>
<b>Paraguai</b>	<b>96°</b>	<b>100°</b>	<b>14°</b>
<b>Venezuela</b>	<b>105°</b>	<b>118°</b>	<b>15°</b>
<b>Bolívia</b>	<b>95°</b>	<b>119°</b>	<b>16°</b>

<sup>13</sup>POMPEU, Gina; SANTIAGO, Nestor; MONTE, Mario. (coord.). Dignidade Humana e desenvolvimento social. Justiça, crescimento econômico e sustentabilidade. 6º Congresso internacional de direito na Lusofonia. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2019, p.46-80.

Nicarágua	123°	129°	17°
Guatemala	70°	133°	18°
Honduras	107°	138°	19°
Haiti	142°	162°	20°

Fonte: PNUD (2021)<sup>14</sup> e International Monetary Fund (2020)<sup>15</sup>

Em que pese a vontade de força normativa para a tutela dos direitos fundamentais, fácil verificar por meio de dados estatísticos que a maioria dos países latino-americanos permanece em situação vexatória denominada pela OCDE<sup>16</sup>, de “elevador quebrado” que impede a ascensão social, com previsão de 9 ou mais gerações para alcançar o equilíbrio entre crescimento econômico e desenvolvimento humano. Pisos e tetos pegajosos impedem a mobilidade social. No Brasil, para que se opere essa mudança serão necessários 225 anos, ou seja, 9 gerações para que as crianças nascidas pobres encontrem um rendimento médio satisfatório.

#### 4 TIRANIA DA MAIORIA

A Nova Hermenêutica Constitucional empodera o governo dos juízes e viabiliza o fenômeno do agigantamento das cortes. Por corolário, o ativismo judicial e a configuração das Supremas Cortes como entes imparciais do Estado Democrático Direito, revestidas do princípio de autoridade do sistema, caracterizam a organização estatal do século XXI, sob o enfoque da judicialização da vida (e da política). Seguem operando a microjustiça de forma simbólica e quixotesca.

O embasamento teórico que galgou a ideia da supremacia das cortes constitucionais reside no temor da ausência de limites da regra majoritária da democracia absoluta, ao indicar a necessidade de um poder contramajoritário. Em outras palavras, o receio da possibilidade futura de formação de eventuais maiorias

<sup>14</sup> [https://hdr.undp.org/system/files/documents/global-report-document/hdr2021-22pdf\\_1.pdf](https://hdr.undp.org/system/files/documents/global-report-document/hdr2021-22pdf_1.pdf)

<sup>15</sup> <https://www.imf.org/en/Publications/SPROLLS/databases#sort=%40imfdate%20descendin>  
g . PNUD (2020) [http://hdr.undp.org/shdr\\_2020\\_overview\\_portuguese.pdf](http://hdr.undp.org/shdr_2020_overview_portuguese.pdf)

<sup>16</sup> Disponível em: <https://www.oecd.org/portugal/social-mobility-2018-PRT-PT.pdf>. Acesso em 5/out/2021.

tirânicas que ameacem os direitos individuais de minorias inviabilizaria a supremacia da soberania popular e ensejaria um ente independente e externo à sociedade e ao jogo político que blindasse os direitos das minorias e restringisse o poder ilimitado do povo: o Poder Judiciário. James Madison explica:

O que é o próprio governo, senão a maior das críticas à natureza humana? Se os homens fossem governados por anjos, o governo não precisaria de controles externos nem internos. Ao moldar um governo que deve ser exercido por homens sobre homens, a grande dificuldade reside nisto: é preciso capacitar o governo a controlar os governados; e em seguida obrigá-lo a se controlar a si próprio. A dependência para com o povo é, sem dúvida, o controle primordial sobre o governo, mas a experiência ensinou à humanidade que precauções auxiliares são necessárias.<sup>17</sup>

Sob esse raciocínio, para garantir a vedação do retrocesso social e a impossibilidade jurídica da revogação futura de direitos conquistados, além da existência da própria democracia, seria necessário suplantá-la. Alexis de Tocqueville já meditava a esse respeito no século XIX:

Afinal o que é uma maioria tomada coletivamente, senão um indivíduo que tem opiniões e, na maioria dos casos, interesses contrários a outro indivíduo, denominado minoria? Ora, se você admitir que um homem investido da onipotência pode abusar dela contra seus adversários, por que não admite a mesma coisa para uma maioria? Os homens, reunindo-se, mudaram de caráter?<sup>18</sup>

Nessa lógica, aos juízes é conferida a presunção de imparcialidade e de maior qualidade da decisão, a qual será expurgada de interesses particulares. Sob tal ótica, Ronald Dworkin<sup>19</sup> defende a capacidade moral de argumentação dos juízes, encarregados de realizar a interpretação jurídica da moral social, já que os juízes se eximiriam do dever de manter-se fiéis à Constituição, na medida em que obtivessem,

---

<sup>17</sup> MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. Os Artigos Federalistas 1787-1788. Trad.: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p.350.

<sup>18</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 294-295.

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005. p. 196

no caso que se lhes apresenta, o resultado que, em sua opinião, decorre da melhor interpretação de um princípio abstrato de moralidade constitucional.<sup>20</sup>

Nesse diapasão, a ideia positivista do estrito cumprimento da lei é enterrada em favor do surgimento da leitura moral da Constituição pós-positivista, por meio da atividade jurisdicional, sob a égide de que juristas e juízes farão o melhor para a sociedade na tentativa de descobrir o que realmente funciona na prática, em detrimento de tentarem inferir decisões concretas a partir da fidelidade estrita ao texto constitucional.<sup>21</sup>

Dentre as razões que justificam a confiança na imparcialidade dos tribunais, Dworkin<sup>22</sup> fundamenta-a com base no fato de que o Poder Judiciário não é um poder político, estando alheio à influência do interesse da maioria do público eleitoral, possivelmente tirânica. Assim, um juiz que não é pressionado pelas demandas da maioria política encontra-se, portanto, em uma melhor posição para avaliar o argumento.

Dworkin<sup>23</sup> não discorda da ideia de cortes atuando de forma legislativa, ou seja, criando normas de forma originária no ordenamento jurídico por meio de suas decisões. Para o moralista jurídico, "não há nenhuma razão para supormos que o tribunal tolhido pela exigência de que suas decisões não sejam originais venha a cometer menos erros de princípio do que um tribunal que não seja submetido a semelhante embaraço".

Desse modo, a proteção institucional contra a formação de uma maioria tirânica repousa no poder instituído aos Tribunais Constitucionais e às Supremas Cortes, por intermédio do *Judicial Review*, com o escopo de salvaguardar os direitos individuais previstos. Entretanto, em que pese o posicionamento de Dworkin, objeções surgem no que tange à legitimidade e à democraticidade do ativismo judicial.

---

<sup>20</sup> DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005, p.196.

<sup>21</sup> Idem. P.196

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 134.

<sup>23</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 135.

## 5 HIPERTROFIA DO JUDICIÁRIO

A teoria do *Judicial Review* encontra eco na visão de que deve haver um limite ao corpo social, no sentido de evitar a tirania da maioria e a restrição de direitos, o que suscitaria a atuação agigantada das cortes. Todavia, o temor de que os tribunais se tornem tirânicos e atuem de forma ditatorial, sobretudo no que tange ao questionamento acerca do fator democrático de revestir do poder decisório juízes e ministros não eleitos e sem relacionamento com o titular do Poder Constituinte, questiona a juristocracia.

No que se refere às ideias do juiz Hércules e da presunção de imparcialidade e confiabilidade dos juízes para interpretar a moral social no caso concreto teorizadas por Dworkin, Ingeborg Maus explica que a moral que deve dirigir a interpretação do juiz torna-se produto de sua interpretação. Nesse tocante, o alto grau de subjetividade da questão sugere a atuação espaçosa do Judiciário.<sup>24</sup>

Em primeiro plano, uma teoria de direitos que conceitua o ser humano como um predador de direitos é controversa, uma vez que não é natural, além de ilógico, combinar garantia de direitos com uma profunda desconfiança no povo e em sua capacidade democrática e representativa. Nesse encadeamento lógico, a desconstrução da tese que embasa o *Judicial Review* é delineada pelo fato de que, com base na aceitação de que os indivíduos que integram o povo não são confiáveis, de maneira que a formação de majorias predadoras de direitos é cogitada, qual a razão para os juízes enquanto indivíduos serem confiáveis? Por que não ser igualmente cínico com a opinião dos juízes? Por que não ser cínico também com os criadores da Constituição?<sup>25</sup>

A palavra "majoritário" se refere a um método de decisão usado em todos os órgãos colegiados, sem exclusão. As cortes não são contramajoritárias, já que suas instituições usam o método majoritário. Nas Supremas Cortes, por exemplo, 5 votos derrotam 4 votos em assuntos de extrema relevância institucional.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". *Novos Estudos CEBRAP*, [s.l.], ed. 58, p. 183-202, 4 set. 2000, p.186.

<sup>25</sup> WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford, 1999, p.223-230.

<sup>26</sup> WALDRON, Jeremy. Control de constitucionalidad y legitimidad política, **Dikaion – Revista de Fundamentación Jurídica**, v. 27, n. 1, 2018, p. 19

Por corolário, uma maioria numérica pode influenciar-se por uma doutrina tirânica, mas os riscos para que tal situação fática se concretize são simétricos, no que tange à maioria do corpo eleitoral e dos membros da Suprema Corte, uma vez que os dois utilizam o sistema majoritário de votação. A diferença reside na aceção de que, se os conflitos institucionais vão ser decididos "contando cabeças", são as cabeças do povo ou de seus representantes eleitos que devem ser contadas (e não de juízes não eleitos pelo povo)<sup>27</sup>.

A ideia de que os juízes são externos à política e, portanto, imparciais invocada pelos defensores do ativismo judicial é contestada pelo fato de que, salvo certos ordenamentos jurídicos que preveem processos discrepantes, a maioria dos ritos de escolha dos ministros das Supremas Cortes dos países latino-americanos se baseia em nomeações políticas dos Presidentes das Repúblicas.

Desse modo, em que pese não serem eleitos pelo povo, o que corrobora a antidemocraticidade das atividades do órgão, os ministros são escolhidos por políticos com interesses e ideologias, dando cabimento a acordos clientelistas, em que o "favor" à indicação pode ser pago com "favores" decisórios, sobretudo no que se refere ao contexto brasileiro marcado pelo presidencialismo de coalizão.<sup>28</sup>

No mesmo raciocínio, a ideia de que seria inapropriado o Poder Legislativo ou qualquer ente eleito pelo povo votar se uma lei viola ou não direitos de minorias porque o povo seria juiz da própria causa é questionada por Waldron<sup>29</sup>, ao explicar que as decisões serão inevitavelmente proferidas por indivíduos cujos próprios direitos, como membros da sociedade, serão afetados pela decisão. Um ministro da Suprema Corte tem, como cidadão, os mesmos direitos que ele determina para todo o sistema jurídico em suas decisões.

Desse modo, a controvérsia da presunção de imparcialidade e a falta de legitimidade democrática das Cortes revelam o temor da ditadura do Poder Judiciário. Ao instituir a um grupo de cerca de nove (nos Estados Unidos) ou onze (no Brasil) julgadores o poder de decidir sobre diversos temas que de forma ativista extrapolam a temática jurídica da aplicação das leis no caso concreto, transforma-

---

<sup>27</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford, 1999, p. 15.

<sup>28</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, 1998.

<sup>29</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford, 1999, p. 297.



se a República em um governo ditatorial camuflado. Ran Hirschl adverte o risco de as cortes se transformarem em um monstro Dr. Frankenstein: imprevisível e autônomo, cujos julgamentos são em arrepio aos interesses e expectativas de seus defensores políticos.<sup>30</sup>

Em outras palavras, a preocupação exagerada em estabilizar o status quo e evitar que futuramente o homem decida pela abolição dos direitos conquistados pode significar paradoxalmente a destruição dos direitos políticos do povo, baluarte da conquista de todos os demais direitos do ordenamento jurídico. Seria ingênuo acreditar que é possível conciliar democracia pura com a certeza de segurança e estabilização. Na realidade, a jurisdição não se limita ao exercício do poder contramajoritário, de forma que a tentativa de controlar a democracia é por si "supramajoritária" e antidemocrática.<sup>31</sup>

Nessa lógica, cabe salientar que muitas vezes a invasão das prerrogativas do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário é propiciada propositalmente por interesses contingentes dos próprios representantes do Parlamento, na medida em que, na apreciação de certos assuntos polêmicos nos *hard cases*, o desgaste da imagem pública gerada provocaria divisões do público eleitoral e perda de votos. Prova disso reside no fato de que temáticas envolvendo o aborto e a legalização do uso de substâncias entorpecentes, por exemplo, são apreciadas pelas Cortes Constitucionais (e não enfrentadas e ratificadas pelo Poder Legislativo).

Ran Hirschl<sup>32</sup> disserta que a apropriação do poder pelos tribunais pode ser atraente para os representantes dos poderes Legislativo e Executivo em diversas situações: quando eles procuram obter apoio público para as suas opiniões controversas, confiando na imagem pública dos tribunais como órgãos de decisão profissionais e apolíticos; quando consideram que disputas públicas em arenas majoritárias de tomada de decisões colocam em risco suas próprias preferências

---

<sup>30</sup> HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism.** Cambridge: Harvard University, 2009. p. 171.

<sup>31</sup> PFERSMANN, Otto. **Positivismo jurídico e justiça constitucional no séc. XXI.** São Paulo: Saraiva, 2014, p.109.

<sup>32</sup> HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism.** Cambridge: Harvard University, 2009; p. 354-355.

políticas; ou quando estimam que respeitar os limites impostos pelo poder judicial ampliado os beneficiará, prejudicando rivais políticos

Nessa senda, a não mútua fiscalização nos moldes do Sistema de Freios e Contrapesos e a não reivindicação da prerrogativa de legislar pelo Poder Legislativo é motivada pelo fato de que não há interesse em apreciar tais assuntos sensíveis. Introduce-se institucionalmente a Hipertrofia do Judiciário, ferindo a democracia, por meio de um arranjo político velado com o intuito de eximir de responsabilidade perante os eleitores e impossibilitar atitudes e respostas do povo perante decisões impopulares ou inadequadas.

Na maioria das questões difíceis, os representantes políticos astutamente preferem não ter que se manifestar, mas sim deixar algum burocrata de outro ente "levar o calor político inevitável". É muito mais confortável deixar outro como "menino de recado" e não receber os ônus do que o recado provocará. É interessante deixar a opinião pública pensar que a culpa dos problemas institucionais não é do Poder Legislativo e que as leis julgadas necessárias foram promulgadas.<sup>33</sup>

Outra questão que merece atenção reside na aceção social da infalibilidade das decisões judiciais. Quando o Poder Judiciário ascende ele próprio ou é ascendido à condição de mais alta instância moral da sociedade, ele escapa de qualquer controle social. No domínio de uma Justiça que alega um direito "superior", dotado de atributos morais, em face do simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos.<sup>34</sup>

## 6 UMA PROPOSTA DE *RECALL* DAS DECISÕES JUDICIÁRIAS

A plena efetivação da democracia, não obstante ainda utópica, é a linha tênue que divide o retrocesso e o progresso social. De fato, é o pressuposto de todos os demais direitos individuais, tendo a história recente comprovado a diminuta atuação

---

<sup>33</sup> ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: A theory of judicial review. Harvard University Press, 1980. p. 131-132

<sup>34</sup> MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na "sociedade órfã". **Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, v. 3, n. 58, p. 183 – 202, 2000. Disponível em: [http://novosestudos.uol.com.br/wp-content/uploads/2017/05/08\\_louis\\_jouvet2.pdf.zip](http://novosestudos.uol.com.br/wp-content/uploads/2017/05/08_louis_jouvet2.pdf.zip). Acesso em: 5 maio 2019. p. 187.

do liberalismo nos governos antidemocráticos e tiranos, experimentados nos totalitarismos da Segunda Guerra. Uma teoria que proteja o liberalismo e restrinja a democracia é uma teoria incoerente e inaplicável. A interdependência entre o Estado de Direito e o sufrágio universal denota a impossibilidade de vislumbrarmos Estados Liberais antidemocráticos ou Estados democráticos não liberais.<sup>35</sup>

Em face de tal explicação, soa descabida a argumentação de que a concretização dos direitos fundamentais realizar-se-á por intermédio da violação da soberania popular, haja vista que a democracia é o sustentáculo do liberalismo e vice-versa. Para que de fato os direitos individuais sejam protegidos diante de governos tiranos, faz-se necessário que o povo detenha meios que garantam sua participação nas decisões governamentais.

Não obstante formalmente o Poder Judiciário não ser hierarquicamente superior aos demais poderes estatais, em contextos de supremacia e ativismo judicial, quando há a extrapolação de seus limites e a usurpação de prerrogativas que institucionalmente não são a ele (Poder Judiciário) competentes, há a juristocracia. A incongruência de pregar a autocontenção judicial sem o estabelecimento de um órgão supervisor foi debatida em diversos países da geopolítica mundial, a exemplo da França. No contexto francês, Cortes de Cassação foram destinadas à observância das atividades dos membros do Poder Judiciário no país. Até a reforma constitucional de 23 de julho de 2008, o controle repressivo de constitucionalidade das leis não era permitido, em desacordo com seus vizinhos geográficos.

Contudo, as cortes de cassação, ainda que figurem substancial progresso, ao limitar a total liberdade judiciária, não vinculam diretamente ao povo o poder decisório, redundando no mesmo impasse de revestir a Suprema Corte da função de guardiã da Constituição e atribuir poderes subjetivos a este ente. Nesse cenário, radicalizando, o elemento substancial para o controle da atividade jurisdicional e a solução para o impasse da juristocracia seria o instituto do recall dos juízes e das decisões judiciais, previsto na Constituição de Oregon, da Califórnia e de vários estados dos EUA.

---

<sup>35</sup> BOBBIO, Norberto. Liberalismo e democracia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017, p. 65

O *recall* seria a manifestação da soberania popular com o intuito de revisar, revogar ou manter, na proposta em questão, decisões judiciais no que tange à inconstitucionalidade de leis promulgadas, visando à democratização do Poder Judiciário e ao poder do povo em face de absurdos jurídicos e do governo autoritário dos juízes.

Os contrários à implantação do instituto advertem que interesses políticos e ideologias subverteriam a toga, uma vez que vinculariam a aplicação da lei à opinião popular. O ex-presidente americano William Howard Taft<sup>36</sup> coadunava com o pensamento dos opositores ao *recall* ao afirmar que os juízes, para cumprir suas funções em um governo popular, precisam ser mais independentes que em qualquer outra forma de governo.

É inquestionável que a independência judicial é um dos pilares da democracia. No entanto, em face da necessidade de conter o ativismo judicial para a efetivação da democracia, vincular as decisões dos juízes à opinião do povo significa explicitamente designar participação popular às decisões estatais, de forma simétrica aos institutos da democracia semidireta já garantidos nos demais poderes, por meio do impeachment presidencial, do referendo e da iniciativa popular.

Uma vez conferido ao povo a possibilidade de barrar leis injustas, por meio do Referendo e do Plebiscito, e a faculdade de produzir leis justas, por meio da Iniciativa Popular, não estaria o povo dotado do poder completo de evitar absurdos de seus representantes, tendo em vista que a atividade de Poder Judiciário e sua interpretação na aplicação da lei encontra-se sem limites, não podendo o titular do Poder Constituinte evitar desmandos dos juízes. Denota-se que, enquanto o instituto do Impeachment presidencial evitou a onipotência do Poder Executivo e os institutos da Iniciativa Popular, Referendo e Plebiscito democratizaram o Poder Legislativo, enseja-se simetricamente a restrição do poder absoluto do Poder Judiciário, com vistas ao equilíbrio da Separação de Poderes<sup>37</sup>.

Em vista da conciliação entre os dois pensamentos dicotômicos, faz-se objeção ao *recall* dos juízes, ante a necessidade de garantir a independência dos

---

<sup>36</sup> TAFT, William Howard. **Popular government**: its essence, its performance and its perils. New Haven, CT: Yale University, 1913.

<sup>37</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.354.

magistrados e de evitar que uma maioria adepta a uma ideologia dominante ou a um partido político objetive a exclusão de certo juiz motivada por diferenças políticas. Contudo, de forma discrepante, a importação do instituto do *recall* das decisões judiciais para os países latino-americanos, desde que realizado de forma coerente, delimitado a certas decisões e com quórum elevado para a solicitação da revisão das decisões, democratizaria as Cortes e representaria um óbice à juristocracia.

## 6 CONCLUSÕES

Nesse panorama, o pós-Guerra possibilitou a judicialização da política mediante o mecanismo do *Judicial Review*. O surgimento da força normativa das normas-princípios, sob a análise do fenômeno do Pamprincipiologismo, ampara a atuação agigantada dos juízes, por meio da racionalização de seus interesses e posicionamentos casuísticos, suscitando temores quanto à ditadura do Poder Judiciário. Essa situação pode ser constatada nos países da América Latina, que buscam efetivar direitos fundamentais por meio de decisões judiciais e da microjustiça em detrimento da macrojustiça promovida pela boa aplicação de recursos políticos em políticas que priorizem o alcance do patamar mínimo civilizatório para todos os cidadãos.

A tutela dos direitos fundamentais encontra limitações nos países latino-americanos, em razão da ausência de priorização orçamentária com o respectivo contingenciamento de recursos para os fins de concretizar os direitos de igualdade de educação, saúde, moradia, alimentação, acesso ao trabalho, proteção à infância e à maternidade. Essa tutela de direitos ocorre diante da concretização da justiça social que pode ser quantificada por meio de planejamento e custos. Contrário disso, os países estudados perpetuam a retórica entre o constitucionalismo dirigente e programático, que esbarra nos fatores reais do poder da concentração de renda, onde os ricos permanecem sobrecidadãos e os pobres não conseguem ascender a um patamar que permita usufruir dos benefícios inerentes à dignidade humana.

Em razão da frustração com a democracia alcançada nos países da América Latina, que não resultou em desenvolvimento humano, denota-se que de fato a formação de maiorias populares tirânicas é possível e a preocupação não é

infundada, haja vista a tendência de apoio de líderes carismáticos com viés concentrador do poder de mando na região. O erguimento de governos ditatoriais, populares e apoiados por maiorias predadoras de direitos não é algo inovador na história da humanidade, a exemplo de tantos governos latino americanos do século XX.

Entretanto, o fator democrático do ativismo judicial é questionado e a falta de aceitação da legitimidade política das decisões de juízes não eleitos por parte da sociedade suscita impasses institucionais. Da mesma forma que é possível formar maiorias tirânicas entre os membros da sociedade ou seus representantes eleitos (no caso do parlamento), é possível formar maiorias tirânicas entre os membros da Suprema Corte, o que é facilitado pelo número reduzido de juízes (ou seja, votantes).

Aponta-se a controvérsia da presunção de imparcialidade e justiça dos juízes, haja vista o método de escolha (nos ordenamentos jurídicos que preveem a indicação do Presidente da República e aprovação pelo Poder Legislativo) e o fato de fazerem também parte do corpo eleitoral, não sendo possível alçá-los como entes imparciais que não necessitariam de aprovação popular.

Nessa celeuma, observa-se a necessidade de democratização do Poder Judiciário, em contrassenso à tendência hermenêutica atual de agigantamento das Cortes. Indica-se o instituto do *recall* das decisões judiciais, com o objetivo de efetivar a democracia semidireta e, de forma simétrica ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, em que os institutos do impeachment presidencial, da iniciativa popular e do referendo garantem participação popular no sentido de evitar decisões autocráticas, combater a juristocracia e a judicialização excessiva da política, sem reduzir a independência que a atividade jurisdicional requer.

## REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal** / Carlos Alexandre de Azevedo Campos. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad.: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire.** London: Havard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: A theory of judicial review.** Harvard University Press, 1980.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism.** Cambridge: Harvard University, 2009.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia** – As origens e consequências do novo constitucionalismo. Tradução Amauri Feres Saad. 1ª ed. Londrina, PR: Editora E.D.A- Educação, Direito, e Alta Cultura, 2020.

KELSEN, Hans; LOUREIRO, Fernando Pinto. **Teoria pura do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1939.

LARENZ, Karl. **La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado.** Tradução de E. Galán Gutiérrez; A. Truyol Serra. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1942.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** São Paulo: Pilares, 2016.

MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e Teoria do Direito.** Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os Artigos Federalistas 1787-1788.** Trad.: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". **Novos Estudos CEBRAP**, [s.l.], ed. 58, p. 183-202, 4 set. 2000.

PFERSMANN, Otto. **Positivismo jurídico e justiça constitucional no séc. XXI.** São Paulo: Saraiva, 2014.

POMPEU, Gina; SANTIAGO, Nestor; MONTE, Mario. (coord.). **Dignidade Humana e**

**desenvolvimento social. Justiça, crescimento econômico e sustentabilidade.** 6º Congresso internacional de direito na Lusofonia. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto.** Direito UNIFACS –Debate Virtual, n. 144, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF /** Lenio Luiz Streck. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TAFT, William Howard. **Popular government:** its essence, its performance and its perils. New Haven, CT: Yale University, 1913.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América:** leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

UNPD. **HUMAN DEVELOPMENT REPORT 2021/2022:** Uncertain Times, Unsettled Lives: Shaping our Future in a Transforming World. United Nations Development Programme. New York: 2022.

WALDRON, Jeremy. Control de constitucionalidad y legitimidad política, **Dikaion – Revista de Fundamentación Jurídica**, v. 27, n. 1, 2018, p. 7-28.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement.** New York: Oxford, 1999.



## 13. DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO INTERNACIONAL MIGRATÓRIO – ASILO E REFÚGIO NO CONTEXTO BRASILEIRO E INTERAMERICANO

### FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE INTERNATIONAL MIGRATION LAW – ASYLUM AND REFUGE IN THE BRAZILIAN AND INTER-AMERICAN CONTEXT



<https://doi.org/10.36592/9786554601153-13>

*Italo Roberto Fuhrmann*<sup>1</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

É insofismável que o fenômeno hodierno da migração internacional ocupa um lugar proeminente na contextura política dos mais diversos países em escala mundial. No âmbito interamericano, Brasil, Estados Unidos<sup>2</sup>, México, Venezuela, Peru, Canadá, Haiti e Colômbia são exemplos paradigmáticos do quanto os fluxos migratórios dos últimos anos alteraram profundamente a política, a economia e o Direito interno das nações do continente americano. Constata-se, outrossim, acerbamente que o tema da migração é tratado amiúde na perspectiva de aviltamento da condição jurídica e social do migrante, avultando a xenofobia, a discriminação, a criminalização dos migrantes e o nacionalismo exacerbado na contramão da atual fase de desenvolvimento dogmático do Direito Internacional Público e Humanitário. Basta, neste contexto, a referência ao assim chamado *Trump Wall*<sup>3</sup>, plataforma política dos republicanos utilizada no pleito eleitoral de 2016 nos Estados Unidos para aumentar a extensão do muro que demarca a fronteira com o México.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela PUCRS/Brasil. Advogado. Orientadora: Prof. Dra. Gabrielle Bezerra Sales Sarlet (Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS/Brasil).

<sup>2</sup> Malgrado pertençam ao bloco continental americano, até o momento os Estados Unidos não são signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos, que entrou em vigor aos 18 de julho de 1978.

<sup>3</sup> O Jornal britânico BBC indica que o governo Trump atuou muito mais na reconstrução e realocação de barreiras já existentes do que propriamente na construção e ampliação de novas contenções. <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-46824649> Acesso em 17.09.2022.

Imerso neste cipoal, o Brasil deu um passo legislativo importante para a proteção efetiva dos migrantes, designadamente mediante a nova Lei de Migração (Lei n. 13.445/17), que foi regulamentada pormenorizadamente pelo Decreto 9.199/17<sup>4</sup>, malgrado a existência de disceptações quanto ao suposto avanço regulamentador na ótica do cenário acadêmico<sup>5</sup>. A utilização de novas tecnologia, máxime a inteligência artificial no caso específico do Canadá<sup>6</sup>, igualmente tem redimensionado a questão migratória a patamares dantes inimagináveis, inclusive expondo os migrantes a novas formas de violações de seus direitos humanos e fundamentais.

A cidadania global é, por óbvio, um objetivo por ora quimérico, conquanto já haja instrumentos jurídicos e políticos nesta direção<sup>7</sup>. O próprio novel diploma legislativo migratório brasileiro inaugura uma “viragem copernicana” na abordagem dos migrantes, outrora considerados como ameaça à segurança nacional e aos trabalhadores brasileiros<sup>8</sup>, e agora vistos na perspectiva da proteção integral dos direitos humanos.

O presente ensaio monográfico, mediante emprego do método hipotético-dedutivo, bem como de metodologia exploratória, bibliográfica, intenciona perscrutar o atual nível protetivo e a efetividade do asilo e do refúgio como figuras jurídicas autônomas na perspectiva interamericana, na condição de instrumentos jurídicos imprescindíveis no arquétipo normativo de proteção mínima aos migrantes no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

---

<sup>4</sup> O referido decreto incluiu em seu art. 1º, inciso VII, o refugiado como pessoa que recebe proteção especial do Estado brasileiro nos termos da Lei 9474/97, formando uma disciplina unificada e autônoma do direito migratório nacional. Em face da amplitude regulamentar do decreto 9199/17, a Corte Constitucional Brasileira se manifestará acerca da constitucionalidade de seus diversos preceitos, assim como no que concerne à própria Lei 13.445/17.

<sup>5</sup> Cf., MENDES, Aylle de Almeida; BRASIL, Deilton Ribeiro. A Nova Lei de Migração Brasileira e sua Regulamentação da Concessão de Vistos aos Migrantes, in: *Sequência (Florianópolis)*, n. 84, abril/2020, pp. 64-88.

<sup>6</sup> *Immigration, Refugees and Citizenship Canada* in: <https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship.html>

<sup>7</sup> Cf., *Global Compact for Migration* – IOM, in: <https://www.iom.int/global-compact-migration> Ver igualmente a *New York Declaration for Refugees and Migrants*, de 2016, in: [https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbdl486/files/our\\_work/ODG/GCM/NY\\_Declaration.pdf](https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbdl486/files/our_work/ODG/GCM/NY_Declaration.pdf)

<sup>8</sup> Basta, neste contexto, uma breve análise do vetusto Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 8.615/80), bem como a Lei n. 818/49, igualmente ab-rogada pela Lei de Migração, acerca da aquisição, perda e reaquisição da nacionalidade e da perda dos direitos políticos.

A pesquisa congloba os aspectos normativo-dogmáticos do asilo e do refúgio, numa primeira aproximação, elaborando um panorama alicerçado na atual jurisprudência da Corte Constitucional brasileira e da nova lei de migração do Brasil. A seguir, traça-se uma análise sistemática do tratamento interamericano do refúgio e do asilo político, e sua aplicação pragmática pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Costa Rica), designadamente sobre os direitos básicos dos migrantes sedimentados no *decisum* *Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana* (2014).

Neste ínterim, propugna-se um estudo à fixação de baldrames para elidir lacunas e falsas narrativas acerca do processo migratório atual no Brasil e no contexto interamericano, ensejando novos olhares para um tema que, malgrado tentativas de deturpações e de distorções de toda ordem, necessita de aportes dogmáticos densos e soluções políticas urgentes. A propósito, a Convenção Americana de Direitos Humanos deu um passo fundamental neste sentido, ao albergar os institutos do asilo político e do refúgio no seu art. 22, itens 7 e 8 respectivamente (PIOVESAN; FACHIN, MAZZUOLI, 2019. p. 221).

Nada obstante o fato de que a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, bem como de seu protocolo adicional de 1967, não abarcar de modo expreso as alterações climáticas e ambientais como critério ensejador do refúgio, é conspícuo que o cenário ambiental contemporâneo exige uma alteração exegética, configurando o *refugiado ambiental* como sujeito de direito internacional a ser tutelado nos exatos termos da codificação supranacional. Nesta contextura, a atual juíza do Tribunal Constitucional português, Mariana Canotilho, enfatiza a necessidade de um conceito operativo de vulnerabilidade na dogmática constitucional, de modo a exsurgir um novo tipo de sujeito de direitos, multidimensional, dotado de razão e autonomia, mas também de vulnerabilidade e carente de relações interpessoais. (CANOTILHO, 2022. p. 141). Não deve ser negligenciada também a constatação de que no Brasil, a despeito da recepção de milhares de refugiados nos últimos anos<sup>9</sup>, há um contingente populacional de emigra

---

<sup>9</sup> De janeiro a junho de 2022, a República Federativa do Brasil recebeu 1720 refugiados, a maioria dos quais venezuelanos (55%). <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/brasil-recebe-1-720-refugiados-entre-janeiro-e-junho-de-2022>

a outros países, em especial em virtude de condições econômicas e de trabalho mais favoráveis<sup>10</sup>.

## 2 ASILO E REFÚGIO NO DIREITO BRASILEIRO

Para fins de direito positivo e análise dogmática, a figura jurídica do *asilo* refere-se, a rigor, ao acolhimento estatal de pessoa acoitada por razões políticas no seu país de origem ou de atual residência. O escopo e a abrangência são coarctados a limites angustos da "perseguição política", de modo que a *ratio decidendi* da deliberação estatal deve estar alicerçada na conotação política do requerimento, e que não configure quebra do direito penal comum (RESEK, 2011. p. 250).

*A contrario sensu*, o *refúgio* destina-se a tutelar um espectro mais amplo de violações da condição jurídica do migrante, como perseguições por motivos de raça e de religião, abrangendo igualmente a migração forçada por crise econômica aguda, em razão das alterações climáticas em curso e por violações generalizadas a direitos humanos (CARVALHO RAMOS, 2021. p. 9).

No plano do direito internacional, vez que no Brasil admite-se o plano multinível, são dois instrumentos jurídicos que estão no pináculo da tutela protetiva dos direitos humanos, a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto do Refugiado (1951)<sup>11</sup> e a Convenção sobre Asilo Territorial da Organização dos Estados Americanos (1954) designadamente. Em relação aos conceitos jurídicos de Asilo Político e Refúgio, malgrado sejam institutos distintos e autônomos, destinam-se ambos, em última análise, à proteção da pessoa humana, o primeiro em um viés político, e o segundo em um contexto humanitário, verificando-se uma complementariedade imanente entre ambos (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2018. p. 181).

---

<sup>10</sup> Em 2020, o número de cidadãos brasileiros vivendo no exterior ultrapassou os 4 milhões, um aumento de 600 mil emigrantes desde o último levantamento estatístico de 2018. <https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/porta-portal-consular/artigos-variados/comunidade-brasileira-no-exterior-2013-estatisticas-2020#:~:text=Nesse%20ano%2C%20de%20acordo%20com,referente%20ao%20ano%20de%202018.>

<sup>11</sup> A República Federativa do Brasil incorporou ao seu ordenamento jurídico a Convenção relativa ao Estatuto do Refugiado mediante a promulgação do Decreto n. 50.215, de 28 de janeiro de 1961.

Na esfera constitucional, o asilo político foi objeto de expressa menção pelo constituinte originário, enfatizando o compromisso jurídico-político estatal de acolhimento *prima facie* do solicitante – *in dubio pro migrante*.

Neste giro, não se mostra excessivo reproduzir a norma constitucional, que em seu art. 4º, inciso X, consagra o princípio da concessão de asilo político como vetor nas relações internacionais estabelecidas pelo Brasil.

No plano infraconstitucional, um passo de suma importância foi dado pela Lei 9.474/97, que regulamentou e densificou a proteção jurídica do refugiado com base na Convenção da ONU de 1951 e na Constituição de 1988.

Oportuno referir que, em 2009, o Supremo Tribunal Federal julgou o emblemático caso *cesare battisti*<sup>12</sup>, no qual ficaram sedimentadas quatro teses referenciais, quais sejam: a) a competência jurisdicional de revisão *a posteriori* da concessão administrativa da condição de refugiado; b) a competência do STF para análise dos pressupostos materiais à configuração de suposto crime político para fins extradicionais; c) a obrigatoriedade do Estado brasileiro de cumprir os tratados bilaterais em matéria de extradição; e d) a discricionariedade política do presidente da República em entregar o extraditando ao Estado requerente quando julgado procedente o pedido de extradição no Supremo Tribunal Federal.

No bojo deste aresto, igualmente ficou assentado que o *status* de refugiado, quando atendido os preceitos legais da sua concessão, inviabiliza o procedimento extradicionaI quando lastreado em idênticas razões (art. 33 da Lei n. 9474/97). Não se mostra excessivo salientar que a Lei brasileira sobre refúgio – Lei n. 9474/97 – ampliou a proteção outorgada em nível supranacional, sendo produto do Programa Nacional dos Direitos Humanos de 1996 e elaborada em conjunto com representantes do ACNUR (JUBILUT, 2007. p. 190)<sup>13</sup>. Digno de nota é igualmente o rumoroso caso *Stroessner*<sup>14</sup>, no qual foi indeferido o pleito extradicionaI do Paraguai pelo fato da não-configuração nos autos de persecução por crime comum, e sim de uma *extradição política disfarçada*.

---

<sup>12</sup> Extradição n. 1.085, República da Itália, min. rel. Cezar Peluso, j. 16.12.2009.

<sup>13</sup> No bojo desta Lei, foi criado o CONARE (Comitê Nacional para Refugiados).

<sup>14</sup> Extradição n. 524, min. rel. Celso de Mello, j. 31.10.1990.

No âmbito da jurisprudencial atual do STF, encontra-se baldrames para a estruturação de um arquétipo judicial, ainda que em um estágio embrionário, na tutela dos migrantes com fulcro na nova lei brasileira de migração. Emblematicamente, foram julgadas como inconstitucionais quaisquer cobranças de taxas e emolumentos para a regularização da condição jurídica do estrangeiro no Brasil quando, *in casu*, tratar-se de migrante hipossuficiente econômico<sup>15</sup>.

Com efeito, o Supremo, neste *decisum* plenário, que dialoga deveras com a Agenda 2030 da ONU, enfatizou expressamente os arts. 4º, XII, e 113, § 3º, do novel diploma migratório, no sentido de que ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados a isenção das taxas de que trata a lei migratória, mediante declaração de hipossuficiência econômica, rerratificando que não serão cobrados taxas e emolumentos consulares pela concessão de vistos ou para a obtenção de documentos para regularização migratória aos integrantes de grupos vulneráveis e indivíduos em condição de hipossuficiência econômica.

No ano de 2020, com base na novel Lei de migração, o STF inadmitiu um ato expulsório de um estrangeiro em face da proteção jurídica à entidade familiar do migrante<sup>16</sup>. Destaque-se que, o Supremo vetou a expulsão de estrangeiro do território nacional ainda que a concepção do filho do expulsando tenha sido originada após o fato ensejador do ato expulsório.

Para além do que já se evidenciava, no mesmo ano de 2020, foi debelada a ordenação presidencial de retirada compulsória de diplomatas venezuelanos, cujo prazo de saída tinha sido fixado em quarenta e oito horas<sup>17</sup>. A admoestação judicial visava, *in limine litis*, a asseguaração da integridade física e psíquica dos diplomatas venezuelanos no Brasil, notadamente em razão do contexto pandêmico, ficando sedimentado que a própria Lei de Migração brasileira previa o direito fundamental de acesso aos serviços públicos de saúde sem discriminação em razão da nacionalidade (art. 4º, inciso VIII).

---

<sup>15</sup> RE 1.018.911, min. rel. Luiz Fux, j. 11.11.2021.

<sup>16</sup> RE 608.898, min. rel. Marco Aurélio, j. 25.06.2020.

<sup>17</sup> HC 184828, min. rel. Roberto Barroso, j. 02.05.2020.

*Ad conclusum*, impende referir a Ação Cível Originária (ACO) n. 3121<sup>18</sup>, min. rel. Rosa Weber, julgada pelo Tribunal pleno do STF aos 13.10.2020, na qual o Estado de Roraima formulou pedido para o fechamento das fronteiras com a Venezuela defronte ao massivo fluxo migratório de venezuelanos, que estaria deveras inviabilizando os serviços públicos da região, em termos logísticos e orçamentários.

Notabiliza-se que o STF rejeitou o pedido de fechamento temporário das fronteiras entre o Brasil e a Venezuela, designadamente pela violação flagrante aos patamares mínimos protetivos dos direitos humanos, e ainda obrigou a União a ajudar financeiramente, baseando-se na concepção de federalismo cooperativo, o ente federado de Roraima com a metade dos gastos despendidos nos serviços públicos prestados aos imigrantes da Venezuela.

A par da jurisprudência acima delineada, contata-se que no Brasil os direitos fundamentais dos migrantes estão gradualmente sendo efetivados e desenvolvidos pela atividade judicante do pretório supremo, tomando como vetor hermenêutico a nova lei brasileira de migração. Remanesce o anelo pela prossecução da jurisprudência defensiva da situação jurídica do estrangeiro entre nós, dialogando com os *standards* internacionais do direito internacional migratório, mormente em face da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção da ONU relativa ao estatuto do refugiado. Aponta-se, por derradeiro, a urgência em uma apropriada conformidade entre os instrumentos legislativos e os atos editados no plano do governo federal para fins de coerência sistemática.

### **3 ASILO POLÍTICO E REFÚGIO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS: UMA ANÁLISE COM BASE NO CASO PESSOAS DOMINICANAS E HAITIANAS EXPULSAS VS. REPÚBLICA DOMINICANA**

O assenso do migrante pela população autóctone de um determinado país nem sempre é efetivado de modo tranquilo e positivamente. O processo de aculturação do migrante demanda ações positivas do Estado no tocante ao acolhimento estruturado. É imprescindível, neste diapasão, a existência de um

---

<sup>18</sup> <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754212138> Acesso em 11.09.2022

amalgama cultural, econômico e linguístico do migrante com a sociedade na qual o mesmo pretende se inserir, o que, a rigor, deve ser fomentado por meio de políticas públicas no campo da educação (ensino da língua), no campo do mercado de trabalho e na saúde. *A fortiori*, mostra-se ainda mais importante a proteção integral da entidade familiar, facilitando a reunião de todos os entes da família num mesmo núcleo de proteção.

O Brasil aderiu ao pacto de São José da Costa Rica tão-somente após o término da ditadura militar (1964-1985), no ano de 1992 (Decreto n. 678). Da mesma forma, o Brasil se submeteu à jurisdição da Corte Interamericana (1998) e à atuação da Comissão Interamericana, fazendo apenas a ressalva quanto ao direito automático de visitas e inspeção *in loco*.

Os atos estatais que deveras conspurcam a imagem civilizatória de um país são os de expulsões coletivas de não-nacionais do seu território, à semelhança do que ocorrerá na Alemanha nacional-socialista, e que sói ocorrer em países ditatoriais. Neste contexto, um autêntico *leading case* acerca das expulsões coletivas no cenário interamericano foi o caso *Pessoas Dominicanas e Haitianas expulsas vs. República Dominicana*, julgado aos 28 de agosto de 2014<sup>19</sup>. O *Débâcle* da política migratória dominicana aportou na Corte interamericana em face das violações massivas e reiteradas de migrantes haitianos e de dominicanos com ascendência haitiana, ancoradas em uma renitente discriminação étnico-racial histórica naquela região.

Em caráter sintético, questionou-se perante a Corte quais seriam os patamares jurídicos mínimos, ou seja, concernente aos procedimentos migratórios que acarretassem privação de liberdade, expulsão ou deportação. Esta decisão igualmente abordou o arcabouço jurídico protetivo dos migrantes, como o direito de personalidade, a igualdade perante a lei, o direito à nacionalidade e dever jurídico correlato de debelar a apatridia, a proteção da família, bem como o acesso às disposições do Direito interno.

Trata-se, sem embargo, de uma decisão abrangente e estruturalmente fundamentada, com 173 páginas, e que certamente servirá de arquétipo

---

<sup>19</sup> [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_282\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf)



jurisprudencial de tutela dos direitos dos migrantes para diversos países e para outros sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. Um primeiro aspecto digno de nota é o que se relaciona com a frequente alegação do esgotamento dos recursos internos como pressuposto inarredável ao acesso à Corte. Neste compasso, para a Corte de São José, *ad litteram*:

“ El artículo 46.1.a) de la Convención ordena que para que una petición o comunicación presentada ante la Comisión sea admisible es necesario que se hayan “interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, según los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”. Esta regla está concebida en interés del Estado, a fin de permitirle resolver el problema en el ámbito interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional<sup>27</sup>. Lo anterior significa que no sólo deben existir formalmente esos recursos, sino también deben ser adecuados y efectivos<sup>28</sup>, como resulta de las excepciones contempladas en el artículo 46.2 de la Convención<sup>29</sup>. Al haber alegado la falta de agotamiento de los recursos internos, corresponde al Estado señalar en esa debida oportunidad los recursos que deben agotarse y su efectividad; no es tarea de la Corte, ni de la Comisión, identificar ex officio cuáles son los recursos internos pendientes de agotamiento, y no compete a los órganos internacionales subsanar la falta de precisión de los alegatos del Estado<sup>30</sup>. De lo anterior se desprende que la invocación por el Estado de la existencia de un recurso interno no agotado debe no sólo ser oportuna, sino también clara, identificando el recurso en cuestión y también cómo el mismo, en el caso, sería adecuado y efectivo para proteger a las personas en la situación que se hubiere denunciado”.

Deste modo, é de incumbência jurídica do Estado requerido a comprovação, diáfana e objetiva, da existência de recursos jurídicos *adequados e eficazes* aptos a solverem a demanda ainda em uma fase interna, desde uma perspectiva material de acesso à justiça. Assim sendo, não basta a mera alegação estatal de que haveria no plano jurídico-formal interno possibilidades recursais ao demandante, se tais meios jurídicos não forem adequados e eficazes para a resolução do conflito. O *onus probandi* deverá recair inelutavelmente sobre o Estado requerido.

A situação de discriminação estrutural<sup>20</sup>, generalizada e histórica da comunidade dos haitianos e descendentes de haitianos na República Dominicana foi acerbamente constatada pela Corte, inclusive em termos de exclusão aos serviços básicos de saúde, educação e transporte público. *In Verbis*:

“Este Tribunal ha constatado anteriormente que las primeras grandes migraciones de haitianos hacia la República Dominicana ocurrieron durante el primer tercio del siglo XX, cuando alrededor de 100 mil personas se trasladaron a los campos azucareros dominicanos, que estuvieron en un primer momento bajo el control de empresas privadas y después, en su mayoría, pasaron al control del Consejo Estatal del Azúcar.(...) Los braceros haitianos que llegaban a República Dominicana y todos los familiares que los acompañaban se alojaban en barracones, en asentamientos llamados “bateyes”.

Este Tribunal ha constatado, teniendo en cuenta documentos emitidos en 1996, 2001 y 2002, que los servicios públicos básicos en los bateyes han sido escasos, y las carreteras han estado en malas condiciones, lo cual durante la temporada lluviosa puede llegar a impedir por varios días la comunicación entre los bateyes y las ciudades<sup>116</sup>. En el mismo sentido, considerando información entre los años 1986 y 2000, se ha señalado que los índices de pobreza y de pobreza extrema son mucho más altos en los bateyes que el promedio nacional de República Dominicana”.

Malgrado a existência de um fluxo migratório haitiano desde o início do século XX, a condição jurídica migratória desta população e de seus descendentes foi objeto de admoestação e anátema pela Corte Interamericana, máxime em relação à obtenção de documentos e registro de nascimento, assim como da existência de práticas sistemáticas de expulsões coletivas.

Não custa advertir que, no que tange este último aspecto, a Corte Europeia de Direitos Humanos (Estrasburgo) já havia proscrito peremptoriamente a prática estatal de expulsões coletivas, garantindo ao solicitante de refúgio uma análise individualizada concreta da sua situação, além de abonar o acesso às instâncias administrativas do Estado de destino para fins de formalização do requerimento –

---

<sup>20</sup> Na Constituição brasileira de 1988, a discriminação é terminantemente proibida, máxime nos arts. 3º, I e IV; 5º, *caput*, I, XLII, que constituem o bloco de constitucionalidade para aferição das leis e demais atos do poder público.

*refugee seeker* (CLARO, 2010. p. 165). Consoante o *decisum* da Corte Interamericana, *ad litteram*:

“De acuerdo a lo expuesto, la Corte advierte que para la época de los hechos del presente caso existía en República Dominicana una situación en que las personas haitianas y las nacidas en territorio dominicano de ascendencia haitiana, que comúnmente se encontraban en situación indocumentada y de pobreza, sufrían con frecuencia tratos peyorativos o discriminatorios, inclusive por parte de autoridades, lo que agravaba su situación de vulnerabilidad. La misma se vincula también con la dificultad de quienes integran la población haitiana o de ascendencia haitiana para obtener documentos personales relativos a su identificación. La Corte advierte asimismo la existencia en República Dominicana, al menos en la época de los hechos del presente caso, durante un período cercano a una década a partir de 1990, de un patrón sistemático de expulsiones, inclusive mediante actos colectivos o procedimientos que no implicaban un análisis individualizado, de haitianos y personas de ascendencia haitiana, que obedece a una concepción discriminatória”.

Analicamente, trata-se de uma decisão apodítica em prol da tutela efetiva dos *standards* mínimos dos direitos dos migrantes na esfera do direito internacional público, designadamente no direito do migrante de regularização documental, de acesso aos serviços públicos essenciais, como saúde e transporte, o direito a um devido processo legal e singularizado concernente aos procedimentos de expulsão e extradição, assim como a proteção integral do núcleo familiar do migrante. Com efeito, trata-se de um autêntico *leading case* que deverá servir como parâmetro para a formulação legislativa e de políticas públicas de todos os 25 países signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).

Nesta senda, a Convenção Americana de Direitos Humanos alberga em seus arts. 20 e 22 o direito humano à nacionalidade, à livre circulação e residência consoante os marcos legais, bem como preceitua que o estrangeiro legalmente fixado no território de um Estado Parte da Convenção só poderá dele ser expulso em cumprimento de decisão adotada de acordo com a lei.

Ademais, toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios

internacionais (art. 22, item 6 e 7). *Ad conclusum*, em nenhum caso o estrangeiro poderá ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas, bem como restou terminantemente proibida a expulsão coletiva de estrangeiros, à míngua de um procedimento individualizador (art. 22, item 9).

#### 4 NOTAS CONCLUSIVAS

O fenômeno recente dos processos migratórios massivos está cada vez mais impactando de forma ingente e inaudita os países que conformam o sistema interamericano de direitos humanos, cujas razões são econômicas, políticas e, inclusive, climáticas.

Neste cenário complexo e heterogêneo, sob pena de incúria científica, à guisa de exemplo, os designados *refugiados ambientais* devem *pari passu* estar no centro das atenções acadêmicas e políticas, como parte integrante da solução a ser elaborada desde uma concertação supranacional e transfronteiriça, sobretudo em razão da estrutura aberta e multinível adotada pelo constitucionalismo pátrio. Ademais, deve-se reafirmar que o Brasil tem sido bastante atuante quando se observa o fluxo migratório que perfez o chamado êxodo brasileiro nos últimos anos, notadamente no ano em curso.

Por outro lado, no Brasil, a crise dos imigrantes haitianos de 2012<sup>21</sup> e de venezuelanos de 2019<sup>22</sup> alteraram radicalmente a dinâmica política interna para solver a questão em termos de acolhimento social e impacto econômico. A solidariedade, neste campo, está sendo reconfigurada no Direito para se tornar um conceito jurídico-normativo autônomo no Direito Internacional Público (KARAGEORGIU; NOLL, 2022), maximizando deveras o princípio do *non-*

---

<sup>21</sup> De 2010 a 2017, cerca de 93 mil haitianos entraram no território brasileiro. <https://jornal.usp.br/ciencias/mesmo-com-cenario-desfavoravel-imigrantes-haitianos-seguem-buscando-o-brasil-por-que/> Acesso em 28.09.2022

<sup>22</sup> Em 2019, o CONARE reconheceu a situação de grave e generalizada violação a direitos humanos na Venezuela, tornando o procedimento de reconhecimento de condição de refugiado mais célere e simplificado, sem a necessidade de entrevista. <https://www.acnur.org/portugues/2020/08/28/brasil-reconhece-mais-77-mil-venezuelanos-como-refugiados/> Acesso aos 28.09.2022

*refoulement* que constitui norma imperativa de direito internacional geral<sup>23</sup> e que veda a deportação do migrante que solicita refúgio no Estado de destino.

A *fortiori*, o sistema nacional protetivo dos direitos humanos, como no Brasil *ad exemplum*, atua em consonância e de modo complementar à arquitetura forjada no nível regional interamericano de direitos humanos. Destarte, estabelece-se um sistema multinível de tutela integral dos direitos humanos, porquanto o direito internacional e o direito constitucional passam a interagir com o intuito de resguardar um mesmo valor, a primazia da pessoa humana, estabelecendo mecanismos complementares de proteção, desdobrados em múltiplas camadas protetivas (PIOVESAN; CRUZ, 2021. p. 5).

Na prática política e jurisdicional, tal sistema multinível de proteção aos direitos humanos do migrante ainda requer maior concretização e desenvolvimento, sobretudo no alusivo à formação de políticas públicas intergovernamentais e a construção de um diálogo institucional permanente entre as instâncias governamentais e jurisdicionais responsáveis pela observância dos *standards* internacionais e dos preceptivos constitucionais de tutela do estrangeiro.

## REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CANOTILHO, Mariana. A Vulnerabilidade como Conceito Constitucional: Um Elemento para a Construção de um Constitucionalismo do Comum, in: *OÑATI SOCIO-LEGAL SERIES*, Volume 12, ISSUE 1 (2022), 138–163.

CARVALHO RAMOS, André de. *Direito Internacional dos Refugiados*. São Paulo: Expressa, 2021.

---

<sup>23</sup> É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. (Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, art. 53).

CLARO, Carolina de Abreu Batista. O Caso *Hirsi Jamaa e outros vs. Itália* e a Responsabilidade Estatal no Tratamento de Estrangeiros, in: *Revista de Estudos Internacionais (REI)*, vol. 1 (2), 2010.

JUBILUT, Liliansa Lyra. *O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

KARAGEORGIU, Eleni; NOLL, Gregor. What Is Wrong with Solidarity in EU Asylum and Migration Law? In: *Jus Cogens* 4, 131-154 (2022).

MENDES, Aylle de Almeida; BRASIL, Deilton Ribeiro. A Nova Lei de Migração Brasileira e sua Regulamentação da Concessão de Vistos aos Migrantes, in: *Revista Sequência* (Florianópolis), n. 84, abr. 2020. pp. 64-88.

PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia Cunha. *Curso de Direitos Humanos: Sistema Interamericano*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PIOVESAN; Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários sobre a Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RESEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

## 14. DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PARTICULARES: ALEMANHA E BRASIL

### FUNDAMENTAL RIGHTS BETWEEN INDIVIDUALS: GERMANY AND BRAZIL



<https://doi.org/10.36592/9786554601153-14>

*José Roberto Della Tonia Trautwein*<sup>1</sup>

### 1 INTRODUÇÃO

Paulo Ricardo Schier (2007, p. 219) assevera que a Constituição adveio com o início da modernidade, com a finalidade de combater o uso abusivo do poder estatal, <<em vista da necessidade de tutela e proteção de um certo núcleo de direitos fundamentais>>.

Tal observação denota que a importância dada aos direitos fundamentais, iniciou-se com o Estado de Direito liberal, como expediente necessário para limitar a atuação estatal nas relações entre particulares. Nessa ocasião, em decorrência do pensamento burguês, os direitos fundamentais não eram aplicáveis nas relações entre os particulares. Prevalencia o entendimento de que os indivíduos eram livres e se encontravam em condições de igualdade para contratarem com quem quisessem e o que quisessem. Ou seja, inexistia qualquer noção acerca da existência de vulnerabilidades e desigualdades entre os contratantes.

A constatação de que a liberdade e a igualdade estabelecidas nesse período acabaram acarretando desigualdades, pelo fato de existirem partes mais fracas e, portanto, vulneráveis, resultaram na necessidade de o Estado passar a intervir nas relações entre particulares, a fim de se assegurar a efetiva igualdade entre as partes. Assim é que surge o Estado de Direito social, sobretudo com as Constituições de Weimar de 1919, do México de 1917 e do Brasil de 1934. Porém, foi com o término das Grandes Guerras que se tem o início da discussão acerca da incidência ou não

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (Unibrasil), Curitiba, Brasil. Graduado em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Advogado.

E-mail: [joseroberto@dotti.adv.br](mailto:joseroberto@dotti.adv.br). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8203-7119>.

dos direitos fundamentais nas relações particulares, especialmente com o advento da Lei Fundamental Alemã de 1949. O questionamento ainda se acentuou com a Constituição Federal de 1988, que passa a dar forte ênfase aos direitos fundamentais, a partir da instituição do princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República.

Nesse contexto é que se tem indagações acerca da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, assim como se essa aplicabilidade estaria condicionada ou não à existência de uma lei. Daí a necessidade de se demonstrar quais as teorias são adotadas predominantemente na Alemanha e no Brasil acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

A pesquisa é feita com base nos posicionamentos da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, atenta à realidade econômica, social e aos preceitos da Constituição da República de 1988. Adotou-se o método dedutivo de pesquisa, cujo plano de trabalho é dividido nos seguintes pontos: (a) os direitos fundamentais no Estado de Direito liberal; (b) o Estado de Direito social e a intervenção estatal; (c) a discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares; (d) a Lei Fundamental Alemã e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares; (e) A Constituição Federal de 1988 e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

## **2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DE DIREITO LIBERAL**

O Estado de Direito liberal, iniciado no continente europeu a partir do século XVII e que resultou no advento da Revolução Francesa de 1789, caracterizou-se pela separação entre a política e a economia, bem como entre o Estado e a moral e o Estado e a sociedade civil (NOVAIS, 1987, p. 51-52).

A pessoa passa a ser vista de forma isolada no âmbito social e político, sendo que <<a Sociedade e o Estado eram considerados dois mundos separados e estanques, cada um governado por uma lógica de interesses própria>> (ANDRADE, 2010, p. 242).

Daniel Sarmiento (2016, p. 36-37) adverte que uma das modificações mais significativas ocorridas nesse período, consistiu na universalização dos direitos e



deveres humanos, em decorrência não só do iluminismo, como também dos interesses da classe burguesa <<na universalização das normas e direitos, necessária tanto à cristalização institucional do seu papel de protagonismo na vida social-política, quanto à garantia de segurança nas relações econômicas.>>

Tem-se, ainda, a dicotomia entre o Direito público e o privado, no qual se vislumbrava a possibilidade de o Estado interferir em questões estatais, assim compreendidas as suas relações com os particulares. Caracterizado pelo viés individualista, os direitos fundamentais no Estado de Direito liberal eram dotados de cunho negativo, voltado a assegurar um dever de não interferência ou abstenção estatal. Busca-se, portanto, a relevância aos direitos à vida, liberdade, propriedade e igualdade perante à lei (SARLET, 2015, p. 46-47).

Além disso, entendia-se que a Constituição não possuía uma eficácia vinculante em relação ao legislador do Direito privado. Ao Judiciário era vedado analisar a legislação sob o enfoque da compatibilidade com a Constituição (HESSE, 1995, p. 35-37).

Paulo Ricardo Schier (2009) assevera que as Constituições desse período <<organizam-se, basicamente, sob uma regulação formal, preocupada em estabelecer limites ao poder e definir regras de reconhecimento do sistema (regras primárias)>>. Assim é que se tem, de forma exemplificativa, como principais características, a adoção da teoria do Direito positivista, com a maior participação da lei e do legislador em relação à Constituição e ao juiz, a separação entre direito e moral, maior presença das regras e, conseqüentemente, da subsunção, em relação aos princípios e à ponderação. (SCHIER, 2009).

Não obstante à incidência nas relações entre Estado e particular, os direitos fundamentais não eram aplicáveis nas questões envolvendo particulares (ANDRADE, 2010, p. 242). Tal compreensão se fundamentava na preocupação com a destruição da autonomia privada, que deveria reger essas relações, bem como na <<perda de identidade do Direito Privado; (iii) na hipertrofia do poder dos juízes em detrimento do legislador>> (PINHEIRO, 2009, p. 56).

Nesse momento é que se tem o surgimento das Codificações, das quais merecem destaque o Código Civil francês de 1804 e o alemão de 1900, que passaram a ser vistos como a Constituição das relações privadas, baseada por regras

imutáveis, oriundas da razão (SARMENTO, 2003, p. 283). Daí o entendimento de Konrad Hesse (1995, p. 35) de que a Constituição não possuía vínculos materiais com o Direito privado, assim como pela noção de que o século XIX foi caracterizado pelo desenvolvimento do Direito privado, a ponto de se poder falar da existência de um Direito privado liberal em um Estado não liberal, na medida em que disciplinava as relações entre particulares do ponto de vista da liberdade individual, sem se preocupar com as relações políticas e as Constituições (HESSE, 2003, p. 33 e 38).

Logo, evidencia-se que o Direito privado passa a se basear na liberdade dos indivíduos e na autonomia privada. Consequentemente os direitos fundamentais não incidiam nas relações entre particulares, devendo ser aplicáveis apenas nas relações entre o Estado e o particular.

### **3 O ESTADO DE DIREITO SOCIAL DE DIREITO E A INTERVENÇÃO ESTATAL**

O surgimento do processo de industrialização, assim como as dificuldades econômicas e sociais dele resultantes, o socialismo e a verificação de que a liberdade e igualdade formais não seriam hábeis para o seu pleno exercício resultaram na constatação de que o Estado deveria atuar ativamente para a efetivação da justiça social (SARLET, 2015, p. 47). É nesse momento que se tem, exemplificativamente, questionamentos acerca da excessiva quantidade de horas trabalhadas pelos empregados, reajuste de salários e a concentração de capitais em grandes empresas, donde se conclui serem os empregados a parte mais fraca e, portanto, vulnerável nas relações com os empregadores.

A necessidade de tutela dos trabalhadores e demais indivíduos vulneráveis fez com que se tornasse necessária a atuação estatal para assegurar a igualdade material (e não formal) nas relações jurídicas, de modo que uma determinada pessoa passasse a ser analisada conforme suas condições, <<merecendo uma proteção (diferente) necessária e adequada à sua (igual) dignidade de pessoas>> (ANDRADE, 2012, p. 131), até mesmo porque as pessoas jurídicas de Direito privado começaram a desempenhar funções de interesse da sociedade. Daí a conclusão de que o risco dos direitos fundamentais não decorreria apenas da atuação estatal (ANDRADE, 2010, p. 243).

O Estado deixa de ser liberal e se torna social, mediante a afirmação dos direitos sociais, que passam a ser inseridos nas Constituições e consistem em <<prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos>> (SILVA, 2009, p. 183-184), ou seja, aos mais vulneráveis.

Robert Alexy (2015, p. 442), por sua vez, adverte que esse direito a prestações estaria vinculado à noção de um <<direito a algo que o titular do direito poderia obter de outras pessoas privadas se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse no mercado uma oferta também suficiente>>. Na sequência afirma que tal direito não pode ser visto apenas sob esse viés fático, devendo ser compreendido também como direito a prestações normativas, tais como a tutela pelas normas de direito penal ou a instituição de normas de organização e procedimento. Logo, é com o Estado Social que se tem o incremento na prestação dos serviços, no sentido de que a atuação do ente público deve ser feita não apenas como um limite, mas também como um fim. (SCHIER, 2009, p. 4).

O Estado de Direito social também resultou em significativas alterações na relação entre o Direito Constitucional e o Direito privado na Alemanha, sobretudo na segunda parte da Constituição de Weimar de 1919, em questões atinentes aos direitos e obrigações fundamentais. Manteve-se a tutela da propriedade e surgiram as proteções ao matrimônio, família e a igualdade jurídica entre os filhos não advindos do casamento. Também foram previstas a liberdade contratual nas relações econômicas nos termos das Leis Civis, instituído o direito à herança e estendida à liberdade de expressão às relações trabalhistas e de emprego público. Tais preceitos, porém, não foram dotados de caráter vinculante, sendo vistos como princípios programáticos, sem caracterizarem direitos subjetivos, a serem considerados por ocasião de eventual produção legislativa. (HESSE, 2003, p. 47 a 49).

O Brasil, influenciado pela Constituição de Weimar de 1919, adotou o Estado social na Constituição de 1934. Nela se tem a preocupação com a subsistência (art. 113) e se estabeleceu que a propriedade deveria ser exercida em observância ao interesse social ou coletivo, de acordo com as limitações previstas em lei (art. 113, 17).

A inserção da dignidade da pessoa humana nas Constituições econômicas do Brasil também se iniciou com a Constituição de 1934, cujo art. 115 previa que <<A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica>> (BERCOVICI, 2007, p. 459). Também se verifica na Constituição de 1934, como elementos caracterizadores da adoção do Estado social, a preocupação com as condições de trabalho dos empregados, proibindo-se a discriminação salarial em virtude de sexo, idade, nacionalidade ou estado civil. Da mesma forma foram criados o salário mínimo, bem como as oito horas de trabalho diárias. Foi ainda instituída a Justiça do Trabalho, a ação popular e a assistência judiciária gratuita (SPENGLER, 2013, p. 137).

Assim, a intervenção estatal destinada à proteção dos indivíduos tidos como mais fracos e vulneráveis nas relações aponta uma significativa modificação nos direitos fundamentais, que passam a ser vistos por uma dimensão objetiva, no sentido de incumbir ao ente público respeitá-lo e compelir com que outros também os respeitem (ANDRADE, 2010, p. 243).

#### **4 A DISCUSSÃO SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES**

O término da Segunda Guerra Mundial resultou no advento da Lei Fundamental Alemã em 1949, bem como no neoconstitucionalismo, caracterizado como um Estado Constitucional baseado numa Constituição material, que busca, dentre outros pontos, aproximar o direito da moral; dar maior ênfase à Constituição em relação à Lei; maior incidência dos princípios do que regras; mais ponderação do que subsunção; maior atuação do Poder Judiciário em relação ao Poder Legislativo, estando o <<eixo teórico fundado na teoria da argumentação sob perspectiva pós-positivista>> (SCHIER, 2009).

O neoconstitucionalismo notabilizou-se ainda pela compreensão de que a Constituição se encontra no ápice do ordenamento jurídico e no reconhecimento da força normativa dos princípios, o que resultou no início da discussão acerca da

aplicabilidade dos direitos fundamentais sobre os ramos do Direito, especialmente o privado (SARLET, 2014, p. 58).

A Lei Fundamental da Alemanha estabelece a primazia da Constituição e dispõe que todos os direitos fundamentais são aplicáveis de forma imediata. Nela se tem a instituição da jurisdição constitucional, que passa a deter competência para, em princípio, analisar e controlar a compatibilidade dos atos estatais com a Lei Fundamental. No tocante aos direitos fundamentais contempla os clássicos, protegendo os relevantes fundamentos do Direito privado, tais como a família, propriedade e a liberdade contratual (HESSE, 2003, p. 54-55).

O julgamento do caso Lüth pelo Tribunal Constitucional Alemão é um dos exemplos da discussão da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Nesse caso concreto, Lüth requereu aos proprietários e usuários das salas de cinema que boicotassem um filme pelo fato de que seu diretor <<rodara um filme antissemita durante o período do nacional-socialismo>> (CANARIS, 2010, p. 208). O Tribunal Constitucional Alemão modificou decisão anterior, que reconheceu que Lüth teria praticado ato ilícito ofensivo aos bons costumes, dizendo que aludido entendimento teria infringido o direito de liberdade de opinião previsto no art. 5º, I, da Lei Fundamental. Claus-Wilhelm Canaris (2010, p. 208-209), argumenta que a Corte Alemã, com base nessa decisão, <<cunhou a expressão, entretantes também célebre, do efeito de irradiação dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado>>.

O Tribunal Constitucional Alemão ainda analisou questão relacionada ao conflito entre o direito de personalidade e a liberdade artística no caso Mephisto, no qual um dos filhos adotivos do ator e diretor de teatro Gustaf Grondgen pediu fosse judicialmente proibida a publicação do romance Mephisto, sob a alegação de que a obra acabaria por denegrir a imagem e a memória de Grondgen (MENDES, 2001). O Tribunal estadual de Hamburgo rejeitou o pedido, tendo o romance sido publicado. Na sequência, o Tribunal Superior de Hamburgo proibiu sua publicação, tendo o Tribunal Constitucional Alemão indeferido pedido de revisão <<sob a alegação de que o direito de liberdade artística encontra limite imanente (imanente Begrenzung) no direito de personalidade assegurado constitucionalmente>> (MENDES, 2001).

A incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas é disciplinada pelas seguintes teorias:

a) Negação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: contemplada pelo Estado de Direito liberal, admite a incidência dos direitos fundamentais apenas nas relações entre o Estado e particular.

Juan María Bilbao Ubillos (2010, p. 263) assevera que, como o Estado de Direito liberal se encontrava à serviço dos burgueses, as liberdades deveriam ser tuteladas em relação à atuação estatal, que acabou se transformando na principal ameaça às liberdades. Adotada nos Estados Unidos da América sob a denominação de *state action*, aludida teoria se justifica não só na necessidade de defesa da autonomia privada, como também no pacto federativo, que acaba impedindo os Tribunais Federais de adentrarem na autonomia dos Estados sob o argumento de que estariam aplicando a Constituição nas relações entre particulares.

A teoria do *state action*, todavia, acabou sendo alterada no transcorrer do século XX, para permitir a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações envolvendo particulares autorizados pelo Estado para o desempenho de funções estatais (PINHEIRO, 2009, p.56).

b) Teoria monista: defende a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, por se tratarem de normas de valor que incidem sobre toda a ordem jurídica, dispensando a atuação mediadora do Poder Público (PINHEIRO, 2009, p. 61).

Pietro Perlingieri (2008, p. 589-590) assevera que a norma prevista na Constituição pode, independentemente da existência da lei, <<ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil>>, por se estar diante de um ordenamento jurídico único. Além disso, defende que a norma constitucional deixa de ser vista apenas como regra hermenêutica e se torna, também, norma de comportamento hábil a ser aplicada sobre todas as relações jurídicas, inclusive nas firmadas entre particulares.

A dignidade da pessoa humana passa a ser caracterizada como elemento para o livre desenvolvimento do indivíduo, que deve ser solidário. Dentre os pontos relevantes para a incidência dessa teoria, tem-se o fato de que os direitos fundamentais consistem em direitos subjetivos dos indivíduos tidos como vulneráveis nas relações firmadas com pessoas físicas ou jurídicas dotadas de certa superioridade, a ponto de poderem ser tidas como ente público. Nas relações

paritárias, os direitos fundamentais igualmente são aplicáveis como valores comunitários e não apenas como regras de interpretação (ANDRADE, 2010, p. 246).

c) Teoria dualista: sustenta a aplicabilidade indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, em decorrência da necessidade de atuação legislativa (ANDRADE, 2010, p. 245), que deve ser baseada nos fundamentos do Direito privado, dentre os quais a autonomia privada.

Daniel Sarmiento e Fábio Rodrigues Gomes (2016, p. 65 a 68) advertem que, de acordo com o precursor dessa teoria no Direito alemão, Günter Dürig, a tutela da autonomia privada estatuída na Constituição permitiria que as pessoas renunciassem aos direitos fundamentais nas relações privadas. Ao Poder Legislativo incumbiria a função de estabelecer as condições em que ocorreria a <<cedência recíproca entre cada um dos bens jurídicos confrontes>>, assegurando a segurança jurídica e a separação entre os poderes. Ao Poder Judiciário incumbiria completar as cláusulas indeterminadas instituídas pelo Poder Legislativo, com base nos direitos fundamentais, assim como o dever de não aceitar <<por inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis com tais direitos>>.

Em razão disso, denota-se que a Constituição acaba por não instituir direitos subjetivos aos particulares, <<mas apenas objetivos, cuja irradiação impregna as leis civis por valores constitucionais>> (KONDER, 2016, p. 52).

Daí é que os adeptos dessa teoria vêm sustentando que a incidência direta fulminaria a autonomia privada e iria desconfigurar o Direito privado, estabelecendo um poder exacerbado ao Poder Judiciário, em virtude da indeterminação das normas constitucionais (SARMENTO & GOMES, 2011, p. 67-68).

d) Teoria de proteção estatal dos direitos fundamentais: estabelece incumbir ao Estado a obrigação de tutelar as normas de direitos fundamentais quando se estiver diante de violações praticadas pelo Estado e por particulares. Tal proteção é realizada pelo Estado, em regra, de forma mediata, ante à atuação do Poder Legislativo e do Poder Judiciário (SARLET, 2005, p. 216).

José Carlos Vieira de Andrade (2010, p. 248), por sua vez, assevera que a teoria dos deveres de proteção, acaba por estender a incidência dos direitos fundamentais, não se limitando, todavia, à complementar as cláusulas gerais, <<impondo aos poderes públicos (ao legislador, à Administração e ao juiz) a obrigação de velarem

efectivamente por que não existam ofensas aos direitos fundamentais por parte de entidades privadas>>.

Dentre as vantagens apontadas pelos seguidores dessa teoria, tem-se o reconhecimento de que, por estar construída de acordo com as bases do Direito privado, os deveres de proteção <<não podem ser determinados previamente e em abstrato, de forma genérica, carecendo de concretização de acordo com seu respectivo conteúdo e apenas nessa medida gerando direitos subjetivos>> (SARLET, 2005, p. 216 e 217)

e) A teoria integradora de Robert Alexy: seu idealizador a construiu em três níveis, argumentando inicialmente a impossibilidade de discussão do tema de forma a entender como correta apenas umas das teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais. <<Somente um modelo que abarque todos os aspectos pode oferecer uma solução completa e, nesse sentido, adequada>> (ALEXY, 2015, p. 533).

O primeiro nível seria o do dever estatal e nele estaria compreendido a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais, que obriga o Estado a considerá-los na elaboração de leis ou de decisões judiciais, já que as normas de direitos fundamentais são princípios objetivos aplicáveis em todo o ordenamento jurídico. O segundo nível, por sua vez, contempla <<os direitos em face do Estado, que sejam relevantes do ponto de vista dos efeitos perante terceiros>> (ALEXY, 2015, p. 534). Aqui se verifica a presença da teoria dos deveres de proteção, da qual se denota a obrigação do Poder Judiciário em considerar os direitos fundamentais na solução de um litígio entre particulares, sob pena de violação de um direito fundamental desse indivíduo em face do Estado (PINHEIRO, 2009, p. 78). Já o terceiro nível é formado pela eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Wilson Steinmetz e Cristhian Magnus De Marco (2014, p. 515), afirmam que, para Robert Alexy, a eficácia imediata <<consiste em que, por razões jusfundamentais, na relação cidadão/cidadão existem determinados direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades, competências e não-competências que, sem essas razões, não existiriam>>. Ao final, Robert Alexy (2015, p. 539) assevera que <<Se se define o conceito de efeitos diretos dessa forma, então, efeitos diretos decorrem tanto da teoria dos efeitos indiretos quanto pela teoria dos efeitos mediados pelo Estado>>.



## 5 A LEI FUNDAMENTAL ALEMÃ E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

O art. 1º, § 3º, da Lei Fundamental Alemã estabelece que <<Os direitos fundamentais seguintes vinculam o Poder Legislativo, Executivo e Judicial como direito diretamente aplicável>> (ERICHSEN, 2014, p. 21). Disso se extrai a ligação dos direitos fundamentais com o Estado e a ausência de vinculação dos particulares. (ERICHSEN, 2014, p. 21).

A esse respeito, o Tribunal Constitucional Alemão concluiu pela impossibilidade da aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, ocasião em que ressaltou não ser possível aos direitos fundamentais dirimirem as questões litigiosas envolvendo o Direito privado. Incumbe ao <<legislador a tarefa de realizar ou concretizar os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas>> (MENDES, 2014, p. 42).

Dois casos indicativos desse entendimento foram apresentados por Gilmar Ferreira Mendes (2014, p. 43 e 44). No primeiro deles, uma editora de grande porte, denominada Springer, noticiou aos vendedores de jornais que suspenderia o fornecimento de jornais e revistas se eles mantivessem a comercialização do jornal *Blinkfuer*, que continuou a veiculação das rádios da República Democrática Alemã logo em seguida a edificação do muro de Berlim, no ano de 1961. O Tribunal Constitucional Alemão entendeu que a editora Springer <<não poderia valer-se de sua superioridade econômica para fazer prevalecer sua opinião. As opiniões contrapostas deverias concorrer em pé de igualdade, com recursos de caráter exclusivamente intelectual>>.

O segundo foi conhecido como caso Wallraff. Por ocasião de seu julgamento, o Tribunal Constitucional Alemão acolheu pedido formulado por empresa jornalística para impedir que um determinado repórter, que conseguiu emprego por meio de identidade falsa, pudesse publicar um livro cujo material teria sido obtido em decorrência do vínculo trabalhista. De acordo com o entendimento da Corte, <<entre as funções de uma imprensa livre pertence a relação de confiança do trabalho de redação>>, razão pela qual não se pode admitir a publicação de livro cujo material teria sido auferido mediante ardil.

Konrad Hesse (1995, p. 61) sustenta que nas hipóteses de conflito incumbirá ao Direito Civil decidir acerca da maneira com que os direitos fundamentais serão aplicáveis, já que ele deve ser visto como espaço adequado para a preservação e garantia da personalidade dos indivíduos, visando sua autodeterminação e responsabilidade próprias (HESSE, 1995, p. 74).

O Poder Legislativo torna-se responsável em modificar o significado dos direitos fundamentais, a fim de que possam obrigar aos particulares, em atenção à autonomia privada, assim compreendida como a possibilidade da pessoa contrair livremente obrigações. Ao Juiz cível, por sua vez, incumbe atuar em sua área de especialidade, livrando-se de uma ampla aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, que poderiam, em última análise, resultar em ponderações jurídico e constitucionais. (HESSE, 1995, p. 63 a 65).

Evidencia-se, assim, que o Direito Alemão, aplica a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, no sentido de determinar sejam eles considerados pelo Poder Legislativo, por ocasião da elaboração das leis, atento às peculiaridades do Direito Privado, sobretudo à autonomia privada.

## **6 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES**

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 1º que a República tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Em seu art. 3º preconiza que os objetivos fundamentais consistem na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, com a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Além disso, dá significativa importância aos direitos fundamentais. Essa importância é tão expressiva que Paulo Ricardo Schier (2007, p. 222) assevera que a Constituição Federal de 1988 deve ser analisada com base nos direitos fundamentais.

Um dos efeitos decorrentes da Constituição da República reside no reconhecimento de sua força normativa, que se tornou <<fonte de direitos e obrigações, independentemente da intermediação do legislador>> (BARROSO, <<s.f.>>, p. 5 e 9), dotada de efeitos irradiantes sobre todos os ramos do ordenamento jurídico, acarretando a constitucionalização do Direito (BARROSO, <<s.f.>>, p. 5 e 9). Daí é que se extrai incidência da Constituição no Direito privado, especialmente dos direitos fundamentais, os quais, nos termos do § 1º, do art. 5º, devem ter aplicação imediata. Todavia, como bem ressalta Ingo Wolfgang Sarlet (2014, p. 28), a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas deve ser *prima facie*, no sentido de que:

em princípio, podem e devem ser extraídos efeitos diretamente das normas de direitos fundamentais também em relação aos atores privados, não resultando obstaculizada pela falta ou insuficiência de regulação legal. Que somente as circunstâncias de cada caso concreto, as peculiaridades de cada direito fundamental e do seu âmbito de proteção, as disposições legais vigentes e a observância dos métodos de interpretação e solução de conflitos entre direitos fundamentais (como é o caso da proporcionalidade adequada e da concordância prática) podem assegurar uma solução constitucionalmente adequada, resulta evidente e não está em contradição com a concepção aqui sustentada e, ainda, que com alguma variação, majoritariamente defendida e praticada no Brasil.

Rosalice Fidalgo Pinheiro (2009, p. 84) traz como parâmetro para a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares o critério adotado por Marcos Maliska, que diz que os direitos fundamentais só se impõem aos particulares quando houver desigualdade entre as partes, ou seja, uma delas for vulnerável, a matéria envolver ordem pública ou atividade privada que dependa de autorização estatal. Por fim, nas relações entre iguais denota-se a prevalência da autonomia privada.

Nesse cenário, faz-se necessária maior incidência dos direitos fundamentais à medida em que for acentuada a desigualdade fática e a vulnerabilidade entre as partes, com a consequente diminuição da autonomia privada. (PIMENTA & BARROS, 2008, p. 123).

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do recurso extraordinário nº 161.243 – Distrito Federal, de relatoria do ministro Carlos Velloso, realizado em 29/10/1996, concluiu não ser possível aplicar o Estatuto Pessoal da empresa estrangeira empregadora, atuante no Brasil, pelo simples fato de seu funcionário ser brasileiro:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido. (Joseph Halfin v. Compagnie Nationale Air France).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do agravo regimental no recurso extraordinário com agravo nº 1.008.625 – São Paulo, de relatoria do Ministro Luiz Fux, realizado em 17/03/2017, posicionou-se no sentido de ser mantida decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que reconheceu ser ilegítima a recusa de ingresso da empresa agravada no quadro de determinada associação civil, na medida em que os direitos fundamentais vinculam os particulares:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CIVIL. DIREITO DE ASSOCIAÇÃO. RECUSA. REQUISITOS ASSOCIATIVOS. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO CARREADO AOS AUTOS E DO ESTATUTO SOCIAL DA ASSOCIAÇÃO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 279 E 454 DO STF. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. AGRAVO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO NESTA SEDE RECURSAL. ARTIGO 85, § 11, DO CPC/2015. AGRAVO DESPROVIDO. (Aprofarma

Associação das Farmácias do Município de Jundiaí e região v. Airton Alves Rodrigues Ltda Epp).

Evidencia-se assim que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade direta e imediata *prima facie* no sistema jurídico brasileiro, especialmente na defesa dos vulneráveis.

## 7 CONCLUSÃO

Buscou-se, nesse estudo, demonstrar se a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas na Alemanha e no Brasil estão condicionados à prévia existência de lei ou se terão aplicabilidade imediata, dispensando-se à atuação legislativa.

A relevância do tema é acentuada, na medida em que os direitos fundamentais foram paulatinamente tendo seu campo de aplicabilidade ampliado, no sentido de não apenas incidirem nas relações entre o Estado e particular, mas também nas envolvendo pessoas privadas, a fim de que se atinja o princípio da dignidade da pessoa humana, sem contudo olvidar-se dos princípios fundamentais do Direito privado, sobretudo a autonomia privada, assim compreendida como a possibilidade de um indivíduo contrair direitos e obrigações, dentro de sua esfera de liberdade.

Nesse contexto apontou que o Direito alemão adota predominantemente a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais, razão pela qual a sua incidência nas relações particulares está condicionada à existência de lei. Logo, entende-se pelo predomínio da autonomia privada, admitindo-se que um determinado indivíduo renuncie a seu direito fundamental para a efetivação de um negócio jurídico. O Brasil, por sua vez, com base no §, 1º, do art. 5º, da Constituição da República, tem adotado a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Todavia, evidencia-se que essa eficácia imediata é *prima facie*, no sentido de que, independentemente da existência ou não de lei, o caso concreto, o direito fundamental em litígio, os métodos de interpretação é que trarão uma solução reputada como constitucionalmente adequada. Somente assim é que serão

atingidos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecidos no art. 1º, da Constituição Federal de 1988.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert (2015). Teoria dos direitos fundamentais; tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores.

ANDRADE, José Carlos Vieira de (2012). Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 5ª ed. Coimbra.

ANDRADE, José Carlos Vieira de (2010). Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª edição, revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 241-262.

BARROSO, Luís Roberto (<<s.f>>). O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em: [www.luisrobertobarroso.com.br](http://www.luisrobertobarroso.com.br). Acesso em: 02/08/2020.

BERCOVICI, Gilberto (jan-dez de 2007). Constituição econômica e dignidade da pessoa humana. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 102, jan-dez, p. 457-467. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp>. Acesso em: 03/08/2020.

CANARIS, Claus-Wilhelm (2010). A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª edição, revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 205-220.

ERICHSEN, Hans-Uwe (2014). A eficácia dos direitos fundamentais na Lei Fundamental Alemã no direito privado. In: GRUNDMANN, Stefan ... [et al.]. Direito privado, constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil, 2ª ed., rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 21-30.

HESSE, Konrad (1995). Derecho Constitucional y Derecho Privado; traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Editorial Civitas, S.A, 1995.

KONDER, Carlos (setembro e outubro de 2016). Direitos fundamentais e relações privadas: o exemplo da distinção por gênero nos planos de previdência complementar. Interesse Público, ano 18, nº 99, Belo Horizonte: Fórum, p. 47-66. Disponível em: [www.konder.adv.br](http://www.konder.adv.br). Acesso em: 27/07/2020.

MENDES, Gilmar Ferreira (2001). Colisão dos direitos fundamentais: liberdade de expressão e comunicação e direito à honra e à imagem. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/colisao-dos-direitos-fundamentais-liberdade-de-expressao-e-comunicacao-e-direito-a-honra-e-a-image/>. Acesso em: 24/07/2020.

MENDES, Gilmar Ferreira (2014). Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. In: GRUNDMANN, Stefan [et al.]. Direito privado, constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de juristas no Brasil. 2ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 31 a 56.

NOVAIS, Jorge Reis (1987). Contributo para uma teoria do Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito. Separata de Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987.

PERLINGIERI, Pietro (2008). O direito civil na legalidade constitucional; tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIMENTA, José Roberto Freire Pimenta & BARROS, Juliana Augusta Medeiros de (2º semestre de 2008). A eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses. Revista da Faculdade Mineira de Direito, vol. 11, nº 22, p. 123.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (2009). Contrato e direitos fundamentais. Curitiba: Juruá.

SARLET, Ingo Wolfgang (2015). A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang (2014). A influência dos direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira. In: GRUNDMANN, Stefan ... [et al.]. Direito privado, constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil, 2ª ed., rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 57-90.

SARLET, Ingo Wolfgang (julho – setembro de 2005). Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos direitos particulares aos direitos fundamentais. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, ano 4, nº 16, p. 193/259. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-16-2013-julho-setembro-de-2005>. Acesso em: 28/07/2020.

SARLET, Ingo Wolfgang (2010). Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª edição, revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13-36.

SARMENTO, Daniel (2003). A normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado. Revista da EMERJ, vol. 6, nº 23. Disponível em: [www.emerj.tjrj.jus.br](http://www.emerj.tjrj.jus.br). Acesso em 17/07/2020.

SARMENTO, Daniel (2016). Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum.

SARMENTO, Daniel & GOMES, Fábio Rodrigues (outubro e dezembro de 2011). A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 77, nº 4. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947, p. 60-101. Disponível em: [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br). Acesso em 27/07/2020.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo (2009). Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social). Tese (Doutorado). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 4. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/21460/Binder1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21/07/2020.

SCHIER, Paulo Ricardo (2009). Constitucionalização e 20 anos da Constituição: reflexão sobre a exigência de concurso público (entre isonomia e a segurança jurídica). Revista Direitos Fundamentais & Democracia, vol. 6, Disponível em: [www.revistaeletronicardfd.com.br](http://www.revistaeletronicardfd.com.br). Acesso em: 19/07/2020.

SCHIER, Paulo Ricardo (2007). Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In: SARMENTO, Daniel. Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris.

SILVA, José Afonso da (2009). Comentário Contextual à Constituição. 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores.

SPENGLER, Fabiana Marion (janeiro e junho de 2013). O direito de acesso à justiça como o mais básico dos direitos humanos no constitucionalismo brasileiro: aspectos históricos e teóricos. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, vol. 13, nº 13, p. 129-144. Disponível em: [www.revistaeletronicardfd.com.br](http://www.revistaeletronicardfd.com.br). Acesso em: 19/07/2020.

STEINMETZ, Wilson & MARCO, Cristhian Magnus de (junho de 2014). A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy. Revista da Ajuris, vol. 41, nº 134, p. 509 a 518. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/>. Acesso em: 28/07/2020.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao (2010). Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 263-294.



**JURISPRUDÊNCIA, NORMATIVA E OUTROS DOCUMENTOS LEGAIS**

Aprofarma Associação das Farmácias do Município de Jundiaí e Região v. Airton Alves Rodrigues e Cia Ltda (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo). Ag Reg no Recurso Extraordinário 1.008.625 São Paulo (1ª Turma, Supremo Tribunal Federal (Brasil), 17 de março de 1917. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 05/09/2022.

Joseph Halfin v. Compagnie Nationale Air France. (Recurso Extraordinário) RE nº 161.243-6 – Distrito Federal. (2ª Turma, Supremo Tribunal Federal (Brasil), 27 de outubro de 1996. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 05/09/2022.



## 15. DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL AOS DIREITOS DA NATUREZA NO BRASIL: PERSPECTIVAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE ECOLÓGICA

*FROM SUSTAINABLE DEVELOPMENT TO NATURE RIGHTS IN BRAZIL:  
PERSPECTIVES IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF ECOLOGICAL INTEGRITY*



<https://doi.org/10.36592/9786554601153-15>

*Luciana Barreira de Vasconcelos<sup>1</sup>*

*Gina Vidal Marcílio Pompeu<sup>2</sup>*

### Introdução

Com o advento da Revolução Industrial (séculos XVIII a XIX), o mundo passou a vivenciar um processo de crescente exploração e degradação da Natureza. A partir da década de 1970, cujo marco reside na Conferência de Estocolmo (1972), os alertas científicos acerca das consequências do desequilíbrio ecológico para a saúde e a qualidade de vida das pessoas inspiraram a construção da ideia do desenvolvimento sustentável, cujos pilares buscam equilibrar os eixos econômico, social e ambiental.

Apesar das conquistas alcançadas por meio da adoção desse modelo, as medidas até então adotadas não têm sido suficientes para conter o aprofundamento da crise ecológica, evidenciada pelas catástrofes ambientais e ameaças à sobrevivência das espécies, inclusive da humana. Diante disso, no intuito de construir alternativa capaz de reequilibrar a relação homem-natureza, despontam iniciativas

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Constitucional e Teoria Política pelo Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Universidade de Fortaleza (UNIFOR); mestra em Direito Constitucional e Teoria Política pela mesma instituição. Especialista em Direito Público Material pela Universidade Gama Filho (UGF). Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Procuradora autárquica da Superintendência Estadual do Meio Ambiente do Estado do Ceará (SEMACE). Fortaleza, Ceará, Brasil. lu-barreira@hotmail.com.

<sup>2</sup> Doutora em Direito Pela Universidade de Pernambuco (UFPE), com estágio Pós-Doutoral pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora de Direito Constitucional, de Direito Ambiental e de Estado, Constituição e Economia. Professora titular do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito Constitucional e Teoria Política da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Consultora Jurídica da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Fortaleza, Ceará, Brasil. ginapompeu@unifor.br.

jus filosóficas alinhadas a uma perspectiva de substituição do antropocentrismo típico da modernidade por uma abordagem ecocêntrica.

O giro ecocêntrico intenta devolver centralidade à Natureza, de maneira "reinsere" o ser humano como parte do ecossistema terrestre com o qual deve se harmonizar para que seja possível manter as condições naturais necessárias à vida no planeta. Como expressão da ética ecocêntrica, países da América Latina, como Equador e Bolívia, positivaram em seus ordenamentos jurídicos os Direitos da Natureza. Na mesma trilha, a jurisprudência da Colômbia já admitiu como sujeito de direitos o Rio Atrato, a Amazônia e o Parque Los Nevados.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabelece direitos individuais, sociais, econômicos, ecológicos e culturais, cuja progressiva promoção deve ocorrer de maneira integrada, consoante se depreende da conjugação de seus artigos 170, VI, 186 e 225. Este último prevê a garantia de proteção ambiental, ao reconhecer a essencialidade da qualidade do ambiente para o desfrute de uma vida digna, segura e saudável para as presentes e futuras gerações. O constituinte rechaçou, portanto, a concepção de meio ambiente como mera ferramenta destinada ao proveito econômico e geração de riquezas.

Não obstante, apesar dessa ampla e incisiva tutela constitucional, a degradação ambiental no país avança a passos largos, contexto em que se inserem o aumento dos incêndios no Pantanal e do desmatamento na Amazônia nos últimos anos (em especial entre 2019 e 2022). Diante dessa realidade, a perspectiva dos Direitos da Natureza emerge como alternativa jurídica à sua proteção em face da exploração econômica predatória.

Afigura-se pertinente, portanto, investigar se o reconhecimento da Natureza como sujeito de direitos encontra amparo na Constituição brasileira. Sob as balizas da referida questão de pesquisa, este artigo objetiva analisar a compatibilização do reconhecimento dos Direitos da Natureza com os preceitos constitucionais vigentes. A relevância do estudo consiste em fomentar a discussão acadêmica atinente à possibilidade de se elevar o *status* jurídico da Natureza, a qual passaria de objeto para sujeito de direitos, como forma de conferir maior efetividade à proteção constitucional ao meio ambiente.

A metodologia envolveu pesquisa descritiva interdisciplinar, com orientação epistemológica na teoria crítica, a congregar teoria e práxis na articulação do Direito Constitucional Ecológico e da Economia, com as técnicas de análise documental e de revisão bibliográfica em torno da análise acerca da compatibilização entre os ditames constitucionais e o reconhecimento da Natureza como sujeito de direitos no Brasil.

## 1. Direito Internacional Ambiental e desenvolvimento (in)sustentável

O surgimento do Direito Internacional Ambiental teve como marcos a Conferência de Estocolmo de 1972 e o relatório elaborado pelo Clube de Roma denominado "Limites do crescimento" (GRUSKI & SOUZA-LIMA, 2016)<sup>3</sup>, a partir dos quais lançaram-se as bases do modelo do desenvolvimento sustentável, que propõe ações destinadas a promover o equilíbrio dos eixos econômico, social e ambiental (ONU, 1972)<sup>4</sup>. Os compromissos pactuados pelos Estados na ocasião foram aprofundados na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 (ONU, 1992)<sup>5</sup> e na Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável de 2012 (ONU, 2012)<sup>6</sup>.

Em 2015, a Cúpula das Nações Unidas elaborou a Agenda 2030, no bojo da qual foi estabelecido o rol dos objetivos do desenvolvimento sustentável (ODS), cujo conteúdo alberga uma clara tentativa de compatibilizar crescimento econômico com as exigências de inclusão social e a proteção e recuperação do equilíbrio ambiental

---

<sup>3</sup> GRUSKI, Bruno César; SOUZA-LIMA, José Edmilson de. Ambientalização do direito e efetividade das políticas públicas ambientais. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, n. 21, p. 718-749, 2016.

<sup>4</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **United Nations Conference on the human environment**. Stockholm, 5-16 jun. 1972. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/docs/meio-ambiente/>. Acesso em: 23 jun. 2022.

<sup>5</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **United Nations Conference on Environment and Development**. Rio de Janeiro, 3-14 jun. 1992. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/docs/meio-ambiente/>. Acesso em: 23 jun. 2022.

<sup>6</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **The future we want. United Nations Conference on Sustainable Development**. Rio de Janeiro, 20-22 jun. 2012. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/docs/meio-ambiente/>. Acesso em: 23 jun. 2022.

(ONU, 2015)<sup>7</sup>. Conforme Nalini (2015, p. 177-178)<sup>8</sup>, “o desenvolvimento sustentável pretende promover o bem-estar das pessoas sem transigir com a degradação do capital natural”. Reconhece-se haver limites ecológicos ao progresso econômico na tentativa de reconciliá-lo com a preservação da base natural da sociedade.

Elkington (2012)<sup>9</sup> acredita na transformação da economia rumo a um capitalismo sustentável erguido sobre a agenda do *Triple Bottom Line* (*planet, profit, people*). Em sua ótica, as empresas e corporações, muito mais que as organizações governamentais e não governamentais, estarão em posição de comando nessa transição. Para ele, as empresas que recusarem o desafio dos “três pilares” (prosperidade econômica, qualidade ambiental e justiça social) correm o risco de extinção; já as que o aceitarem embarcarão num processo complexo, porém dotado de potencial altamente recompensador.

Reich (2008, p. 174-183)<sup>10</sup>, por outro lado, argumenta que, embora atraente, o argumento de que as empresas socialmente responsáveis alcançariam maior lucratividade não procede, pois os consumidores não estão dispostos a pagar preços mais altos e só optam por produtos sustentáveis caso esses apresentem vantagens pessoais (se forem mais saudáveis ou consumirem menos energia, por exemplo). No supercapitalismo vigente, as empresas objetivam auferir lucros para os acionistas e não estão autorizadas a buscar o interesse público, de maneira que suas demonstrações de virtude constituem estratégias de *marketing* “de boa imagem” hábil a retirar o foco dos cidadãos do debate democrático dirigido à aprovação de leis voltadas a impôr às empresas obrigações capazes de resolver os problemas socioambientais.

Inegável que proposta do desenvolvimento sustentável proporcionou avanço no conceito de progresso, porquanto este não mais admite avaliação sob uma perspectiva exclusivamente econômica, ao contemplar outros índices, como

---

<sup>7</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Cúpula das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável**. Rio de Janeiro, 25-27 set. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 26 jun. 2022.

<sup>8</sup> NALINI, José Renato. **Ética ambiental**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>9</sup> ELKINGTON, John. **Sustentabilidade: canibais com garfo e faca**. Tradução de Laura Prades Veiga. São Paulo; M-Books do Brasil, 2012. Ebook.

<sup>10</sup> REICH, Robert B. **Supercapitalismo: como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano**. Rio de Janeiro: Eslevier, 2008.

qualidade de vida, preservação ambiental, escolaridade e saúde (NALINI, 2015, p. 14). No entanto, a conciliação entre preservação ecológica e crescimento econômico não é tarefa simples, de forma que o impasse está ainda muito longe de ser resolvido.

Na avaliação de Leff (2006, p. 223)<sup>11</sup>, "a viabilidade do desenvolvimento sustentável converteu-se em um dos maiores desafios históricos e políticos do nosso tempo", pois intenta internalizar as externalidades ambientais com os critérios da racionalidade econômica ao integrar os processos ecológicos, populacionais e distributivos aos processos de produção e consumo. Segundo Latouche (2009, p. 10)<sup>12</sup>, "o desenvolvimento é uma palavra tóxica, qualquer que seja o adjetivo com que o vistam", na medida em que abriga uma "lógica suicida", na qual a necessidade de crescimento ilimitado se choca com a finitude da biosfera.

Assim, para Krenak (2019, p. 20-24)<sup>13</sup>, é preciso ser crítico ao modelo de progresso que, no lugar de tornar as pessoas cidadãos, as transforma em consumidores. Por meio dele, a humanidade é desvinculada do organismo Terra e homogeneizada, de maneira a suprimir-se a diversidade das formas de vida. Como consequência, são marginalizadas as comunidades tradicionais da Terra (caiçaras, indígenas, quilombolas e aborígenes).

No século XXI, passou-se a compreender melhor a extensão dos danos causados pelas intervenções nos ecossistemas terrestres. Os impactos passaram a caracterizar uma força geofísica global que desencadeou, nos anos 2000, o processo de reconhecimento de que a Terra entrou em uma nova época geológica, o Antropoceno, ao deixar o Holoceno, em que as sociedades humanas se desenvolveram (STEFFEN, Will et al, 2011)<sup>14</sup>. Dentre os fenômenos associados a essa transição se incluem o aumento da erosão associado à urbanização e à agricultura; perturbações dos ciclos de carbono, nitrogênio e fósforo; aquecimento global; aumento do nível do mar; acidificação dos oceanos; mudanças rápidas na biosfera,

---

<sup>11</sup> LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental**: a reapropriação social da natureza. Tradução de Luis Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

<sup>12</sup> SERGE, Latouche. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>13</sup> KRENAK, Ailton. **Ideias para adiar o fim do mundo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

<sup>14</sup> STEFFEN, Will et al. The anthropocene: from global change to planetary stewardship. **Ambio**, v. 40, n. 7, p. 739-761, nov., 2011. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC335772/>. Acesso em: 3 ago. 2022.

como resultado da perda de *habitat*, predação, explosão de populações de animais domésticos e invasões de espécies; além de poluição por concreto e plástico (AWG, 2019)<sup>15</sup>.

O que poderia ter sido uma crise passageira, se a humanidade tivesse agido trinta ou quarenta anos atrás, transformou-se numa profunda mudança na relação do *anthropos* com o mundo (LATOURE, 2020, p. 25)<sup>16</sup>. O advento da pandemia de Covid-19, no ano de 2020, evidencia que a espécie humana integra a Natureza e, assim como as demais, é vulnerável às consequências do processo de devastação ecológica. As ações predatórias do ser humano ameaçam a sobrevivência de sua própria espécie e já atinge a geração presente (VASCONCELOS, 2021)<sup>17</sup>.

A patologia causada pelo corona vírus, assim como outras zoonoses como a gripe aviária, a Síndrome Respiratória do Oriente Médio (MERS), a Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS), o Zikavírus e o Ebola, está relacionada a atividades antrópicas, porquanto o desmatamento, a criação intensiva de animais e o tráfico de espécimes silvestres desencadeiam desequilíbrios nos ecossistemas selvagens, de maneira a impulsionar a disseminação de hospedeiros e vetores de patógenos (UNEP, 2020)<sup>18</sup>.

Muitos dos riscos gerados pelo comportamento humano destrutivo já transcendem o tempo de vida da geração de indivíduos diretamente afetada, ao produzirem efeitos apenas na segunda geração de seus descendentes, de modo a se desvincularem de suas capacidades perceptivas e demandarem mediação científica especializada para serem diagnosticados e prevenidos (BECK, p. 244)<sup>19</sup>. Incluem-se nessa situação os danos causados pelo uso de agrotóxicos.

---

<sup>15</sup> AWG - Antropocene Working Group. "Results of binding vote by AWG". Released 21st May 2019. Disponível em: . Acesso em: 2 out. 2022.

<sup>16</sup> LATOUR, Bruno. **Diante de gaia**: oito conferências sobre a natureza no antropoceno. Tradução de Maryalua Meyer. São Paulo: Ubu, 2020.

<sup>17</sup> VASCONCELOS, Luciana Barreira de. COVID - 19 e a prevenção de pandemias à luz do giro ecocêntrico no direito internacional ambiental. In ALVITES, Elena; POMPEU, Gina Marcílio; SARLET, Ingo Wolfgang. (Orgs). **Anais da VII Jornada da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia (2020). Volume II**. Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2021.

<sup>18</sup> UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME – UNEP. **6 fatos sobre coronavírus e meio ambiente**. 2020. Disponível em: <https://www.unenvironment.org/pt-br/noticias-e-reportagens/reportagem/6-fatos-sobre-coronavirus-e-meio-ambiente>. Acesso em: 23 jun. 2022.

<sup>19</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.



Na década de 1960, Carson (1969, p. 26)<sup>20</sup> advertiu sobre os malefícios da presença dessas substâncias no corpo dos seres humanos, inclusive no leite materno e nos tecidos dos bebês ainda não nascidos. Pesquisas recentes confirmam a pertinência desse alerta ao demonstrar os danos intergeracionais causados pelo seu uso (KUBSAD; NILSON; KING; SADLER-RIGGLEMAN; BECK; & SKINNER, 2019)<sup>21</sup>. Assim, em face do arcabouço científico em torno do tema, resta evidente a existência de uma crise ecológica global.

Nalini (2015, p. 11) afirma ser essa crise consequência da lógica maniqueísta, para a qual a Natureza representa fonte inesgotável da qual, em nome do desenvolvimento econômico e do progresso (em uma visão reducionista), tudo se extrai e nada se repõe. O individualismo pós-moral, somado à visão antropocêntrica, impede que o ser humano vislumbre outras espécies como parte do planeta com direito à vida. É a conjugação desses fatores que tem conduzido a Terra ao seu esgotamento (KROHLING & SILVA, 2019)<sup>22</sup>. Sustentabilidade é mais do que atributo de um tipo de desenvolvimento, compreende transformação social, ao se qualificar como conceito integrador e unificante que propõe a celebração da unidade homem-natureza, na origem e no destino comum (NALINI, 2015, p. 175). Significa mudança de paradigmas a partir da construção de uma racionalidade na qual se estabelece outra postura ética do homem em relação ao meio ambiente (TURATTI & SILVA, 2019)<sup>23</sup>.

Conforme Leff (2006, p. 241), a racionalidade ambiental demanda transformações sociais dirigidas a um estilo alternativo de desenvolvimento que implica incorporação dos valores do ambiente na ética individual, nos direitos

---

<sup>20</sup> CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. Tradução de Raul de Polillo. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Melhoramentos, 1969.

<sup>21</sup> KUBSAD, Deepika; NILSON, Eric E.; KING, Stephanie E.; SADLER-RIGGLEMAN, Ingrid; BECK, Daniel; SKINNER, Michael K. Assessment of glyphosate induced epigenetic transgenerational inheritance of pathologies and sperm epimutations: generational toxology. **Scientific Reports**, 2019. Disponível em: <https://www.nature.com/scientificreports/>. Acesso em: 8 jun. 2019 e DIAS, Mateus, ROCHA, Rudi; SOARES, Rodrigo R. Down the River: Glyphosate Use in Agriculture and Birth Outcomes of Surrounding Populations. Documentos de Trabajo LACEA 017176, **The Latin American and Caribbean Economic Association - LACEA**. 2019. Disponível em: <https://ideas.repec.org/p/col/000518/017176.html>. Acesso em: 23 jun. 2022.

<sup>22</sup> KROHLING, Aloísio; SILVA, Tatiana Mareto. Um repensar ético sobre a sustentabilidade à luz da ecologia profunda. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, v. 7, n. 1, p. 45- 60, 2019.

<sup>23</sup> TURATTI, Luciana; SILVA, Jaiane Braga da. Meio ambiente e globalização: a imprescindibilidade de uma racionalidade ambiental. *Revista de Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 14, n. 32, p. 69-88, 2019.

humanos e nas normas jurídicas que disciplinam o comportamento dos atores econômicos e sociais. Para tanto, o Direito constitui ferramenta indispensável, na medida em que compete às leis subsidiar a criação de comunidades sustentáveis, em que sejam compatibilizados os valores humanos e a manutenção da vida na Terra (CAPRA & MATTEI, 2018, p. 247-248)<sup>24</sup>.

## 2. Giro ecoêntrico no antropoceno: um novo paradigma jurídico

De acordo com Ito (2019, p. 311-330)<sup>25</sup>, a atual legislação voltada à proteção ambiental não logrou atingir seu escopo em razão de possuir matriz antropocêntrica, em que há uma abordagem utilitarista da Natureza, própria da já ultrapassada era moderna, pois é entendida como propriedade ou objeto. Nesse viés, por ser destituída de dignidade, não lhe é legalmente reconhecido valor intrínseco, mas apenas importância proporcional à sua capacidade de servir aos seres humanos. Assim, o sistema legal vigente, radicado na ideia do desenvolvimento sustentável, ao buscar proteger o meio ambiente na medida de sua serventia ao homem, não se mostra capaz de impedir que as ambições humanas e demandas econômicas se sobreponham à tutela da Natureza, que é tratada exclusivamente como objeto de direito.

Como constata Capra e Mattei (2018, p. 39), apesar do pensamento sistêmico figurar na vanguarda da ciência, as disciplinas do Direito e da Economia continuam a fortalecer uma visão de curto prazo e mecanicista, com enfoque no proprietário individual atomizado e abstrato que pode exercer sua posse da Terra por meio da extração de valor dos bens e recursos comuns, em detrimento dos demais seres. Para enfrentamento da problemática, Ito (2019) propõe a substituição do atual modelo de sustentabilidade, ancorado no tripé "pessoas, economia e meio ambiente", por um modelo em que a economia seja entendida como eixo dependente dos

---

<sup>24</sup> CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A revolução ecojurídica**: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Cultrix, 2018.

<sup>25</sup> ITO, Mumta. **Nature's Rights**: Why the European Union Needs a Paradigm Shift in Law to Achieve Its 2050 Vision. In: Cameron La Follette and Chris Maser, eds. *Sustainability and the Rights of Nature in Practice*, p. 311-330. New York: CRC Press, 2019.

sistemas sociais humanos e, estes, por sua vez, como partes integrantes da Natureza.

Identificam-se, no cenário internacional, tratativas alinhadas à perspectiva de substituição do antropocentrismo pela abordagem ecocêntrica, dentre as quais merece realce a Carta da Terra, lançada no ano 2000 por iniciativa da ONU em conjunto com a Cruz Verde Internacional (BRASIL, 2000)<sup>26</sup>. O documento proclama o respeito pela Natureza e declara a responsabilidade dos povos da Terra “uns para com os outros, com a grande comunidade da vida, e com as futuras gerações”. Turatti e Silva (TURATTI & SILVA, 2019) apontam o reconhecimento de direitos à Natureza como forma de efetivar sua proteção. Isso não significa a impossibilidade de intervenção do homem na Natureza, mas que essa interferência seja compatível com o seu equilíbrio.

Influenciada por tais ideias, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Opinião Consultiva nº 23/2017, versou sobre a proteção do meio ambiente sadio como direito autônomo, ao afirmar a tutela de seus componentes (bosques, rios, mares e outros) como interesses jurídicos em si mesmos e considerar a importância destes para os organismos vivos com quem compartilham o planeta. A Corte registrou, ainda, a tendência de reconhecimento de personalidade jurídica à Natureza, não apenas em sentenças judiciais, como também em ordenamentos constitucionais (CORTE IDH, 2017)<sup>27</sup>.

Seguindo nessa trilha, os direitos da Natureza e de elementos naturais como entes dotados de valor intrínseco (ou seja, dignidade) têm encontrado cada vez mais espaço em sede de direito comparado e internacional (SARLET & FENSTERSEIFER, 2019a, p. 143)<sup>28</sup>. Pelizzon e Santiago (2020)<sup>29</sup> assinalam o seu reconhecimento, em âmbito constitucional, legal ou jurisprudencial, em diversos países, como Equador,

---

<sup>26</sup> BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Carta da Terra**. 2000. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/carta-da-terra.html>. Acesso em: 5 set. 2022.

<sup>27</sup> CORTE IDH. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva nº 23/2017 sobre Meio ambiente e Direitos Humanos**, pp. 28-29. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf). Acesso em: 17 jan. 2022.

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ecológico**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019a.

<sup>29</sup> PELIZZON, Alexandre; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. The 'harmony with nature' paradigm in Brazil. **Revista Argumentum** – RA, v.21, n. 1, jan/abr, p. 465-487, 2020.

Bolívia, Colômbia, Estados Unidos, Nova Zelândia, Índia, México, Austrália, Uganda e Bangladesh.

Em 2020, o Comitê Econômico e Social Europeu publicou estudo que apresenta um quadro para o reconhecimento dos Direitos da Natureza no âmbito da União Europeia como pré-requisito para o aperfeiçoamento da relação entre o ser humano e o seu *habitat*. No documento, são examinadas as razões pelas quais a legislação da UE não tem fornecido o nível necessário de proteção ambiental e as vantagens da adoção do novo paradigma (EESC, 2020)<sup>30</sup>.

Inobstante a repercussão global alcançada pelo tema nos últimos anos, o pioneirismo na consagração da Natureza como sujeito de direitos pertence aos Estados Andinos. Esse feito ocupa lugar de relevo no Novo Constitucionalismo Latino-Americano, construído sobre os pilares de uma concepção descolonial e emancipadora das culturas e cosmovisões dos povos tradicionais. Tal movimento influenciou a criação, no âmbito da ONU, do Programa Harmonia com a Natureza (HwN), desenvolvido desde 2009 com a intenção de construir um acordo semântico universal apto a substituir o paradigma do desenvolvimento sustentável (MORAES, 2017)<sup>31</sup>.

Os valores culturais e sociais indígenas conhecidos por *Buen Vivir* ou *Vivir Bien*, apresentam-se, segundo Acosta (2016, p. 31-33)<sup>32</sup>, como oportunidade de construção coletiva de uma forma de vida constituída por "outros tipos de sociedades, sustentadas sobre uma convivência harmoniosa entre os seres humanos consigo mesmos e com a Natureza, a partir do reconhecimento dos diversos valores culturais existentes no planeta". Nesse contexto se inserem as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), as quais resultaram de processos políticos deflagrados por reivindicações sociais e têm por ideologia "[...] o respeito e equilíbrio da Sociedade com a Vida e com a Natureza", em contraposição

---

<sup>30</sup> EESC. European Economic and Social Committee. **Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature Study**. Disponível em: <http://www.eesc.europa.eu/en/our-work/publications-other-work/publications/towards-eu-charter-fundamental-rights-nature>. Acesso em: 17 jan. 2022.

<sup>31</sup> MORAES, Germana de Oliveira. Del desarrollo sostenible a la armonía con la naturaleza: la influencia del nuevo constitucionalismo latinoamericano sobre el Programa de las Naciones Unidas Armonía con la Naturaleza (HWN UN). **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza/CE, v. 37.2, jul./dez., p. 395-404, 2017.

<sup>32</sup> ACOSTA, Alberto. **O bem viver**. Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária, Elefante, 2016.

à visão dominante e redutora segundo a qual o homem é o único sujeito de direitos (SOLDATI; SOUZA & PASOLD, 2018, p. 37-43)<sup>33</sup>.

No mesmo rumo segue a jurisprudência da Colômbia, a partir do reconhecimento da personalidade jurídica do Rio Atrato (COLOMBIA, 2016)<sup>34</sup>; da Amazônia colombiana (COLOMBIA, 2018)<sup>35</sup> e do Parque *Los Nevados* (COLOMBIA, 2020)<sup>36</sup>. No caso da compreensão da Amazônia como sujeito de direitos, a Corte Suprema Colombiana a concebeu como entidade titular da garantia de proteção, conservação, manutenção e restauração, pelo Estado e pelas entidades territoriais que a compõem.

Nos termos do Relatório de Desenvolvimento Humano de 2020 das Nações Unidas, os desafios impostos diante do Antropoceno exigem a percepção de pertencimento da humanidade à Natureza. O documento registra que as experiências indígenas e de comunidades locais têm realizado, de forma acoplada, avanços sociais, bem estar e preservação de ecossistemas. Assinala, ainda, a contribuição dos povos indígenas para a preservação da floresta Amazônica, a servir de modelo por meio do qual as decisões locais e soluções baseadas na Natureza podem aliviar as pressões planetárias atinentes ao aquecimento global e à preservação da biodiversidade (UNDP, 2020)<sup>37</sup>.

Não obstante os benefícios da globalização, como o aumento da expectativa e do padrão de vida no mundo, além da ampliação do acesso ao conhecimento e a novas tecnologias, o fenômeno agrava a desigualdade social, ao devastar culturas

---

<sup>33</sup> SOLDATI, Manoelle Brasil; SOUZA, Maria Cláudia Antunes de; PASOLD, Cesar Luiz. Novo constitucionalismo latino-americano: exemplo de acesso à água potável. In: SOUZA, Maria Cláudia Antunes de; POMPEU, Gina Vidal Marcílio; FREITAS, Ana Carla Pinheiro. **Gestão das águas: dignidade humana e sustentabilidade por meio do fortalecimento das cadeias de valor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

<sup>34</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-622/16**. 2016. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>. Acesso em: 21 jan. 2022.

<sup>35</sup> COLÔMBIA. Corte Suprema de Justicia. **STC4360-2018 (2018-00319-01)**. 2018. Disponível em: <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2018/04/05/corte-suprema-ordena-proteccion-inmediata-de-la-amazonia-colombiana/>. Acesso em: 21 jan. 2022.

<sup>36</sup> COLÔMBIA. Corte Suprema de Justicia. **STL10716-2020**. 2020. Disponível em: <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2020/12/01/corte-suprema-fija-plazo-de-un-ano-a-plan-de-rescate-del-parque-los-nevados/>. Acesso em: 21 jan. 2022.

<sup>37</sup> UNDP. UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. **Human development report 2020. The next frontier: Human development and the Anthropocene**, New York. 2020. Disponível em: <https://www.hdr.undp.org/en/content/2020-human-development-report-next-frontier-human-development-and-anthropocene>. Acesso em: 21 jan. 2022.

locais, numa nova roupagem de imperialismo, o que provoca a necessidade de fortalecimento e valorização das identidades culturais como fator de resistência nesse processo (CAMPELLO, SANTIAGO & ANDRADE, 2018)<sup>38</sup>. Contra a apropriação econômica e simbólica da Natureza e da cultura, emerge o processo de reapropriação social da Natureza voltado à construção de um paradigma alternativo de sustentabilidade, em que “[...] os recursos ambientais se convertem em potenciais capazes de reconstruir o processo econômico dentro de uma nova racionalidade produtiva, propondo um projeto social baseado na produtividade da natureza, nas autonomias culturais e na democracia participativa” (LEFF, 2001, p. 29-31)<sup>39</sup>.

Sem olvidar dos desafios a ser enfrentados pelo constitucionalismo do sul, verifica-se que, ao conceber a Natureza como sujeito de direitos, os Estados Latinos têm rompido com o padrão antropocentrismo de racionalidade econômica. Nesse panorama, cabe investigar quais as perspectivas de compatibilização e adoção desse paradigma jurídico no âmbito do Direito Constitucional brasileiro.

### **3. Direitos da Natureza na Constituição Federal de 1988 à luz do princípio da integridade ecológica**

A Constituição Federal de 1988 adotou o modelo de Estado Socioambiental (ou Socioecológico), pois alberga direitos individuais, sociais, econômicos, ecológicos e culturais, cuja progressiva promoção deve ocorrer de maneira conciliada e integrada. Com efeito, em seu art. 170, VI, a CF/88 elenca a defesa do meio ambiente como um dos princípios da ordem econômica. Tal ordem estrutura o direito de propriedade como ferramenta dirigida ao desenvolvimento de uma produção econômica social e ambientalmente sustentável.

A mesma diretriz é seguida pelo art. 186, ao incluir a utilização adequada dos recursos naturais e a preservação ambiental como requisitos ao cumprimento da função social da propriedade, de maneira a dar ensejo à concepção de função

---

<sup>38</sup> CAMPELLO, Livia Gaigher; SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ANDRADE, Sinara Lacerda. A valorização da identidade cultural como desafio à concretização do direito ao desenvolvimento. **Revista de Direito Brasileira**. v. 19, n. 8, p. 3-19, jan./abr. 2018.

<sup>39</sup> LEFF, Enrique. **Saber ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 2001.

socioambiental do referido instituto (POMPEU & FREITAS, 2015)<sup>40</sup>. O protagonismo assumido pelo equilíbrio ecológico, que passa a figurar como escopo da ordem econômica, inverte a lógica liberal em que os “recursos naturais” se subordinavam à livre exploração individual da propriedade.

O artigo 225 da Constituição, por sua vez, proclama a garantia de proteção ambiental, ao reconhecer a essencialidade da qualidade do ambiente para o desfrute de uma vida digna, segura e saudável para as presentes e futuras gerações. A tutela do meio ambiente se destina, portanto, ao cumprimento de um dever de solidariedade intergeracional, elencado, inclusive, como objetivo da República Federativa do Brasil, no art. 3º, I, da CF/88.

Apesar da tutela constitucional, a devastação ecológica propaga-se no país. Segundo o Observatório de Direitos Humanos, incêndios queimaram mais de um quarto do Pantanal até outubro de 2020, o que constitui a maior destruição em mais de duas décadas. Conforme o organismo internacional, grandes proprietários de terras foram apontados como responsáveis por atear fogo ilegalmente à vegetação, com o objetivo de “limpar terrenos” para criação de gado (HRW, 2021)<sup>41</sup>. Dados do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais revelam que a taxa anual de desmatamento na Amazônia Legal Brasileira subiu de **10.129 km<sup>2</sup>, em 2019, para 11.088 km<sup>2</sup>, em 2020, e para 13.235 km<sup>2</sup>, em 2021**. Em 2021, houve, portanto, aumento de 21,97% em relação à taxa de desmatamento apurada no ano de 2020 pelo PRODES – Monitoramento do desmatamento da floresta amazônica brasileira por satélite. De janeiro a setembro de 2022, a degradação da Amazônia alcançou a extensão de 8.590 Km<sup>2</sup>, o pior índice registrado para o período desde 2015 (INPE, 2022)<sup>42</sup>.

O cenário retratado denuncia o quanto a realidade do país se distancia da guarida ambiental presente no ordenamento constitucional brasileiro. Nesse

---

<sup>40</sup> POMPEU, Gina Vidal Marcílio; FREITAS, Ana Carla Pinheiro. A dimensão socioambiental da propriedade na ordem econômica brasileira. **Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica, v. 20, n. 3, p. 835-859, set./dez., 2015. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos). Acesso em: 11 jun 2022.

<sup>41</sup> HRW. Human Rights Watch. **World Report 2021**. Disponível em: <https://www.hrw.org/world-report/2021/country-chapters/brazil#09fe17>. Acesso em: 14 jan. 2022.

<sup>42</sup> INPE. Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais. **PRODES – Monitoramento do Desmatamento da Floresta Amazônica Brasileira por Satélite**. Disponível em: <https://www.gov.br/inpe/pt-br/assuntos/ultimas-noticias/dados-do-prodes>. Acesso em: 12 out 2022.

contexto, o “Relatório Estado de Direito Ambiental” do Programa de Meio Ambiente das Nações Unidas (UNEP, 2019) <sup>43</sup>, que avalia o desempenho das políticas ambientais nos Estados que incluíram em suas constituições o direito ao meio ambiente equilibrado, afirma haver lacuna considerável entre a afirmação das leis ambientais e sua aplicação. É o caso do Brasil, pois a normatização voltada à sustentabilidade não logrou êxito em alterar o modelo econômico agressivo e degradador (PADILHA & POMPEU, 2019) <sup>44</sup>. É preciso, portanto, desenvolver instrumentos jurídicos hábeis a realizar a proteção e recuperação dos processos ecológicos essenciais para manutenção do equilíbrio ecológico estatuído constitucionalmente.

Consoante Sarlet e Fensterseifer (2019a, p.138-143), o Direito Constitucional Ambiental, na sua versão antropocêntrica (ainda que com feição ecológica), não foi incapaz de impedir a destruição de ecossistemas e a extinção de espécies. Diante desse “fracasso”, são devidas respostas jurídicas urgentes e proporcionais à magnitude das consequências da intervenção do ser humano no Planeta Terra, a par de alavancar “[...] o status jurídico da Natureza como forma de (re)equilibrar a relação de forças entre Sociedade e Natureza [...]”.

A admissão da Natureza como sujeito de direitos desponta como perspectiva voltada a conferir maior efetividade à proteção ambiental ao agregar ao catálogo jurídico uma visão sistêmica da vida. Nesse percurso, o princípio da integridade ecológica surge como elemento capaz de abrir caminhos à transição do paradigma jurídico antropocêntrico para o ecocêntrico. Isso porque tal preceito “[...] traduz a ideia de ‘sistema’ que está na base da compreensão do equilíbrio ecológico e da Natureza como um todo” (SARLET & FENSTERSEIFER, 2019a, p. 76).

---

<sup>43</sup> UNEP. UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. **Environmental Rule of Law**: First Global Report. United Nations Environment Programme, Nairobi. 2019. Disponível em: [https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/27279/Environmental\\_rule\\_of\\_law.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/27279/Environmental_rule_of_law.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 14 jun. 2022.

<sup>44</sup> PADILHA, Norma Sueli; POMPEU, Gina Vidal Marcílio. Retrocessos nas políticas ambientais brasileiras e as metas dos objetivos do desenvolvimento sustentável: estratégias e indicadores para implementação do estado de direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental – RDA**, v. 96, out./dez. 2019.



Segundo Bridgewater, Kim e Bosselmann (2015)<sup>45</sup> integridade ecológica significa um estado ambiental propício à sustentação da vida, composto pela combinação da biodiversidade e dos processos ecossistêmicos de um determinado local ou da biosfera como um todo. Nesta acepção mais abrangente, implica a preservação da capacidade funcional do ambiente planetário e o respeito ao papel desempenhado pelos processos evolutivos e ecológicos. Os autores defendem que a integridade ecológica deve servir de ferramenta jurídica a fim de impedir que as atividades humanas ultrapassem os limites considerados seguros para as pessoas e para os ecossistemas, de maneira a constituir uma *grundnorm* de proteção do sistema de suporte da vida apta a guiar o comportamento dos Estados.

No âmbito do Direito Constitucional brasileiro, a proteção à integridade ecológica se encontra contemplada no artigo 225, §1º, da CF/88, o qual, para a garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, determina, ao Poder Público, a obrigação de “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas” (inciso I), bem como de “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica [...]” (inciso VII).

Em face de tal panorama, conclui-se com Sarlet (2020)<sup>46</sup> que a integridade ecológica deve ser consagrada como um novo princípio do Direito Ambiental. Conforme o autor, para além da proteção dos indivíduos e entes naturais em si, o preceito objetiva fixar **parâmetro normativo** para a proteção jurídica dos *habitats* e ecossistemas (florestas, rios, biomas, etc), dos quais não prescindem a vida e o bem-estar das espécies da fauna e da flora em geral, inclusive dos seres humanos.

A relação entre a integridade ecológica e os Direitos da Natureza é evidenciada no princípio 2 da Declaração Mundial da União Internacional para a Conservação da Natureza sobre o Estado de Direito Ambiental, cuja redação assim preceitua: “Princípio 2. Direito à Natureza e Direitos da Natureza: cada ser vivo, humano ou não

---

<sup>45</sup> BRIDGEWATER, Peter; KIM, Rakhyun E.; BOSSELMANN, Klaus. Ecological Integrity: A Relevant Concept for International Environmental Law in the Anthropocene? In: **Yearbook of international Environmental Law**, v. 25, n. 1, p. 61-78, 2015.

<sup>46</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A integridade ecológica como princípio ou norma fundamental (Grundnorm) do Direito Ambiental no Antropoceno. **Genjurídico**, 2020. Disponível em: genjuridico.com.br. Acesso em: 10 jan. 2022.

humano, tem direito à conservação, proteção e restauração à saúde e integridade dos ecossistemas. A natureza tem direito intrínseco de existir, prosperar e evoluir"<sup>47</sup> (IUCN, 2016)<sup>48</sup>.

A Constituição Federal de 1988, embora contenha marcas da ética antropocêntrica, apresenta, à luz do princípio da integridade ecológica, abertura à interpretação ecocêntrica, a qual viabiliza a mutação jurídica que se faz necessária aos atuais reclamos do Estado brasileiro. Os Direitos da Natureza, como consectários do paradigma ecocêntrico (LOURENÇO, 2019, p. 390)<sup>49</sup>, desvelam-se como novo aliado no desafio de concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual, na perspectiva aqui defendida, passa a ter como titular, além das presentes e futuras gerações humanas, também as não humanas.

Os tribunais superiores brasileiros têm admitido os animais como entes dotados de valores intrínsecos sob a perspectiva da dimensão ecológica da dignidade humana. Vislumbrar valores intrínsecos em seres não humanos e na própria Natureza repele o olhar antropocêntrico, porquanto este os apreende apenas "em" e "entre" os seres humanos (GUDYNAS, 2019, p. 48). Sob esse viés, o Supremo Tribunal Federal rechaçou as práticas cruéis contra animais, ao declarar a inconstitucionalidade das leis estaduais que autorizavam a "ferra do boi" (RE 153.531-8/SC), a "briga de galo" (ADI 1.856-6-RJ) e a "vaquejada" (ADI 4.983/CE)<sup>50</sup>.

Do Superior Tribunal de Justiça, sobressai o julgamento do REsp. nº 1.797.175/SP, ocorrido em 2019, no qual foi reconhecido dignidade aos animais não humanos a partir de um diálogo de fontes normativas constitucionais (com a Constituição equatoriana) e de Cortes (com as Cortes Colombianas) (BRASIL, 2019)<sup>51</sup>. Essa abertura dialógica do STJ propicia a absorção dos parâmetros emanados do Novo Constitucionalismo Latino-Americano e conduz a uma

<sup>47</sup> Tradução das autoras.

<sup>48</sup> IUCN. International Union for Conservation of Nature. **IUCN World Declaration on the Environmental Rule of Law**. 2016. Disponível em: <https://www.iucn.org/commissions/world-commission-environmental-law/wcel-resources/wcel-important-documentation/environmental-rule-law>. Acesso em: 15 jan. 2022.

<sup>49</sup> LOURENÇO, Daniel Braga. **Qual o valor da natureza?** São Paulo: Elefante, 2019.

<sup>50</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudência**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 30 jun. 2021.

<sup>51</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. 1.797.175/SP. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Og. Fernandes**. Julgado em 21 mar. 2019. Disponível em: <http://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 29 jan. 2022.

(r)evolução jurisprudencial que se desprende do antropocentrismo, assimila os valores biocêntricos e projeta em seu horizonte caminhos afeitos ao paradigma andino ecocêntrico. Tanto assim que a decisão em comento reverberou internacionalmente no âmbito do *Harmony with Nature Programme* da ONU, ao ser citada como parte da *Earth Jurisprudence* (HWN, 2020)<sup>52</sup>.

No rol dos fundamentos jurídicos condutores da admissão dos Direitos da Natureza, figura ainda o dever de progressividade dos instrumentos de proteção ambiental, como dispõe o artigo 3º do Acordo de Escazu, subscrito pelo Brasil em 2018 (ONU, 2018)<sup>53</sup>. Tais preceitos estão integrados na Declaração Mundial da IUCN pelo Estado de Direito Ambiental (IUCN, 2016), cujos termos recomendam a revisão e o aprimoramento regular e progressivo das leis e políticas, com o desiderato de proteger, conservar, restaurar e melhorar o meio ambiente, com esteio nos mais recentes conhecimentos científicos. O princípio da progressividade vincula o Estado em todas as suas esferas institucionais (legislativa, executiva e judiciária), na medida em que há “[...] pelo prisma constitucional, verdadeira imposição normativa no sentido de que, a partir de conjunção de esforços dos diferentes atores estatais, estabeleça-se o aprimoramento e melhoria progressiva da proteção jurídica do ambiente [...]” (SARLET & FENSTERSEIFER, 2019b)<sup>54</sup>.

Gudynas (2019, p. 52)<sup>55</sup> explica que a ampliação dos sujeitos da garantia constitucional de nenhuma maneira reduz a proteção aos direitos humanos, pois “as duas abordagens de direitos sobre o meio ambiente são válidas, e é positivo que sejam mantidas e se articulem entre si”. No Brasil, o tema demanda clarificação de questões substantivas e processuais, dado que o Código de Processo Civil do país

---

<sup>52</sup> HWN. *Harmony with Nature Programme. Supplement to SG Report on Harmony with Nature (A/75/266)*. 2020. Disponível em: <https://harmonywithnatureun.org/unDocs/>. Acesso em: 24 jan. 2022.

<sup>53</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe**. Ecazú, 4 mar. 2018. Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/acordodeescazu>. Acesso em: 17 jan. 2022.

<sup>54</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O direito constitucional-ambiental brasileiro e a governança judicial ecológica: estudo à luz da jurisprudência do superior tribunal de justiça e do supremo tribunal federal. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 11, n. 20, jan./jul., p. 42-110, 2019b.

<sup>55</sup> GUDYNAS, Eduardo. **Direitos da Natureza: ética biocêntrica e políticas ambientais**. Tradução de Igor Ojeda. São Paulo: Elefante, 2019.

não atribui capacidade processual à Natureza, tampouco versa sobre sua representação em juízo (PELIZZON & SANTIAGO, 2020).

Por essa razão, uma vez que a titularidade de direitos pela Natureza desponta como mecanismo de aperfeiçoamento da proteção ecológica, deve o ordenamento jurídico brasileiro ser atualizado para incorporá-lo. Contudo, sem embargo da pertinência da adoção das providências legislativas atinentes a essa regulamentação no país, entende-se juridicamente possível, à luz dos princípios da integridade ecológica e da progressividade, que o Poder Judiciário reconheça a Natureza como sujeito de direitos quando tal medida se apresentar necessária à prestação jurisdicional das garantias insculpidas no artigo 225 da CF/88.

## Conclusão

O Direito Ambiental não tem se mostrado capaz de conter o aprofundamento da crise ecológica, seja em âmbito global, seja na seara nacional. Diante disso, torna-se premente a necessidade se repensar a racionalidade econômica de matriz antropocêntrica e desenvolver estratégias institucionais e instrumentos jurídicos capazes de modelar uma relação mais harmônica entre os modos de vida e de produção humanos e seu *habitat*. Na perseguição desse intento, desponta a transição para um paradigma jus filosófico de caráter ecocêntrico, que promove a reinserção do homem na Natureza e reconhece tanto aquele quanto esta como sujeitos de direitos. Sob o pioneirismo dos Estados Latinos, como Bolívia e Equador, tal perspectiva tem alcançado repercussão no Direito Internacional.

No Brasil, o princípio da integridade ecológica, consagrado no art. 225, §1º, I e VII, da CF/88, estabelece abordagem jurídica holística hábil a fixar **parâmetro normativo** para a proteção jurídica dos processos ecológicos essenciais e dos ecossistemas imprescindíveis à vida e ao bem-estar dos seres bióticos, inclusive dos humanos. Tal preceito, por apresentar-se carregado de valores ecocêntricos, confere à Constituição a abertura e receptividade necessárias ao reconhecimento dos Direitos da Natureza, a par de torná-la permeável à compatibilização das inovações hermenêuticas, legislativas e jurisprudenciais, as quais, impulsionadas pelo dever de

progressividade dos mecanismos de proteção ambiental, devem transmudar a Natureza da condição exclusiva de objeto para sujeito de direitos.



## 16. ENERGIA RENOVÁVEL NO BRASIL: UMA CÉLULA SOCIOECOLÓGICA DE MUDANÇA DO PARADIGMA ANTROPOCÊNTRICO DA POLÍTICA DO RETROCESSO AMBIENTAL E CLIMÁTICO BRASILEIRO

*RENEWABLE ENERGY IN BRAZIL: SOCIO-ENVIRONMENTAL CELL TO CHANGE THE ANTROPOCENTRIC PARADIGM OF THE BRAZILIAN ENVIRONMENTAL AND CLIMATE RETURN POLICY*



<https://doi.org/10.36592/9786554601153-16>

*Emmanuel Rocha Reis<sup>1</sup>*

*Lourenço Kantorski Lenardão<sup>2</sup>*

### INTRODUÇÃO

Em todas as épocas da humanidade sua interação com o meio ambiente foi marcada pelo protagonismo das necessidades do homem para com o próprio homem, esquecendo que essas interações sociais e institucionais, não são exclusivas no planeta Terra, pois, indubitavelmente, todo o ecossistema possui vida que merece ser protegida.

De certo modo, essa percepção, mesmo que timidamente, apresenta-se através de um novo olhar, ou, talvez, de um olhar mais preocupado do que o de anteriormente aos dias contemporâneos, levando-se em conta todas as etapas da Revolução Industrial, em especial a partir dos debates de sustentabilidade advindos da crise do petróleo nos anos 70, o que levou nações a se organizarem e apresentarem protocolos mundiais (Estocolmo, ECO 92, Kyoto, Paris, etc.) com o fim primordial de diminuição da emissão de gases de efeito estufa (GEE), para, pelo

---

<sup>1</sup> Parnaíba, estado do Piauí, Brasil. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Piauí – UFPI. Doutorando em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, sob orientação do Prof. Dr. Ingo Sarlet. Bolsista CAPEX/PROEX. Prof. da Universidade Estadual do Piauí – UESPI. Advogado. Orcid iD - <https://orcid.org/0000-0001-6753-3424>.

E-mail: [emmanuel.reis@edu.pucrs.br](mailto:emmanuel.reis@edu.pucrs.br)

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas – UFPel. Mestrando em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, sob orientação do Prof. Dr. Ingo Sarlet. Bolsista CNPq. Advogado. Orcid iD - <https://orcid.org/0000-0001-5605-3847>

E-mail: [lourencokl@gmail.com](mailto:lourencokl@gmail.com)

menos, limitar o aquecimento global do planeta em 1,5°C e gerar as emissões líquidas até 2050<sup>3</sup>.

Em meio a essa jornada, que envolve elementos interdisciplinares (meio ambiente, economia e gestão), percebe-se que, no Brasil, a energia renovável se apresenta como uma das células importantes na construção conceitual do estado socioambiental, que tem como pauta ações que determinam o meio ambiente como direito fundamental, em especial a partir das diretrizes do art. 225 da Constituição Federal do Brasil de 1988, apresentando a máxima proteção ao meio ambiente, entendido assim, de forma ampla, como aquele que é integrado por aspectos naturais, culturais, artificiais e, até mesmo, laboral, visando, sempre, a manutenção de seu equilíbrio.

De tal maneira, analisa-se a possibilidade da energia renovável, na produção de energia elétrica, ser uma célula ativa de combate à emissão de gases de efeito estufa (GEE), diante da dicotômica experiência brasileira, que apresenta uma atual governança sem a primazia da pauta ambiental.

Nesse mister, por meio de uma metodologia de abordagem hipotético-dedutiva, utilizando o procedimento de pesquisa documental e bibliográfica, aspira-se um resultado qualitativo que identifique o contexto dos renováveis no Brasil como um elemento modificador do paradigma antropocêntrico de transição para a percepção ecocêntrica da relação sociedade e meio ambiente.

O percurso apresentará, brevemente, o quadro brasileiro que pontua por uma percepção do afronta ao meio ambiente como direito fundamental de terceira dimensão, a partir de quadros insustentáveis de ações protecionista às queimadas florestais, garimpagem, uso de agrotóxico, praticados ao longo dos últimos anos, verdadeiro quadro de retrocesso ambiental e climático, ao tempo que se demonstra a batalha para desconstrução do viés do retrocesso, a partir de pontuações sobre a litigância climática e novas perspectivas governamentais.

---

<sup>3</sup> Dados disponível COP26 em: [https://www.wribrasil.org.br/imprensa/cop26-protacao-de-florestas-vira-prioridade-global-brasil-precisara-transformar-promessas?gclid=Cj0KCQjwy5maBhDdARIsAMxrkw3K2PsADFWQd22yk-JNvBlbZWwRXpME5UBe7ppNO3Bk7MWSWqzLbVoaArPEEALw\\_wcB](https://www.wribrasil.org.br/imprensa/cop26-protacao-de-florestas-vira-prioridade-global-brasil-precisara-transformar-promessas?gclid=Cj0KCQjwy5maBhDdARIsAMxrkw3K2PsADFWQd22yk-JNvBlbZWwRXpME5UBe7ppNO3Bk7MWSWqzLbVoaArPEEALw_wcB) Acesso em 10 out. 2022.



Ao final, o artigo emerge o questionamento da construção da reafirmação da necessidade do protagonismo ambiental nas tomadas de decisões da sociedade e do Estado, fincando raízes do constitucionalismo ecológico que coloca os princípios ambientais como elemento essencial nas tomadas de decisão na proteção do meio ambiente.

## 2. DIVERSIFICAÇÃO DA MATRIZ ELÉTRICA BRASILEIRA

A matriz energética brasileira é elencada pela Empresa de Pesquisa Energética (EPE)<sup>4</sup> como um conjunto de fontes de energias, renováveis ou não, disponíveis em um país, estado, ou mesmo no mundo, para suprir a demanda de energia, a qual servirá, por exemplo, para movimentação de veículos automotores, abastecimento de gás de cozinha, gerar energia elétrica, etc.

Segundo o Balanço Energético Nacional de 2022 (BEN)<sup>5</sup> a matriz energética brasileira é mais renovável do que a mundial, e, fazendo o recorte para energia elétrica (submatriz), o Brasil passa a ser ainda mais renovável, considerando que a maior parte da energia elétrica é produzida em hidrelétricas, além do advento de grandes parques eólicos e solar, construindo uma participação ativa na cadeia energética, alcançado o índice de crescimento de 26,7% (eólica), que atingiu a oferta interna de 72 TW, e, no caso da solar, o crescimento de 55,9%, com oferta interna de 16,8 TW, fatos que remetem a menores custos operacionais do que fornecimento elétrico por termoeletricas ou mesmo hidrelétricas, além de uma melhor conexão com o meio ambiente.

Dessa forma, percebe-se que o tratamento da energia renovável no Brasil remete ao Estado a necessidade de construir um planejamento que busque apresentar um desenvolvimento em conjunto com a iniciativa privada e respeito ao meio ambiente, o que se deu, timidamente, a partir da implantação do Programa de

---

<sup>4</sup> Dados disponível em <http://epe.gov.br/pt/abcdenergia/matriz-energetica-e-eletrica>. Acesso em: 9 out. 2022.

<sup>5</sup> O Relatório Síntese do Balanço Energético Nacional 2022—ano base 2021, apresenta as informações consolidadas sobre o quanto, e como, se usou energia no Brasil em 2021. Disponível em: <https://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/balanco-energetico-nacional-2022> Acesso em 9 out. 2022.

Incentivo às fontes Alternativas de Energia Elétrica - PROINFA (Lei n. 10.438 de 26 de abril de 2002), que impulsionou o desenvolvimento do mercado eólico no Brasil (FERREIRA, 2008, p.16).

Os investimentos no ramo da energia renovável representam uma das válvulas de eficácia das proposições da Agenda 2030, em especial o 7º ODS, considerando que se pontua sobre a energia acessível e limpa<sup>6</sup>, visando assegurar o acesso confiável, sustentável e moderno da energia, mediante preço justo para todos e ampla participação na construção do planejamento energético.

No mercado brasileiro, temos um perfil ainda mais favorável ao aumento do uso prático de fontes renováveis, como energia solar, eólica etc. Em especial, o potencial eólico do Brasil possui valores maiores que 60.000 MW, mas com a geração de energia elétrica com metas menores que as europeias (ANEEL, 2019).

Nesse sentido, o Brasil possui grande potencial solar, pois possui um "Cinturão Solar", que são áreas distribuídas entre o Nordeste e o Pantanal, que recebem incidência solar entre 4.500 Whm<sup>2</sup> a 6.300Whm<sup>2</sup> (FIORILLO & FERREIRA, 2021, p. 190).

Nesse perfil, de protagonismo da matriz elétrica renovável, diante do matriz energética nacional, a análise energética requer uma percepção interdisciplinar, que surge como aplicável a partir do planejamento energético brasileiro que contemple os princípios constitucionais de defesa do meio ambiente pleno<sup>7</sup>.

Assim, é perceptível que a Constituição Federal de 1988 pontua por uma energia inclusa em uma política energética em consonância com a proteção ambiental, pautada no desenvolvimento sustentável (art. 170, VI da CF/88), via uso racional e eficiência, em busca de redução de custos financeiros e inibição eficaz de danos ao meio ambiente.

---

<sup>6</sup> Cabe ressaltar que a expressão "limpa" remete ao entendimento de que há um menor impacto ambiental, pois mesmo na utilização de renováveis, há interferência no meio ambiente.

<sup>7</sup> Em decisão da lavra do ministro Celso de Melo, na ADI 3.540-MC/DF, o Supremo Tribunal Federal – STF que o meio ambiente tem prerrogativa qualificada, por seu caráter metaindividual, por ser direito fundamental de terceira geração, consagrado pelo postulado da solidariedade.

## 2.1 PLANEJAMENTO ENERGÉTICO BRASILEIRO: ENERGIA RENOVÁVEL E O PARADIGMA ECOCÊNTRICO

No Brasil, o crescimento da energia renovável apresenta-se como elemento indispensável ao desenvolvimento do país, diante do potencial presente, que tem no Balanço Energético Nacional (BEN 2022) uma projeção de participação de renováveis na matriz elétrica em 78,1%, como ano base 2021<sup>8</sup>.

Dessa forma, o planejamento energético passa pelo protagonismo da energia renovável, por ser necessariamente parte da política governamental, que, por se tratar de manifestação que envolve, diretamente, o manuseio do meio ambiente, não pode ser dissonante dos aspectos globais da regulação do tratamento do meio ambiente.

Contudo, a Política Energética Nacional (PEN) é centralizada na competência privativa da União para legislar sobre energia<sup>9</sup>, sendo praticada a partir da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que apresenta vieses do planejamento energético, através da aplicação de normativas controladora da exploração de atividades econômicas.

Nessa perspectiva, Lopez (2012, p. 20) elenca que os aspectos ambientais e políticas econômicas de uma nação estão interligados via fatores básicos, como implantação de objetivos para o desenvolvimento da energia renovável (em particular a eólica), eliminação de barreiras, subvenções a fontes renováveis<sup>10</sup> e aberta para mecanismos internacionais para dinamizar o uso dos renováveis.<sup>11</sup>

Percebe-se, então, uma segunda faceta, a de que a política energética brasileira deve ter a utilização de fontes alternativas para produção de energia com um trunfo socioeconômico, que, desconectado com os princípios ambientais, podem

---

<sup>8</sup> Dados disponíveis em: <https://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/balanco-energetico-nacional-2022>. Acesso em 9 out. 2022.

<sup>9</sup> O pacto federativo do Brasil é disposto na sua Constituição de 1988 a delimitar competências entre os entes, de tal maneira, o art. 21, XII, alínea "b" e art. 22, inciso IV, ambos da CF/88, definem a competência privativa da União para o tratamento da energia, colocando a regulamentação e diretrizes na agência reguladora Aneel (Agência Nacional de Energia Elétrica), a partir da determinações de Minas e Energia, que tem como escopo zelar pelo equilíbrio estrutural, conjunto, da oferta e demanda da energia elétrica no país (Decreto n. 9.675/2019).

<sup>10</sup> O Brasil pratica leilões energéticos de renováveis por meio das diretrizes do Programa de Incentivo às fontes Alternativas de Energia Elétrica – PROINFA (Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002). O referido programa foi revisado pela Lei nº 10.762/2003, e prorrogado pela Lei nº 11.943/2009.

<sup>11</sup> Protocolo com Alemanha

ocasionar um resultado contrário da expectativa mundial, que é atrelar o uso de renováveis ao combate efetivo da diminuição de lançamento de gases CO<sup>2</sup>.

Nesse contexto, surge a necessidade de alinhamento das matrizes energéticas estaduais à matriz nacional, considerando que o uso da energia renovável requerer a implantação de grandes empreendimentos, que ocasionam conflitos em suas instalações, quer seja por conta do maquinário, quer seja, quando da abertura de passagens para instalação dos mecanismos de geração de energia, por exemplo, no caso da energia solar e eólica, preocupação que faz parte da principiologia do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE)<sup>12</sup>, considerando os objetivos da política de aproveitamento racional das fontes de energia, que perpassa por proteger o meio ambiente e promover a conservação de energia, mitigar as emissões de gases causadores de efeito estufa e de poluentes nos setores de energia, além de fomentar a pesquisa e o desenvolvimento relacionados à energia renovável, entre outros pontos.<sup>13</sup>

A interdisciplinaridade da energia renovável somente poderá ter aplicabilidade se for conexa às determinações contemporâneas do conceito de proteção ambiental e ecológica, com interpretação do manuseio de interferências no meio ambiente para além da proposta antropocena, considerando a limitação do alcance do Protocolo de Estocolmo (1972), que apresenta as “pessoas como mais valiosas”, para conter a interferência agressiva do homem no meio ambiente, pois, trata-se de aplicabilidade de conceitos atrelados ao Estado Ecológico (democrático e social)<sup>14</sup>.

Esse é o paradigma ecocêntrico, que é trabalhado por Sarlet & Fensterseifer (2021, p. 138-139), que, à luz do Direito Constitucional Ecológico, de fontes com natureza multidisciplinar, apresentando uma modificação de percepção da própria ONU quanto à defesa do meio ambiente, pontuando pela necessidade de se entender

---

<sup>12</sup> O Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) também foi criado pela Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas.

<sup>13</sup> A Lei No 9.478, DE 6 DE AGOSTO DE 1997 dispõe sobre os princípios e objetivos da Política Energética Nacional, disponível em <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/conselhos-e-comites/cnpe>. Acesso em 09 out. 2022.

<sup>14</sup> Também designado por alguns como Pós-Social, agregando a dimensão ecológica, comprometendo-se com o enfrentamento e prevenção do quadro de riscos e degradação ecológica (SARLET & FENSTERSEIFER, 2021, p. 94).

que o quadro de mudanças climáticas afeta todas as regiões do mundo, que implica em desequilíbrio de toda sua cadeia viva, apresentando o debate da proteção dos direitos da Natureza, assim como se percebe na Constituição do Equador de 2008, a se proteger os direitos da Pachamama (SARLET & FENSTERSEIFER, 2021, p. 144).

Reconhecer o estado ecológico oportuniza a valorização das questões de inter-relação da energia, meio ambiente e desenvolvimento, através da perspectiva sustentável e que a implantação de parques renováveis deve também respeitar o meio ambiente, na sua percepção global, ponderando os impactos na comunidade, na fauna, flora, nas questões culturais da região, diminuindo os litígios de implantação e oportunizando que o setor elétrico passe a crescer através dos renováveis.

De tal maneira, considerando o RELATÓRIO SÍNTESE – BEN, 2021, o crescimento dos renováveis na cadeia elétrica brasileira representa uma célula socioecológica de mudança do paradigma antropocêntrico na proteção do meio ambiente, pois importa no real combate a emissão de gases poluentes na atmosfera, percebendo a participação normativa na defesa da própria natureza, pois, em média, o Brasil totalizou uma emissão antrópica, vinculada à matriz energética, de 1,9t CO<sub>2</sub>-eq, ou seja, o equivalente a 13% de um americano, 32% de um cidadão da União Europeia e 27% chinês, de acordo com os últimos dados divulgados pela Agência Internacional de Energia (IEA) para o ano de 2019.

### **3 O BRASIL E O INSUSTENTÁVEL QUADRO DO RETROCESSO AMBIENTAL E CLIMÁTICO**

Firmado o diagnóstico da presença do protagonismo da energia renovável na matriz energética brasileira, bem como, percebido a necessidade de valorização desse perfil renovável na condução da produção de energia no país, nasce a possibilidade de aplicabilidade dos renováveis como instrumento de efetivo combate às emissões de gases poluentes, influenciando positivamente na efetividade de protocolos de percepção das mudanças climáticas no mundo.

As mudanças climáticas podem ser consideradas como fato científico consolidado. Assim como sua relação direta com a atividade industrial e com a emissão de gases do efeito estufa na atmosfera (KAHL & WELLER, 2020, p. 15).

Esse é o perfil que remonta os dados do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas da ONU(IPCC), utilizados pela maior parte da comunidade científica como parâmetro do estado global em meio à crise climática, bem como documento que apresenta projeções para o futuro do problema.

No caso específico da América Latina, o relatório do IPCC de 2021 apresenta que “é alto o risco de agravamento da crise na América do Sul, com aumento das temperaturas e extremamente provável aumento do nível dos oceanos e mudanças no ciclo de precipitação” (IPCC, 2021, p. 150).

Apesar disso, observa-se o retrocesso ambiental – e climático- como tônica de uma série de medidas administrativas e legislativas no Brasil. Tal fato é perceptível em Projetos de Lei que tramitam no Congresso e em Decretos da Administração Pública, como pode ser identificado no caso do Projeto de Lei (PL) nº 6.999/02, que busca ampliar o número de agrotóxicos cuja utilização é permitida na agricultura no país (SALES, 2020, p. 61-62).

Ainda nessa perspectiva, outro esforço para flexibilização da proteção integral do meio ambiente é o Decreto nº 9.760, de 11 de abril de 2019, que, ao instituir o núcleo de conciliação para multas ambientais, resultou na suspensão de cobranças em andamento e ampliou a possibilidade de descontos para o seu adimplemento, sendo objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 592, que tramita no STF (BRASIL, 2020, p. 2).

No quesito climático, recebe destaque a paralização do Fundo Clima em 2019, principal mecanismo de financiamento de políticas de mitigação das mudanças climáticas do país, que somente foi liberado por via judicial, como será explorado posteriormente.

O Fundo possui relação direta com compromissos internacionais assumido pelo Brasil no Acordo de Paris, de 2015, no qual o Brasil se comprometeu a reduzir 37% de suas emissões de Gases do Efeito Estufa entre 2020 e 2025, o que leva a uma afirmativa de que, atualmente o país está longe de atingir essa meta (FILTER, 2020, p. 54).

Essa percepção também é presente nas modificações de composições de entes que trabalham questões ambientais, como identifica Cristina Graça:

O Fundo Clima, criado em 2009, é certamente o principal mecanismo de financiamento de projetos para implementar tais metas e mitigar os efeitos das mudanças climáticas. Com sua paralisação e a alteração da composição do seu comitê gestor, que exclui a participação de representantes da comunidade científica, da organização não governamental indicada pelo Fórum Brasileiro de Mudança do Clima, dos trabalhadores rurais e urbanos, dos estados e dos municípios, desaparece quase completamente a possibilidade do país atender a NDC. Além disso, viola-se o direito de participação social de uma parcela significativa da sociedade brasileira. (GRAÇA, 2021, p.82).

Diante desse cenário, mostra-se como recurso importante para os particulares, associações da sociedade civil, e o próprio Ministério Público, o recurso ao Poder Judiciário, para recurso ao princípio de proibição ao retrocesso ambiental existente no ordenamento jurídico brasileiro.

Tratando sobre o tema, é importante a percepção do Estado Brasileiro, pela CRFB/88, como Estado de Direito Social e Ecológico, em função dos objetivos de erradicação da pobreza e desigualdade social, previstos no seu art. 3º, I e III, e da expressiva força normativa do art. 225 da Constituição (SARLET & FENSTERSEIFER, 2021, p. 59).

Ressalta-se que o referido dispositivo traz o direito fundamental de todos ao meio ambiente equilibrado e o dever do Poder Público e da coletividade de protegê-lo (BERTOLDI & MASSAÚ, 2021, p. 402).

Daí se extrai a vedação à retrodegradação socioambiental que, porventura, se propuser pela via da produção legislativa constitucional reformadora ou infraconstitucional (MOLINARO, 2007, p. 104).

Na jurisprudência pátria, o referido princípio é utilizado e vem sendo gradativamente aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), bem como pelo Supremo Tribunal Federal. Exemplificativamente, cita-se o julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 418.526/SP, no STJ, de relatoria do Ministro Teori Zavascki. Nesse precedente se reconheceu a proibição do retrocesso como princípio geral do direito ambiental brasileiro (BRASIL, 2010).

Além disso, na doutrina pátria se observa a ideia de um mínimo existencial ambiental, e climático, que deve ser garantido a todos os cidadãos, conforme defendem Sarlet e Fensterseifer (2021, p. 37-40).

A ideia decorre da concepção clássica do mínimo existencial, que se refere a uma garantia constitucional de eficácia dos direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, para garantir condições mínimas de vida digna, que não se confundem com aquelas necessárias para sua mera sobrevivência.

A desse ponto, o mínimo existencial climático consistiria nas condições mínimas de exercício do direito fundamental de integralidade do sistema climático, que possibilitam a existência digna da pessoa humana, mas também da natureza e dos seres vivos não-humanos, em uma perspectiva ecocêntrica (ROCHA, 2020, p. 10). Trata-se de mais um argumento relevante para o recurso à via judicial diante do retrocesso climático no Brasil.

### **3.1 VIÉS DE COMBATE AO RETROCESSO: LITIGÂNCIA CLIMÁTICA**

No contexto apresentado, os litígios climáticos despontam como via para pressionar o Estado e os particulares, a partir de mandado judicial, a cumprir os compromissos assumidos – no caso do Brasil nacional e internacionalmente- de atuar no sentido de combater as mudanças climáticas.

Nesse sentido, o objeto dessas ações é a mitigação ou prevenção da crise climática, o que pode se dar por meio de cortes de emissões de gases do efeito estufa, estímulo a energias renováveis, entre outras políticas públicas (WEDY, 2019, p. 33-34).

Em revisão de literatura a respeito do tema, Peel & Osofsky (2020, p. 8.3) adotam uma definição ainda mais ampla da litigância climática. As autoras reconhecem que casos que não são sobre mudanças climáticas de uma maneira central, mas tem como resultado mitigação ou adaptação, também devem ser considerados.

É importante destacar que a dimensão desses litígios muitas vezes é estrutural, e busca decisões que reorganizem o aparato estatal de proteção ambiental. Nessa perspectiva, coloca-se a via judicial como alternativa para coibir a omissão estatal, na medida em que a proteção insuficiente do mínimo existencial climático enseja responsabilização do Estado por danos causados à coletividade, ou mesmo indivíduos afetados pelas mudanças climáticas (FENSTENSEIFER, 2011, p. 322-355).



Em que pese esse tipo de litígio ainda seja incipiente no Brasil, pode-se afirmar que pode ser enquadrado como estratégia de governança climática no país (CUNHA & REI, 2018, p. 322). Nessa perspectiva, no contexto brasileiro, insta destacar que a questão da paralização do clima foi judicializada junto ao STF por meio da ADPF 708/DF. Na decisão, julgou-se procedente a tese de que:

O Poder Executivo tem o dever constitucional de fazer funcionar e alocar anualmente os recursos do Fundo Clima, para fins de mitigação das mudanças climáticas, estando vedado seu contingenciamento, em razão do dever constitucional de tutela ao meio ambiente (CF, art. 225), de direitos e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (CF, art. 5º, par. 2º), bem como do princípio constitucional da separação dos poderes (CF, art. 2º c/c art. 9º, par. 2º, LRF). (BRASIL, 2022).

Assim, trata-se de exemplo de litígio climático bem sucedido. Diante da inoperância do poder executivo na manutenção do Fundo, o Poder Judiciário assumiu seu papel de garantir o direito fundamental ao clima estável, diante de um neoconstitucionalismo que adota a relativa proibição do retrocesso como princípio geral do direito (SIQUEIRA & SEDORLA & RIBEIRO, 2021, p. 47).

#### **4 CONCLUSÃO**

Diante do contexto abordado, percebe-se que a diversificação da matriz energética, em especial a submatriz elétrica, no Brasil, a partir da implantação da energia renovável nos setores industriais, comerciais, sociedade comum, organizada etc., possui uma forte interdisciplinaridade, considerando sua inter-relação, ora com o meio ambiente, essa de perspectiva acentuada, ora com questões do desenvolvimento e economias sustentáveis, possibilitando uma perspectiva de um planejamento energético plural.

Nesse quadro, a dogmática aplicada não pode ser a tradicional, sob pena de afrontar direitos fundamentais, em particular o meio ambiente, assim entendido de maneira ampla, por ser um direito fundamental de terceira geração, de tratamento especialíssimo e que envolve a diretriz da solidariedade.

De tal forma, a energia renovável se torna uma célula que compõe o novo paradigma da análise ambiental, que não se permite ter a resolução de seus conflitos com a centralidade de atos apenas no homem, pois se modifica a perspectiva para se ter uma ampla defesa dos direitos da Natureza, tendo como foco primário da resolutividade de demandas a inclusão da visão ecocêntrica no conceito de proteção ao meio ambiente equilibrado.

Nesse cenário, retoma-se, portanto, a problemática apresentada como núcleo central do debate, que se consubstancia na confirmação da energia renovável, inserida na produção de energia elétrica com menor impacto ambiental, como célula ativa de combate à emissão de gases de efeito estufa (GEE), mesmo diante da dicotômica experiência brasileira, que ora apresentava uma governança sem a primazia da pauta ambiental, ora ratificava protocolos de combate à emissão de gases poluentes.

Nesse ponto, os objetivos do trabalho foram alcançados, ao ser diluído as temáticas de debates sobre o modelo brasileiro atual de tratamento energético e percepção de proteção integral do meio ambiente, tornando necessário uma readequação de programas governamentais, diante da aplicabilidade obrigatória de todas as diretrizes internacionais que primam por uma proteção do meio ambiente como direito fundamental.

De tal maneira, o Estado brasileiro, ao desrespeitar protocolos de proteção integral ambiental, em particular, no campo da produção energética, por exemplo, dando ênfase ao acionar de termelétricas, ao invés de maior uso de energia solar, acabou por ocasionar rupturas com a própria tutela da dignidade da pessoa humana, trazendo um quadro do retrocesso ambiental e climático não permitido, já que o Brasil participou, por exemplo, da assinatura da Declaração dos Líderes de Glasgow, se comprometendo, até 2030, a deter e reverter a perda florestal e degradação de solo, reconhecendo o papel fundamental desses ecossistemas para a redução de gases de efeito estufa, apresentando meta para a redução de emissões de gases e zerar a emissão líquida até 2050.

Entre outras percepções, indubitavelmente, quanto ao quadro de protocolos internacionais que visam o protagonismo do uso da energia renovável, a mudança de

paradigma antropocêntrico tem como um dos alicerces a necessária diversificação da matriz energética do Brasil.

Dessa forma, observa-se que para haver efetiva mudança de perspectiva na política ambiental e climática brasileira, o uso de renováveis se manifesta como um dos caminhos positivos para a implantação das diretrizes do Estado Ecológico, Democrático e Social nas políticas públicas.

Tal perfil é reflexo da inter-relação da energia renovável com diversos fatores sociojurídicos presentes na cadeia energética (geração, distribuição e consumo), quer seja na interação comunidade e parques renováveis (eólicos, solar, etc.), quer seja a interação da implantação energética com a natureza, que não poderá ser objeto de invasiva modificação, permitindo uma gestão plural, pública e privada, na geração energética, obrigatoriamente via menor impacto ambiental e amplo acesso, consolidando, assim, a aplicabilidade do ODS n. 7 no planejamento energético nacional, sendo ferramenta de mudança do paradigma antropocêntrico da política de retrocesso ambiental e climática brasileira, possibilitando a produção de energia com menor impacto ambiental e o amplo acesso à energia renovável.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. ANEEL - AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Atlas de Energia Elétrica no Brasil: Energia Eólica**. 3. ed. Brasília, 2008. 236 p. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/arquivos/PDF/atlas3ed.pdf>. Acesso em: 9 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 3540**. Julgada em 2005. Requerente: Procurador – Geral da República. Ministro Relator Celso de Mello. 01 de setembro de 2005. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2311268>. Acesso em: 9 out. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 708**, relator: Min. Roberto Barroso, Brasília, DF, Diário de Justiça Eletrônico 28 set., 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **EREsp 418.526/SP**, Relator: Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, Brasília, DF, Diário de Justiça Eletrônico de 13 de out., 2010.

BRASIL. **Decreto n. 9.760, de 11 de abril de 2019**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D9675.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9675.htm). Acesso em: 30 de setembro de 2022.

BRASIL. **Lei Federal nº 10.438, de 26 de abril de 2002.** Dispõe sobre Programa de Incentivo às fontes Alternativas de Energia Elétrica – PROINFA. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10438.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10438.htm). Acesso em: 28 jun. 2019.

BRASIL. **Lei Federal nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm). Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. **WRI.** Disponível em: [https://www.wribrasil.org.br/imprensa/cop26-protexao-de-florestas-vira-prioridade-global-brasil-precisara-transformar-promessas?gclid=Cj0KCQjwy5maBhDdARIsAMxrkw3K2PsADFWQd22yk-JNvBlbZWwRXpME5UBe7ppNO3Bk7MWSWqzLbVoaArPEEALw\\_wcB](https://www.wribrasil.org.br/imprensa/cop26-protexao-de-florestas-vira-prioridade-global-brasil-precisara-transformar-promessas?gclid=Cj0KCQjwy5maBhDdARIsAMxrkw3K2PsADFWQd22yk-JNvBlbZWwRXpME5UBe7ppNO3Bk7MWSWqzLbVoaArPEEALw_wcB) Acesso em 10 out. 2022.

BRASIL, **EPE.** Disponível em: <http://epe.gov.br/pt/abcdenergia/matriz-energetica-e-eletrica>. Acesso em: 9 out. 2022.

BRASIL, **BEN-2022.** Disponível em: <https://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/balanco-energetico-nacional-2022> Acesso em 9 out. 2022.

BERTOLDI, Márcia; MASSAÚ, Guilherme Camargo. O dever fundamental para o meio ambiente equilibrado. In: CALGARO, Cleide; PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; BRASIL, Deion Ribeiro. (Org.). **Constitucionalismo e meio ambiente.** 1 ed. Porto Alegre: Editora Fi, v. 6, p. 400-425, 2021.

DA CUNHA, Kamyla Borges; REI, Fernando. Litigância como estratégia de fortalecimento da governança climática: reflexões para o contexto brasileiro. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, v. 9, n. 3, p. 303-323, 2018.

FENSTERSEIFER, Tiago. A responsabilidade do estado pelos danos causados às pessoas atingidas pelos desastres ambientais associados às mudanças climáticas: uma análise à luz dos deveres de proteção ambiental do estado e da proibição de insuficiência na tutela do direito fundamental ao ambiente. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 9, n. 13, jan. -dez. 2011. p. 322 -354.

FERREIRA, H. T. **Energia eólica:** Barreiras a sua participação no setor elétrico brasileiro. 2008. Dissertação (Mestrado em Energia) - Energia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. doi:10.11606/D.86.2008.tde-10082011-163252. Acesso em: 30 set.. 2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. FERREIRA, Renta Marques. Tutela Jurídica da energia solar em face do Direito Ambiental Brasileiro. **Revista Iberoamericana de gobierno Local (RIGL).** Vol. 19, jun. 2021. ISSN: 2173-8254. Disponível em

<https://revista.cigob.net/19-junio-2021/articulos/proteccion-legal-de-la-energia-solar-frente-a-la-ley-ambiental-brasilena/ver-online/>. Acesso em: 20 abr. 2022.

FILTER, Pedro Aragão Seabra. **A efetivação do Acordo de Paris no Brasil**: um estudo comparado da proteção ambiental com a Austrália e a Nova Zelândia Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2020.

GIDDENS, Antony. **Politics of climate change**. Cambridge (UK): Polity, 2009.

GRAÇA, Cristina Seixas. Retrocesso ambientais e os efeitos no combate às mudanças climáticas. In: GAIO, Alexandre (Org.). **A política nacional de mudanças climáticas em ação: a atuação do ministério público**. Belo Horizonte: Abrampa, 2021.

IPCC. **Climate Change 2021: The Physical Science Basis**. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. Disponível em: [https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC\\_AR6\\_WGI\\_Full\\_Report.pdf](https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC_AR6_WGI_Full_Report.pdf). Acesso em: 9 out. de 2021.

KAKL, Wolfgang; WELLER, M. **Climate Change Litigation**, Munique: CH Beck, 2020.

LOPEZ, R. A. **Energia eólica**. 2. ed. São Paulo: Artliber, 2012.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito Ambiental**: proibição do retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PEEL, Jacqueline; OSOFSKY, Hari. Climate change litigation. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 16, n. 1, p. 21-38, 2020.

ROCHA, Lilian Rose Lemos. A sala de emergência ambiental: a proteção dos direitos da natureza na América Latina. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 3, 2020.

SALES, Marília Gurgel Rocha de Paiva e. A proposta de flexibilização da legislação sobre agrotóxicos (Projeto de Lei nº 6299/2002): Análise à luz do direito fundamental à sadia condição de vida e ao meio ambiente equilibrado. **Revista de Direito e Sustentabilidade**, v. 6, n. 1, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ecológico**: constituição direitos fundamentais e proteção da natureza, 7ª edição rev. atual. ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.

RIBEIRO, Luís Gustavo Goçalves; SIQUEIRA, Carolina Mendonça de; CEDROLA, Silvia Altaf da Rocha Lima. A cooperação federativa para a efetivação do direito

fundamental ao clima estável. **Revista de Direito e Sustentabilidade**, v. 7, n.2, p. 39–58| Jul/Dez. 2021.

WEDY, Gabriel. **Litígios climáticos**. Salvador: JusPodium, 2019.

## 17. EXPANSÃO DO JUDICIÁRIO: A FORÇA CONTRAMAJORITÁRIA EM DWORKIN

*EXPANSION OF THE JUDICIARY: THE COUNTER-MAJORITY FORCE IN DWORKIN*



<https://doi.org/10.36592/9786554601153-17>

*Fabio Henrique Oliveira da Cruz*<sup>1</sup>

*Juliane Andrea de Mendes Hey Melo*<sup>2</sup>

### 1 INTRODUÇÃO

Diante de um regime em que impera o cálculo majoritário, que segurança os membros de uma sociedade teriam de que não seriam vilipendiados, de que seus direitos não seriam anulados, que liberdades não seriam tomadas por uma maioria ocasional? Em um momento de intensas polarizações ideológicas e de instabilidade política o conceito democracia tem sido equiparado simplesmente a um governo da maioria. Aqueles que, através do voto, ganharam a eleição tendem a implantar seu projeto político sem olhar para grupos de visões e necessidades diferentes, valendo-se assim do argumento de ser um grupo majoritário legalmente representado.

A promulgação da Constituição de 1988 foi um marco importante na história brasileira, pois simbolizou a transição de um período ditatorial de 21 anos para um Estado Democrático de Direito. A nova carta magna estabeleceu relevantes atribuições aos três poderes, em especial ao Poder Judiciário, que ficou responsável por guardar a Constituição. Além disso, o Judiciário também acumulou funções de foro especializado e de tribunal de última instância. A Constituição também sancionou direitos e garantias individuais e coletivas fundamentais, o que representou a vitória de manifestações sociais que lutavam pelo fim do regime

---

<sup>1</sup>Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro do Grupo de Pesquisa Ética Política e Democracia (GPEPD). Email: [fabiohocruz@gmail.com](mailto:fabiohocruz@gmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8246-0144>. Curitiba/PR.

<sup>2</sup>Doutoranda no Programa de Pós Graduação em Direito do Centro Universitário do Brasil - UNIBRASIL. Professora no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Líder do Grupo de Pesquisa Ética Política e Democracia (GPEPD). Email: [juliane@heymelo.com](mailto:juliane@heymelo.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0802-0466>. Curitiba/PR.

ditatorial, pelo respeito e valorização dos diferentes e pela maior participação da população na coisa pública.

À vista desse cenário um estudo sobre o entendimento do valor da força contramajoritária do filósofo americano Ronald Dworkin se faz necessário para entendermos a importância de um sistema democrático de alto padrão, que considera não somente o grupo majoritário, mas todos os cidadãos como indivíduos portadores de direitos iguais invioláveis. E que para a garantia desses direitos um poder contramajoritário que faça valer a constituição diante a incerteza que podem trazer grupos majoritários ocasionais.

O presente trabalho se propõe a discutir se Poder Judiciário não eleito pode derrubar decisões políticas tomadas pela maioria de representantes eleitos democraticamente. Ou seja, se a existência de um Poder Judiciário contramajoritário é pertinente e se aprimora o padrão de democracia. A metodologia utilizada foi a hipotético-dedutiva através da análises de fontes secundárias que tratam a importância da força contramajoritária, tendo como marco teórico o filósofo Ronald Dworkin. Possui também como objetivos específicos caracterizar os conceitos de Ativismo Judicial, Judicialização da política e Poder contramajoritário, bem como cotejar a legitimação do Poder contramajoritário específico na teoria de Dworkin.

O trabalho parte da hipótese de que o Poder Judiciário de função contramajoritária é de extrema importância para fazer valer os direitos fundamentais e princípios constitucionais que garantem que todos os indivíduos serão tratados de maneira igualmente respeitosa e que o devido processo legal será seguido para todos. Ou seja, de que o Estado deve reconhecer todos os indivíduos como portadores de status moral e político e à vista disso tratá-los com igual respeito, resguardando seus direitos fundamentais.

## **2 ATIVISMO JUDICIAL**

O debate sobre o Poder Judiciário como força contramajoritária no Brasil geralmente traz à tona discussões acerca de quais seriam as funções e condutas do Poder Judiciário em um Estado democrático e constitucional. Quando emergem discussões deste tipo, o ativismo judicial se mostra uma questão pertinente e relativa



ao tema, pois os fenômenos de judicialização da política e ativismo judicial revelam o aumento do poder e a influência de intervenção do Judiciário nas dinâmicas do espaço público. Por esta razão, é importante fazer a distinção entre esses importantes conceitos que estão quase sempre relacionados. Embora sejam tão próximos, não possuem a mesma causa geradora, como afirma Barroso (2009): "a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas" (p. 14).

O conceito "ativismo judicial" é recente na história do Brasil, assim como em toda a história. O primeiro uso do termo foi feito por Arthur Schlesinger, em 1947, logo depois da Segunda Guerra Mundial, em um artigo publicado na revista *Fortune* (KOERNER, 2013, p. 70), e se popularizou nas décadas de 50 e 60. Mas o fenômeno é mais antigo e remonta ao século XIX, no contexto de atritos entre o poder executivo e legislativo e de jurisprudência norte-americana, pois, como sempre, primeiro vem o fato, e depois a terminologia, ou seja, seu reconhecimento, caracterização e estudo. Barroso (2009) afirma que o ativismo judicial surgiu, em seu primeiro momento, como manifestação de natureza conservadora e que somente após a década de 50 ganhou protagonismo progressista no sentido de garantir direitos fundamentais para minorias, com negros e mulheres (p. 14), nesse sentido como força contramajoritária.

O ativismo judicial se caracteriza por uma proatividade do Poder Judiciário de interpretar a lei expandindo seu sentido e impacto, trazendo assim uma nova abordagem à uma lei já existente. Barroso afirma que: "o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito" (2009, p 15).

A ação do ativismo judicial nem sempre é clara, pois suas fronteiras estão entre o direito e a política. Quando o ator, seja ele um juiz ou a própria ação conjunta de uma corte, ultrapassa essa divisa, vê-se em uma situação de instabilidade - no sentido de não estar mais alicerçado na norma jurídica ou na jurisprudência -, mas passa a sofrer influência de seu meio, como, por exemplo, de ideologias, pressões populares ou até mesmo emoções próprias como forma de ação ou reação a algo em específico. Por essa razão, Koerner (2013) vai mais além do que Barroso ao afirmar:

O ativismo seria contrário à Constituição e ao direito, pois seria descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes do Estado. Os juízes passariam a fazer lei e não mais a interpretá-la, violariam a separação dos poderes e a delegação constitucional que receberam, sem serem responsáveis perante os representados e, ainda, provocariam a mudança da Constituição sem alteração do seu texto (p. 72).

Existe um potencial, dentro do ativismo judicial, de desestabilizar o estado democrático de direito quando o Poder Judiciário ultrapassa suas prerrogativas e atua em outro ambiente, sendo esse o do poder legislativo. Mello e Santa Rita (2019) afirmam que o ativismo judicial pode afetar o "ordenamento jurídico, fazendo com que ele atue fora da legislação, não possuindo o devido respaldo legal".

A prática do ativismo judicial vem crescendo no Brasil, mas esse fenômeno se deu principalmente a partir da Constituição de 1988, pois durante o Regime Militar de 1964-1985 o Poder Judiciário via-se limitado, pois era, em muitos casos, excluído de apreciar juridicamente os atos praticados pelo Poder Executivo.

Um caso que obteve grande repercussão na imprensa foi sobre fidelidade partidária, Resolução nº 22.610/2007, através da qual o Supremo Tribunal Federal (STF), por decisão do colegiado, criou uma nova regra para a perda de mandato além das que já estavam previstas. Vale lembrar que, em maio de 2015, em nova discussão do STF, foi decidido que a perda do mandato por infidelidade partidária só poderia ser aplicado para eleições proporcionais e não majoritárias.

Deixando de lado uma análise sobre a validade ou não da decisão, o que é pertinente para a discussão neste momento é que a omissão do Poder Legislativo, junto ao desprestígio e à falta de confiança da população para com os parlamentares criaram um vácuo que é preenchido pela ação do Poder Judiciário, como afirma Koerner (2013): "o ativismo seria um desdobramento de [...] uma necessidade objetiva decorrente da chamada inoperância dos outros poderes e a omissão patológica do Poder Legislativo" (p. 72). Barroso (2009) também reconhece que o Poder Legislativo passa por uma crise que resulta no ativismo judicial:

Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa

direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral (p. 16).

O ativismo judicial é uma ação proativa por parte do Poder Judiciário que visa explorar a lei de maneira ampla, visando, muitas vezes, corrigir a omissão e inaptidão de outros poderes, mas ao fazer isso corre o grave risco de ultrapassar os limites de suas funções constitucionais pré-estabelecidas pela divisão tripartite dos poderes. Esse ativismo possui capacidade de impactar o ordenamento jurídico e desestabilizar a democracia visto que não se trata de um poder diretamente representativo.

### **3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

Durante o século XX houve uma intensa transferência de poder de instituições representativas democraticamente eleitas para o Poder Judiciário. Essa manifestação é caracterizada como judicialização da política. Ran Hirschl (2006) sintetiza esse fenômeno como sendo: "o recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas" (p. 140). Estefânia Barboza e Katya Kozicki (2012) definem a judicialização da política como um processo de substituição do Estado pelo Judiciário, onde o juiz se torna agente ativo das decisões sobre demandas sociais, como também as que envolvem políticas públicas (p. 63). Seguindo a mesma linha, Nairo José Borges Lopes define da seguinte forma a judicialização da política:

A definição que se extrai do estudo é de que a judicialização é uma atuação do Poder Judiciário com a finalidade de rever a decisão de um poder político tomando como base a Constituição. Pode também significar a transferência das decisões do Legislativo/Executivo para o Judiciário, bem como a expansão dos métodos de decisão judiciais para instâncias não judiciais. Pode ser também identificada com o "poder de veto" que o Judiciário exerceria de forma contramajoritária, atendendo aos interesses de grupos minoritários (2016).

Se considerarmos a judicialização da política como sendo a interferência do Poder Judiciário através de decisões que impactam a política, podemos constatar que essa dinâmica já acontecia em monarquias européias do século XIX, mas que esse fenômeno se intensificou após o fim dos regimes ditatoriais do século XX, quando Estados intervencionistas autoritários deram lugar a sistemas democráticos.

Após o término das Grandes Guerras e do declínio de vários outros regimes ditatoriais que vieram depois, houve um crescimento dos Estados democráticos no mundo. Atrelado à ascensão desses regimes veio também a instituição de garantias e direitos individuais e coletivos que visavam blindar retrocessos. Essa investidura resultou ou intensificou, dependendo do local, em uma maior participação da sociedade não só na política, mas também dentro do Poder Judiciário, que, ao vê-lo como garantidor de seus direitos, passou a requisitá-lo para intervir diante de disputas entre a sociedade ou diante excessos do próprio Estado. Isso significa que o processo da Judicialização da política se dá pela popularização do Poder Judiciário entre a sociedade que a busca como instituição mais especializada para a garantia de seus interesses, seja por meio de advogados ou em ações diretas. Dessa forma, esse fenômeno se caracteriza pelo crescente interesse da sociedade em fazer valer seus direitos estabelecidos por lei, como também por maior transparência das decisões do Estado que tem impacto tanto no individual, como no coletivo da sociedade.

No Brasil, durante o período do Regime Militar, por exemplo, o Poder Judiciário não detinha grande liberdade e autonomia, pois sequer tinha o poder de apreciar juridicamente vários atos praticados pelo Poder Executivo, e também não desfrutava de grande repercussão de suas práticas entre a sociedade. Porém, depois da promulgação da Constituição de 1988, denominada cidadã por Ulysses Guimarães, vemos não só a expansão dos direitos humanos, como também do Judicial Review, como afirma Barboza e Kozicki (2012):

O que se percebe nesse novo contexto político-jurídico criado no pós-guerra com o estabelecimento da supremacia dos direitos humanos, seja por constituições escritas ou não, é que esse movimento se dá junto com a expansão do judicial review em diversos países (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 67).

O cientista político Ran Hirschl (2006) apresenta três faces da judicialização da política que se mostram inter-relacionados, sendo elas: (i) disseminação do discurso e prática jurídica na sociedade, (ii) judicialização das políticas públicas e a (iii) judicialização da política pura ou da megapolítica.

A vida moderna trouxe uma popularização não somente dos jargões, como também da prática jurídica. Em relações sociais interpessoais em que se predominava a informalidade, agora contratos cheios de normas e regras são estabelecidos para garantir que ambas as partes estejam cientes de seus deveres, como também para proteger os direitos entre os envolvidos. O contrato substituiu a palavra nas relações e, devido a essa formalização jurídica, o Estado deve intervir para garantir o cumprimento do acordo. Nesse sentido, a popularização do estado de direito se dá desde contratos de compra e venda à atas elaboradas em reuniões de condomínio repleta de termos jurídicos. A sociedade se modernizou, se especializou, e com ela houve uma formalização jurídica que regulariza essas relações.

A segunda face da judicialização apresentada por Hirschl é denominada como "judicialização vinda de baixo", pois são realizadas por pessoas comuns, instituições, organizações sociais que requerem seus direitos diante a atuação do Estado. Em outras palavras, seria a mobilização jurídica organizada da sociedade popular.

Através dessas ações promovidas por pessoas ou entidades populares, o Poder Judicial intervém para proteger e exigir os direitos constitucionais, como, por exemplo, o devido processo legal, liberdades ou ainda direito à igualdade. Seria uma forma de exigir os direitos individuais perante decisões majoritárias realizadas pelo Executivo ou Legislativo.

Ainda dentro dessa segunda categoria da judicialização das políticas públicas está o controle judicial de atos da administração pública. Quando o Estado elabora políticas públicas, que variam de áreas como saúde, transporte, educação, deve manter-se dentro de aspectos procedimentais e da garantia de direitos previstos pela constituição. Dessa forma o Poder Judiciário torna-se um vigia ao exigir que o poder público siga dentro do devido processo legal.

Partindo de princípios básicos de direito contratual, constitucional e, principalmente, administrativo, os tribunais monitoram e promovem a aplicação de garantias do devido

processo legal, igualdade de oportunidades, transparência, *accountability* e razoabilidade na elaboração de políticas públicas (HIRSCHL, 2006, p. 145).

Esse processo não se dá apenas em âmbito nacional, mas também no internacional com a criação de blocos econômicos, tribunais e comissões internacionais e com a própria Organização das Nações Unidas, que trabalha para a garantia dos direitos humanos, proteção a minorias, preservação da natureza e de animais, além da organização e regulamentação de tratados comerciais entre países.

Com essa expansão da judicialização da política nas duas categorias levantadas, a popularização da atividade do advogado se dá como forma de formalização no embate entre os próprios indivíduos na sociedade, bem como entre o indivíduo e o Estado.

A terceira categoria da judicialização da política que Hirschl apresenta é mais sutil se comparada com a segunda categoria, pois é a utilização de tribunais para resolver questões da megapolítica ou macropolítica. As questões apresentadas por Hirschl são questões centrais que tem o poder de dividir ou de unir a sociedade como um todo e que, muitas vezes, são a razão de ser de uma comunidade. Hirschl enumera algumas subcategorias da judicialização da megapolítica:

Judicialização de processos eleitorais; supervisão judicial de prerrogativas do Poder Executivo em áreas de planejamento macroeconômico ou segurança nacional [...]; dilemas fundamentais de justiça restaurativa; corroboração judicial de transformações de regime político; e, acima de tudo, a judicialização da própria definição - ou *raison d'être* - da comunidade (HIRSCHL, 2006, p. 146).

Dessa forma, esta terceira categoria não diz respeito a procedimentos específicos do devido processo legal ou à constitucionalidade de ações de outros poderes ou ainda à proteção de direitos individuais e de minorias, mas sim a impasses de questões políticas. Sendo assim, deveriam ser discutidos e decididos pela própria sociedade ou por seus representantes democraticamente eleitos. Quando tribunais e juízes se envolvem nestas questões acabam por descaracterizar a função do próprio político, que é eleito para representar os interesses do povo, desde que estes não contrariem direitos fundamentais previstos na constituição.

#### 4 PODER CONTRAMAJORITÁRIO

Muitas das críticas para com o Poder Judiciário, das acusações de ativismo judicial ou mesmo de judicialização da política, devem-se ao fato deste atuar como um poder contramajoritário. Várias das reclamações dizem respeito à intervenção do Poder Judiciário tanto no Poder Executivo como no Legislativo, não respeitando assim a divisão dos três poderes proposta por Montesquieu. Além disso, há alegações de desrespeito quanto à representação majoritária nos sufrágios. Dessa forma, o Poder Judiciário, e mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, estaria fazendo valer seus próprios interesses e não os interesses da maioria da sociedade.

À vista disso, se faz importante esclarecer primeiramente a função contramajoritária do Poder Judiciário para depois destacar a defesa que o jusfilósofo Ronald Dworkin faz dessa função para a existência de um regime democrático saudável.

A tensão existe. É fato que o princípio da maioria e o de um estado de direito se confrontam muitas vezes na vida pública. Muito se tem escrito sobre democracia, o tema é complexo e profundo. O termo é conceituado popularmente como sendo o poder do povo ou a vontade da maioria. São expressões correntes, mas não sinônimas, pois o governo de todo um povo é diferente de um governo que segue somente os desejos de uma maioria. O constitucionalista Paulo Bonavides conceitua democracia como sendo:

Aquela forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões de governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto, a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo do poder legítimo. (BONAVIDES, 1993, p. 13).

Seria seguro para a totalidade da sociedade um regime que simplifica suas políticas pelo cálculo majoritário? O que seria de grupos minoritários, que são parte do povo, e que dentro de um cálculo matemático simples podem representar até 49%, caso a vontade da maioria tivesse poder absoluto? A história mostrou como era o

período quando regimes absolutistas predominavam, quando o poder ilimitado estava em mãos de poucos. Antonio Oneildo Ferreira faz uma boa indagação sobre a insegurança que não somente a minoria, mas toda a sociedade, teria diante regimes com essa características:

Qual segurança teria um indivíduo se seus direitos, sua integridade, sua dignidade, sua liberdade e sua propriedade pudessem ser a qualquer tempo vilipendiados pelas coletividades – representadas ou não pelo Estado? Por que ele juraria fidelidade à democracia vigente em tais circunstâncias de constante incerteza? Seria possível uma democracia estável sob o império de uma soberania popular ilimitada? (FERREIRA, 2017)

Muitas das constituições ao redor do mundo tentaram resolver essa questão impondo preceitos e normas que igualam todos os indivíduos da sociedade, dando-lhes direitos e garantias fundamentais, mas não desprezando o uso de ferramentas de lógica majoritária para a organização do Estado. A divisão dos três Poderes foi realizada, mas dentro de um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) que inviabiliza o poder absoluto de qualquer destes Poderes, assim como de uma maioria ocasional da população. Sendo assim, a sociedade precisa respeitar todos os indivíduos mesmo se valendo de entendimento majoritário.

Em muitos países, como no caso do Brasil, a Carta Magna tem como guardião o Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, o Poder Judiciário tem a função contramajoritária quando tem a autoridade de inviabilizar a ação de algum outro Poder em nome da Constituição. A importância desse sistema é que ninguém pode estar acima da Constituição, todos devem respeitá-la. Os direitos fundamentais também entram nessa lógica, pois são trunfos diante da maioria e tem como seu garantidor o Poder Judiciário. Posto isto, o indivíduo pode recorrer ao Judiciário quando entende que seus direitos foram violados, mesmo que por uma maioria legítima dentro deste sistema democrático, fazendo acontecer assim um processo de judicialização da política, como expresso anteriormente. Esse fenômeno não acontece somente quando um indivíduo aciona o Judiciário, mas quando qualquer outra instituição também o faz, como partidos políticos, grupos sociais organizados que invocam o poder judiciário contra medidas que afetam minorias marginalizadas.



Diante de perdas no processo de criação de políticas públicas no Executivo ou até mesmo nas discussões e votações no parlamento, esses grupos sociais organizados ou partidos políticos tentam judicializar a política, ou seja, levar ao Poder Judiciário e, mais especificamente, ao STF suas petições para que este intervenha em favor de sua causa garantindo a inviolabilidade dos direitos fundamentais. O próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.831/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, se manifestou defendendo e legitimando a atuação dessas organizações sociais quando estas operam para defender os direitos fundamentais previstos na Constituição:

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - DIREITO DE OPOSIÇÃO - PRERROGATIVA DAS MINORIAS PARLAMENTARES - EXPRESSÃO DO POSTULADO DEMOCRÁTICO - DIREITO IMPREGNADO DE ESTATURA CONSTITUCIONAL - INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO PARLAMENTAR E COMPOSIÇÃO DA RESPECTIVA CPI - TEMA QUE EXTRAVASA OS LIMITES "INTERNA CORPORIS" DAS CASAS LEGISLATIVAS - VIABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL - IMPOSSIBILIDADE DE A MAIORIA PARLAMENTAR FRUSTRAR, NO ÂMBITO DO CONGRESSO NACIONAL, O EXERCÍCIO, PELAS MINORIAS LEGISLATIVAS, DO DIREITO CONSTITUCIONAL À INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR (CF, ART. 58, § 3º) - MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. CRIAÇÃO DE COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO: REQUISITOS CONSTITUCIONAIS. - O Parlamento recebeu dos cidadãos, não só o poder de representação política e a competência para legislar, mas, também, o mandato para fiscalizar os órgãos e agentes do Estado, respeitados, nesse processo de fiscalização, os limites materiais e as exigências formais estabelecidas pela Constituição Federal. [...] O ESTATUTO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS PARLAMENTARES: A PARTICIPAÇÃO ATIVA, NO CONGRESSO NACIONAL, DOS GRUPOS MINORITÁRIOS, A QUEM ASSISTE O DIREITO DE FISCALIZAR O EXERCÍCIO DO PODER. [...] A CONCEPÇÃO DEMOCRÁTICA DO ESTADO DE DIREITO REFLETE UMA REALIDADE DENSA DE SIGNIFICAÇÃO E PLENA DE POTENCIALIDADE CONCRETIZADORA DOS DIREITOS E DAS LIBERDADES PÚBLICAS. O Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, mais do que simples figura conceitual ou mera proposição doutrinária, reflete, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional; densa de significação e plena de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas. A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica. A opção pelo Estado democrático de direito, por isso mesmo, há de ter consequências efetivas no plano de nossa organização política, na esfera das relações institucionais entre os poderes da República e no âmbito

da formulação de uma teoria as liberdades públicas e do próprio regime democrático. Em uma palavra: ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República. - O direito de oposição, especialmente aquele reconhecido às minorias legislativas, para que não se transforme numa promessa constitucional inseqüente, há de ser aparelhado com instrumentos de atuação que viabilizem a sua prática efetiva e concreta. - A maioria legislativa, mediante deliberada inércia de seus líderes na indicação de membros para compor determinada Comissão Parlamentar de Inquérito, não pode frustrar o exercício, pelos grupos minoritários que atuam no Congresso Nacional, do direito público subjetivo que lhes é assegurado pelo art. 58, § 3º, da Constituição e que lhes confere a prerrogativa de ver efetivamente instaurada a investigação parlamentar em torno de fato determinado e por período certo. O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS PARLAMENTARES: POSSIBILIDADE, DESDE QUE HAJA ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO A DIREITOS E/OU GARANTIAS DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. - O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República, ainda que essa atuação institucional se projete na esfera orgânica do Poder Legislativo. - Não obstante o caráter político dos atos parlamentares, revela-se legítima a intervenção jurisdicional, sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional. [...] (MS 24831, Ministro Relator Celso de Melo, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 22/06/2005, Data de Publicação: DJ 04/08/2006).

Sendo assim, o Poder Judiciário como força contramajoritária ganha relevância quando defende os direitos fundamentais em nome das minorias e da Constituição Federal de indivíduos perante os demais Poderes - Executivo e Legislativo - tendo em vista que estes últimos representam a maioria de eleitores que, através do sufrágio, lhes concederam poder de atuar em nome de seus interesses. Nesse sentido foi a fala do ministro do STF, Luís Roberto Barroso, que afirmou que a Suprema Corte desempenha duas funções distintas, sendo a primeira delas de poder contramajoritário - quando anula certas atuações dos demais Poderes - e a segundo como poder representativo das minorias (BARROSO, 2013, p. 14).

À vista disso, o poder contramajoritário instiga a insatisfação popular, pois esta vê muitas vezes no Poder Judiciário uma instituição que frustra seus interesses. Jorge Reis Novais traz um argumento importante diante dessa frustração para com o princípio majoritário:

[...] se se priva parte da população de direitos, se não se lhe reconhece igual consideração no processo de deliberação, se se inibe ou não se assegura a sua igual presença na governação, se se diminui o seu estatuto e não se garante a todos uma esfera de igual liberdade de escolha com efectividade e autonomia, a vida democrática não é livre nem igualitária e, logo, o poder não é democrático. (NOVAIS, 2006, p. 20).

Se entendemos que a Democracia é o “governo do povo, pelo povo e para o povo”, como disse o presidente estadunidense Abraham Lincoln, precisamos garantir que todos os indivíduos desse povo estarão assegurados por leis que os protejam de serem vilipendiados em questões fundamentais por uma maioria ocasional. Em outras palavras, os direitos fundamentais não protegem somente a minoria, mas também a maioria que pode sofrer também com a atuação de governantes e legisladores que podem atentar contra a população. Nesse sentido, uma constituição rígida com cláusulas pétreas se torna elementar, pois cria um arcabouço jurídico indelével que submete todas as instituições e indivíduos em nome do povo.

O Estado de Direito (direitos fundamentais) exige a democracia, como consequência imposta pelo reconhecimento do princípio da igual dignidade de todas as pessoas que estrutura o edifício moderno Estado de Direito. Por sua vez, do princípio da dignidade da pessoa humana decorrem cooriginariamente exigências de igualdade e liberdade individual que conduzem, de forma directa e necessária, à adopção da regra da maioria como princípio elementar de funcionamento do sistema político, pelo que, à luz dessa construção, se não houver democracia não há verdadeiro Estado de Direito. (NOVAIS, 2006, p. 19).

A Constituição de 1988 abriu espaço para uma maior atuação do Supremo Tribunal Federal, a quem, como previsto no artigo 102, compete a guarda da Constituição. Podemos constatar como decorrência disso que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é um dos mais abrangentes do mundo, como

esclarece Luís Roberto Barroso (2009, p. 13). Dessa forma, qualquer instância do Poder Judiciário, e principalmente o STF, pode caracterizar uma lei ou atos normativos como inconstitucional e não aplicá-los. Além disso, pelo art. 103 da Constituição de 1988, vários órgãos e entidades representativas, como a Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e sindicatos de âmbito nacional, podem ajuizar pedidos diretamente ao Supremo Tribunal Federal, seja de maneira proativa ou por pressão popular. Dessa forma, podemos constatar uma ampliação da atuação do STF se comparado com a constituição anterior, pois vemos que através dela somente a Procuradoria Geral da República tinha acesso ao controle exercido pela suprema corte. Vieira (2008) afirma que essa abertura transformou o STF, "em muitas circunstâncias, em uma câmara de revisão de decisões majoritárias" (p. 448).

Instrumento processuais, como ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) são formas de o STF se manifestar a favor da preservação da Constituição. "Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF" (BARROSO, 2009, p. 13).

À vista disso, podemos constatar determinados instrumentos legais que o Poder Judiciário, e mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, dispõe para atuar como força contramajoritária, dessa forma derrubando decisões políticas tomadas pela maioria de representantes eleitos democraticamente.

## **5 A LEGITIMAÇÃO DO PODER CONTRAMAJORITÁRIO EM DWORKIN**

Ronald Dworkin foi um filósofo e jurista americano do século XX de grande relevância principalmente para a área do Direito. Sua crítica ao sistema majoritário ecoa e influencia o sistema político até os dias atuais. A sua concepção constitucional da democracia foi extremamente importante para esta crítica ao sistema democrático majoritário. Para Dworkin são duas as concepções principais relativas à democracia, sendo a primeira a de sistema majoritário que prevê o cálculo da maioria para a definição das decisões, seja para a criação de leis ou de políticas públicas; a segunda é a concepção comunitária, que considera a totalidade do povo

como membros iguais, ou seja, parceiros e responsáveis para a organização da sociedade. Segundo esse último modelo, o governo que "é exercido pelo 'povo' significa governo de todo o povo, agindo em conjunto como parceiros plenos e iguais no empreendimento coletivo do autogoverno" (2016, p. 502). Nesse sentido, o sistema democrático seria melhor se as decisões da maioria respeitassem todos os indivíduos membros dessa sociedade, dessa forma não vilipendiando direitos fundamentais. A questão não pode ser simplificada pelo fato de haver a probabilidade de uma comunidade bem informada que tome decisões pensando no bem da coletividade, mesmo nesse caso a maioria pode estar errada, caso tenha pressupostos falaciosos, por exemplo. "Não se pode negar que a tirania pode subsistir mesmo quando a maioria está convicta de que age visando ao bem comum ou apelando a um suposto interesse coletivo transcendental. Onde houver desrespeito aos direitos das minorias, haverá tirania" (FERREIRA, 2017).

Por esta razão Dworkin afirma que "as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito" (DWORKIN, 2019, p. 26).

A concepção de democracia constitucional de Dworkin não prevê o fim do sistema majoritário, mas presume uma estrutura de Estado muito semelhante. Muitas das decisões políticas podem ser tomadas com base no cálculo da maioria, mas a lógica do sistema proposto é diferente, pois "a concepção constitucional requer esses procedimentos majoritários em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos, e não por causa de um compromisso com as metas da soberania da maioria" (DWORKIN, 2019, p. 26). Nesse sentido, o fim é a totalidade do povo e não a vontade da maioria. Por esta razão, VERBICARO e FADEI (2018) trazem a análise sobre esse ponto da teoria de democracia constitucional de Ronald Dworkin da seguinte forma:

Ressalta-se que apesar de Dworkin discordar da concepção de premissa majoritária, isto não significa a descarte por completo, tendo em vista que a mesma é capaz de propiciar um ambiente ético para essa comunidade. No entanto, repudia a vontade da maioria que seja violadora dos direitos e garantias individuais. A partir desses fundamentos, ao

comentar o constitucionalismo e a sua compatibilidade com a democracia, Dworkin sublinha que a revisão judicial não impede a simetria do poder de voto, bem como não desconsidera nenhum grupo da comunidade. Pelo contrário, propicia um ambiente político para que os cidadãos possam (re) discutir seus direitos, tornando-se mais próximos da vida moral do que o próprio voto (p. 262).

Dworkin critica a visão que muitos possuem de uma união inseparável dos conceitos de democracia e vontade da maioria, como também reconhece a possibilidade de existência de regimes democráticos nos quais os juízes não possuem poder para deixar de lado o entendimento que a maioria tem sobre aquilo que seria bom ou justo. O filósofo reconhece que:

Muitos arranjos institucionais são compatíveis com a leitura moral, inclusive alguns que não dão aos juízes o poder que têm na estrutura norte-americana. Mas nenhum desses diversos arranjos é, em princípio, mais democrático do que os outros. A democracia não faz questão de que os juízes tenham a última palavra, mas também não faz questão de que não a tenham (DWORKIN, 2019, p. 10).

Para Dworkin o Estado deve reconhecer todos os indivíduos como portadores de status moral e político e à vista disso tratá-los com igual respeito, resguardando seus direitos fundamentais. À vista disso, a concepção constitucional de democracia revelaria um padrão mais elevado, pois assumiria a seguinte condição diante um sistema de governo majoritário:

A democracia é um governo sujeito às condições – podemos chamá-las de condições “democráticas” – de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os vereditos dessas instituições, por esse motivo mesmo, devem ser aceitos por todos. Mas quando não o fazem, ou quando essa garantia e esse respeito mostram-se deficientes, não se pode fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantam e respeitem as condições democráticas (DWORKIN, 2019, p. 26-27).

Uma questão importante para entender essa teoria da democracia constitucional é o princípio de igualdade: a pressuposição de que todos os indivíduos

são iguais em direitos e garantias. Dessa forma, o Estado precisa investir de igual maneira a proteção de todos os membros de seu território, pois somente assim será legítimo. À vista disso, Dworkin afirma que “nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade” (2016, p. 1). Sendo assim, somente um regime que entende seus membros como detentores de liberdades e de direitos iguais terá características de uma democracia de melhor padrão. Por essa razão, uma força contramajoritária de faz necessária para garantir que uma maioria ocasional não frustrar os direitos fundamentais de uma minoria mal representada nos Poderes de lógica majoritária, sendo esses o Executivo e Legislativo.

A premissa majoritária tem uma lógica de fácil assimilação e uma maior influência na sociedade, pois ligam diretamente o governo do povo com o governo da maioria. Isto posto, a ideia de um Poder Judiciário que intervém nos outros Poderes para garantir o cumprimento da constituição através de instrumentos legais, como o de revisão judicial ou controle de constitucionalidade, é visto como uma ameaça à democracia. Mas, “o controle do Judiciário não deve ser entendido como uma violação à democracia, mas ao contrário, deve ser considerado como um instrumento de efetivá-la” (VERBICARO; FADEI, 2018, p. 260). Dworkin argumenta que existe a possibilidade do Poder Judiciário tomar uma decisão errada, durante uma revisão judicial, que limite os direitos individuais e a democracia, mas essa decisão equivocada também poder ser cometida pelo Poder Legislativo, equiparando assim a probabilidade de erros dos Poderes.

A democracia de fato fica prejudicada quando um tribunal dotado de autoridade toma a decisão errada a respeito das exigências das condições democráticas - mas não fica mais prejudicada do que quando uma legislatura majoritária toma uma decisão constitucional errada que continua de pé. A possibilidade de erro é simétrica (DWORKIN, 2019, p. 50).

Mas é claro que antes de acontecer uma revisão judicial o Legislativo ainda tem a responsabilidade de fazer seu próprio juízo e declarar um projeto de lei como inconstitucional e não aprová-lo, ou reformulá-lo para que atenda os requisitos e

princípios constitucionais. Embora existindo essa possibilidade, Dworkin afirma que "o Poder Legislativo não é o veículo mais seguro para a proteção dos direitos de grupos pouco populares" (DWORKIN, 2019, p. 53), pois os legisladores estão dentro da lógica representativa majoritária, ou seja, não eleitos por condicionantes numéricos e estão suscetíveis a pressões políticas das mais diferentes formas, estão vulneráveis à opinião pública que os elegeu e dependentes das intenções de votos para se manterem no cargo ou almejem posições eletivas maiores. Sendo assim, tendem a dar pouca relevância a questões minoritárias, pois fornecem pouco capital político.

Diante disso, grupos sociais organizados e até partidos políticos invocam o poder judiciário como um poder contramajoritário para se opor a medidas que afetam minorias fragilizadas ou um indivíduo em específico. À vista de perdas no processo de criação de políticas públicas no Executivo ou até mesmo nas discussões e votações no parlamento, grupos sociais organizados ou partidos políticos tentam judicializar a política, ou seja, levar ao Poder Judiciário e, mais especificamente, ao Supremo Tribunal Federal suas petições para que este intervenha em favor de sua causa garantindo a inviolabilidade dos direitos fundamentais. Nesse sentido, um Judiciário que defende os direitos fundamentais dos indivíduos de uma sociedade e guarda os princípios constitucionais será, em vez de usurpador, um agente de aprimoramento da democracia.

Dessa forma, percebe-se que a atividade judicante ativista, especialmente a desempenhada pela jurisdição constitucional na busca pela efetiva tutela dos direitos fundamentais, está em perfeita simetria com o constitucionalismo e, vai além, vive em harmonia com o princípio democrático (SOUZA, 2016).

A teoria de democracia constitucional de Ronald Dworkin defende o Poder Judiciário como um poder contramajoritário para que este faça valer os direitos fundamentais dos cidadãos, principalmente de minorias, diante da lógica majoritária que tende a priorizar os interesses da maioria da população. Por essa razão Dworkin afirma que "o governo da maioria não é justo nem valioso em si. Só é justo e valioso quando atende a determinadas condições, entre elas as exigências de igualdade



entre os participantes do processo político, por meio do qual se definirá a maioria" (2016, p. 510). Isto posto, Dworkin entende que o Poder Judiciário não deve exercer um papel passivo em um regime democrático, pois afirma que é um poder estratégico para garantir a todos os cidadãos, seja membros de um minoria frágil ou de uma maioria ocasional, os direitos fundamentais e os princípios constitucionais que caracterizam um Estado democrático.

## **6 CONCLUSÃO**

A força contramajoritário do Poder Judiciário suscita debates acalorados em meio a população, principalmente dentre aqueles que veem as pautas dos seus representantes políticos sendo frustradas. A expansão do judiciário é um tema controverso e por essa razão foi importante apresentar distinções mínimas entre os fenômenos de ativismo judicial e judicialização da política. Existe muita crítica, como também defesa deste movimento. Principalmente depois da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário recebeu arcabouço legal que resultou em um processo de expansão e interferência nos demais poderes da República. Esse fenômeno também revelou que o Poder Judiciário tem sido visto como um instrumento mais técnico, idôneo e respeitável, além de mais acessível para que diferentes grupos sociais, principalmente minorias, expressem seus interesses e requisitem seus direitos.

Por meio de diferentes formas de provocação do Poder Judiciário, que se torna impellido de responder às reivindicações sociais que lhe são manifestadas, um processo de expansão do judiciário se materializa para garantir a defesa e a concretização de direitos fundamentais. Não somente como resposta, mas o Judiciário diante de sua incumbência de guardião da Constituição e através de ferramentas como o de revisão judicial ou controle de constitucionalidade tem a responsabilidade de garantir que os direitos fundamentais dos cidadãos, e principalmente de minorias mal representadas nos Poderes Legislativo e Executivo, não sejam ultrajados por maiorias temporárias. À vista dessa interferência muitas críticas têm sido feitas de que a função contramajoritária do Poder Judiciário atenta ao regime democrático, mas Dworkin demonstra em sua teoria que a Democracia pode ser fortalecida com essa intervenção.

O teoria do filósofo americano mostra que a Democracia não é o governo da maioria, mesmo que use alguns métodos de cálculo majoritário, mas sim o governo de todos, pois todos constituem a comunidade do povo e por essa razão devem ser tratados com igualdade de direitos e igualdade de respeito aos devidos processos legais. Por essas razões, é legítimo que o Poder Judiciário não eleito derrube decisões políticas inconstitucionais tomadas pela maioria de representantes eleitos democraticamente, pois este Poder deve garantir que todos os membros dessa sociedade sejam tratados por direitos e princípios constitucionais iguais a fim de que não sejam vilipendiados por maiorias ocasionais. Democracia significa governo do povo e não apenas de uma parte dele.

## REFERÊNCIAS

Barboza, Estefânia Maria de Queiroz; Kozicki, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. Revista Direito GV, São Paulo. Jan-Jun 2012.

Bonavides, Paulo. A Constituição aberta. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

Barroso, Luís Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf>>. Acesso em: 05/08/2020.

Barroso, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Suffragium - Rev. do Trib. Reg. Eleit. do Ce, Fortaleza, v.5.n.8, jan/dez. 2009.

Dworkin, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

Dworkin, Ronald. O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2019

Ferreira, Antonio Oneildo. A natureza contramajoritária da advocacia sob a perspectiva da teoria democrática. Migalhas, 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/256674/a-natureza-contramajoritaria-da-advocacia-sob-a-perspectiva-da-teoria-democratica>>. Acesso em: 05/08/2020.

Hirschl, RAN. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, mai. 2006.

Koerner, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. Novos Estudos, n. 96, jul. 2013.

Lopes, Nairo José Borges. O que é Judicialização da Política? JUS. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50237/o-que-e-a-judicializacao-da-politica>>. Acesso em: 02/08/2020.

Mello, Pedro Santoro de; SANTA RITA, Vitor. A Judicialização da Política no Brasil: os Desafios, os Limites na Atuação do Judiciário e a Defesa Dos Princípios Constitucionais. Âmbito Jurídico. 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-182/a-judicializacao-da-politica-no-brasil-os-desafios-os-limites-na-atuacao-do-judiciario-e-a-defesa-dos-principios-constitucionais/>>. Acesso em: 02/08/2020.

MS 24831, Ministro Relator Celso de Mello, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 22/06/2005, Data de Publicação: DJ 04/08/2006 PP - 00026 EMENT VOL - 02240-02 PP - 00231. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/764159/mandado-de-seguranca-ms-24831-df>>. Acesso em: 02/08/2020.

Novais, Jorge Reis. Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria. Coimbra, Editora Coimbra, 2006.

Souza, Clarissa Abrantes. O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais. Conteúdo Jurídico, 2016. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46349/o-papel-contramajoritario-do-supremo-tribunal-federal-e-a-efetivacao-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 06/08/2020.

Verbicaro, Loiane Prado; FADEI, Anna Laura Maneschy. O modelo de democracia à luz da teoria de Ronald Dworkin. Revista Jurídica vol. 03, n°. 52, Curitiba, 2018. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/Rev-Juridica-UNICURITIBA\\_n.52.13.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Juridica-UNICURITIBA_n.52.13.pdf)>. Acesso em: 02/08/2020.

Vieira, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista Direito GV. São Paulo, v. 4, jul./dez. 2008.



# 18. NOVAS TECNOLOGIAS E PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A UTILIZAÇÃO DE RECONHECIMENTO FACIAL E A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

*NEW TECHNOLOGIES AND PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: THE USE OF FACE RECOGNITION AND THE NEED TO OBSERVE THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY*



<https://doi.org/10.36592/9786554601153-18>

*Helen Lentz Ribeiro Bernasiuk<sup>1</sup>*

## 1 INTRODUÇÃO

Consoante assinala Manuel Castells a evolução tecnológica marca a sociedade contemporânea como sociedade da informação ou informacional. (CASTELLS, 2000, p.17-31). O processo de digitalização e toda a transformação digital é conhecida como Era Digital, em razão desse caráter disruptivo de transformações

A Constituição Federal brasileira de 1988 (Constituição Federal do Brasil, 1988). elenca uma série de princípios democráticos, como o princípio da dignidade humana, a vedação de qualquer conduta discriminatória, dentre outros.

Nesse aspecto, questiona-se como compatibilizar os princípios fundamentais constantes na Carta Magna com os avanços tecnológicos. A utilização das novas tecnologias deve estar em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Os sistemas de reconhecimento facial, no Brasil, são utilizados no contexto de segurança pública como um mecanismo para tentar combater os altos índices de

---

<sup>1</sup> Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direito pela PUCRS. Especialista em Direito Civil pela UFRGS. Especialista em Direito Público pela Uniderp. Diritto Costituzionale Comparato e Cultura Giuridica Europea pela Sapienza, Università di Roma (Itália). La constitución del algoritmo: Inteligencia artificial y Derecho, Universidad de Granada (Espanha). Bolsista Capes/Proex PPGD/PUCRS. Advogada. E-mail: helenbernasiuk@gmail.com. Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6224-1251>.

criminalidade no país. Todavia, há a necessidade de que esses avanços tecnológicos respeitem direitos fundamentais consagrados na Constituição brasileira, como o da dignidade da pessoa humana, da não discriminação, dentre outros. Em razão do exposto, institui-se o problema da pesquisa: quais são os mecanismos legais cabíveis para utilização de sistemas computacionais de reconhecimento facial e quais os mecanismos para vedação de problemas discriminatórios e proteção dos direitos fundamentais.

O objeto geral da pesquisa é a análise da legislação brasileira no que concerne a sistemas computacionais e a utilização de inteligência artificial via reconhecimento facial. Dentre os objetivos específicos estão a análise da possibilidade de vieses discriminatórios; a análise da legislação acerca da matéria; bem como exame de casos concretos de sistemas de vigilância com vieses algoritmos.

Os métodos dedutivos e dialéticos são utilizados para a pesquisa, porquanto a questão de envolvendo inteligência artificial, ainda de forma ampla, como questões de segurança pública são objetos de projetos de lei no direito brasileiro. Adota-se, ainda, o método exploratório e o viés qualitativo. Como técnica de pesquisa, elege-se o procedimento bibliográfico e a interpretação dos dados se dá via método sociológico.

## **1 BREVE FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA ACERCA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL**

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD) define Inteligência Artificial (IA) como um sistema que se baseia em máquinas "that is capable of influencing the environment by producing an output (predictions, recommendations or decisions) for a given set of objectives. It uses machine and/or human-based data and inputs to (i) perceive real and/or virtual environments; (ii) abstract these perceptions into models through analysis in an automated manner (e.g., with machine learning), or manually; and (iii) use model inference to formulate options for outcomes. AI systems are designed to operate with varying levels of autonomy." (OECD. AI Principles overview. Disponível em: <https://oecd.ai/en/ai-principles>)

As máquinas têm a capacidade de trabalhar com diversos níveis de autonomia, inclusive, com modelos que ofereçam opções de resultados. Nesse aspecto, inteligência artificial “es un conjunto de tecnologías avanzadas que permite a las máquinas comprender, actuar y aprender, a través de una combinación de algoritmos planteados con el propósito de hacer con que presenten capacidades similares a las del ser humano” (RUARO & REIS, 2020).

No Brasil, cumpre assinalar a existência de projeto de lei nº 21/2020, que trata acerca da inteligência artificial, o qual ainda está em análise no Congresso Nacional. O projeto de lei estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento da inteligência artificial no Brasil (Projeto de Lei n. 21/2020. Estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2020).

Inteligência artificial, consoante consta no art. 2º do Projeto de Lei 21/2020 é um sistema baseado em “processo computacional que, a partir de um conjunto de objetivos definidos por humanos, pode, por meio do processamento de dados e de informações, aprender a perceber e a interpretar o ambiente externo, bem como a interagir com ele, fazendo previsões, recomendações, classificações ou decisões, e que utiliza, sem a elas se limitar” (Projeto de Lei n. 21/2020. Estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2020).

Visão computacional, por seu turno, refere-se à capacidade de um sistema reconhecer e identificar os mais diversos tipos de objetos a partir de sua aparência. A questão, todavia, diz respeito ao emprego desses recursos ao reconhecimento facial de humanos e, ato contínuo, aos potenciais danos discriminatórios aos indivíduos (SILVA, p. 428-448).

Nesse contexto, a utilização de reconhecimento facial para fins de vigilância deve ser analisada com cautela, porquanto o algoritmo deve fazer uma relação com rostos humanos, a fim de identificar o indivíduo. Desse modo, a face é dimensionada e alinhada para que seja possível a comparação com outras faces já constantes nos sistemas.” (DA SILVA & FRAQUEIRA & HARTMANN, p. 171-204).

Cumpra assinalar, todavia, a existência de fragilidades na utilização de sistemas de reconhecimento, conforme estudo americano, verificou-se que os algoritmos identificaram de maneira errônea, de dez a cem vezes mais do que outros rostos, as faces de asiáticos e de afro-americanos (SINGER, & METZ, 2019).

## 2 VIGILÂNCIA PÚBLICA POR NOVAS TECNOLOGIAS NO BRASIL: ALGUMAS NOTAS SOBRE RECONHECIMENTO FACIAL

Reconhecimento facial aplicado a sistemas de vigilância são ferramentas com potenciais benefícios à segurança pública. Esta é uma questão que demanda o Estado com vistas, inclusive, à própria Constituição Federal de 1988, que compreende o direito social à segurança como um dos pilares do estado democrático de direito, expressamente constante no art. 6º da Constituição Brasileira (Constituição Federal do Brasil, 1988)<sup>2</sup>.

A utilização da tecnologia é amplamente utilizada para ingresso em condomínios, acesso a contas bancárias e diversas outras funcionalidades. Outrossim, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal apenas podem ingressar na Corte aqueles que se submetem ao reconhecimento facial. O argumento é que a tecnologia é de salutar importância para a segurança dos magistrados e o controle daqueles que ingressam no recinto (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. TJDF aprimora segurança com implantação de sistema de reconhecimento facial para controle de acesso de visitantes, 2020)<sup>3</sup>

No contexto brasileiro, com altos índices de criminalidade a utilização de novas tecnologias de reconhecimento vêm sendo utilizadas em alguns estados da federação para conter a criminalidade, pois o reconhecimento facial auxilia na

---

<sup>2</sup> Conforme expressamente previsto no Art. 6º da Constituição Federal Brasileira: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a **segurança**, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).

<sup>3</sup> Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2020/junho/tjdft-aprimora-seguranca-com-implantacao-de-sistema-de-reconhecimento-facial-para-controle-de-acesso-de-visitantes>. Acesso em: 09 outubro 2022.



captura de foragidos do sistema prisional, porquanto alguns estados brasileiros já utilizam essa tecnologia (PORTAL IBHAIA, 2022)<sup>4</sup>.

No contexto da tecnologia de reconhecimento facial, utiliza-se dados biométricos, os quais são considerados sensíveis pela Lei Geral de Proteção de dados, em razão da possibilidade de afronta aos princípios fundamentais (Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018)

O Regulamento Europeu de Proteção de dados, de igual modo, os considera sensíveis, e o conceitua como sendo relativo às características físicas, fisiológicas ou comportamentais de um indivíduo, que permitam sua identificação, como por exemplo, a utilização de imagens faciais<sup>5</sup> (Regulamento Geral de Proteção de dados (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016).

Cumprе assinalar que, em alguns casos a Lei Geral de Proteção de Dados permite a utilização de dados sensíveis, que são os dados biométricos utilizados para o reconhecimento facial, quando se trata de questões de segurança pública (Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018).<sup>6</sup>

Existem no Brasil alguns projetos de lei que tratam acerca da vigilância pública, alguns estaduais, mas não há Legislação Nacional acerca da temática.<sup>7</sup>

De se referir a existência de Projeto de Lei, nº5.231 de 2020, que tem por objetivo vedar conduta discriminatória de agente público ou de profissional que exerça a segurança pública, todavia, ao referido projeto legislativo não abarca especificamente a questão por sistemas de inteligência artificial (Projeto de Lei n. 5.231, de 2020).

---

<sup>4</sup> Disponível em: <http://www.sindetranba.com.br/noticias/foragido-da-justica-e-presos-apos-reconhecimento-facial-em-salvador>. Acesso em: 09 outubro 2022.

<sup>5</sup> Conforme consta expressamente no art. 4º, 14 do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais na União Europeia. UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02016R0679-20160504&from=EN>. Acesso em: 29 set. 2022.

<sup>6</sup> O art. 7º da Lei Geral de Proteção de Dados, que pode ser realizado o tratamento de dados pessoais pela administração pública "para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres"

<sup>7</sup> No campo legislativo, pode-se citar o Projeto de Lei n. 824/2021 que pugna pelo banimento do uso pelo poder público de tecnologias de reconhecimento facial em espaços públicos da cidade. O Projeto de Lei n. 5240/2021, do Rio de Janeiro, dispõe sobre a restrição do uso de tecnologias de reconhecimento facial pelo Poder Público no Estado do Rio de Janeiro.

O tema da vigilância pública é matéria de legislação a nível municipal e estadual. Há projeto de lei que pugna pelo banimento de tecnologia de reconhecimento facial pelo Poder Público, em locais públicos (Projeto de Lei n. 824/2021. Dispõe sobre a proibição do uso de tecnologias de reconhecimento facial pelo poder público municipal. Rio de Janeiro: Câmara de Vereadores, 2021).

De salientar, ainda, a existência de projeto de lei com o objetivo de restringir tecnologias de reconhecimento facial, em razão da ausência de acurácia nesses sistemas (Projeto de Lei n. 5.240, de 2021. Dispõe sobre a restrição do uso de tecnologias de reconhecimento facial pelo poder público no estado do Rio de Janeiro. RJ: Assembleia Legislativa, 2021).

O reconhecimento facial auxilia no que se denomina "*predictive policing*", que através da inteligência artificial é capaz de fazer previsões e reconhecer indivíduos. Mecanismos esses utilizados para os "crimini di strada, commessi in serie, come furto e rapini". Na Espanha, denomina-se Veri Pol e Vio Gén e, na Itália denomina-se "Key Crime" (FAGGIANI, 2022, p.254).

As novas tecnologias estão sendo amplamente utilizadas pelo sistema brasileiro, mas há a necessidade da observância de direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, princípio basilar do Estado Democrático de Direito brasileiro.

### **3 A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PARA UTILIZAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS**

Uma das problemáticas da utilização das novas tecnologias de reconhecimento facial é o que se demonina de opacidade algoritmica e de vieses discriminatórios. Isso porque estudos norte- americanos já comprovam as fragilidades desses sistemas, com identificação errônea de pessoas com descendência asiática ou afro-americanos ( SINGER & METZ, 2019)<sup>8</sup>.

Há a possibilidade do reconhecimento facial identificar pessoas diversas daqueles que procuradas pela justiça, nesse aspecto, câmaras identificaram de

---

<sup>8</sup> Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/12/19/technology/facial-recognition-bias.html>. Acesso em 10 outubro de 2022.

forma equivocada pessoa que caminhava por determinado bairro como sendo autora de crime de homicídio ( OLHAR DIGITAL, SÃO PAULO, 2019)<sup>9</sup>.

De assinalar que a facilidade de acesso e cruzamento de dados gerados pelas novas tecnologias potencializam vieses discriminatórios, por isso, autores alegam da necessidade de reconhecimento de direito fundamental à proteção de dados pessoais, já que está em consonância com a proteção da pessoa humana, da sua dignidade e autonomia (MOLINARO & SARLET, 2019, p. 183-212).

Recentemente a proteção de dados pessoais, através da Emenda Constitucional nº115, de 10 de fevereiro de 2022, foi incluída na Constituição Federal Brasileira, para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais (Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, BRASIL, 2022).

No Brasil, como referido, há Projeto de Lei n. 21/2020 que traz contornos acerca da utilização de inteligência artificial no Brasil e o texto expressamente aduz que o uso de sistemas de inteligência artificial devem ser baseados em princípios constitucionais, como igualdade, a proibição de discriminação e o respeito à dignidade do indivíduo (Projeto de Lei n. 21/2020. Estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2020).

Pérez Luño argumenta que a dignidade humana é o ponto de referência para a afirmação e o reconhecimento da dimensão moral da pessoa (PEREZ LUÑO, 1995. p. 49).

No mesmo sentido, o jurista português J. J. Canotilho argumenta que são considerados princípios jurídicos fundamenais aqueles “[...] objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram recepção expressa ou implícita no texto constitucional” (CANOTILHO, 2000. p. 1.165)

Assim, são de salutar relevância a observância desses princípios, porquanto constituem o fundamento para a interpretação e aplicação do direito.

---

<sup>9</sup> Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2019/07/10/seguranca/mulher-e-detida-no-rio-por-erro-em-camera-de-reconhecimento-facial/>. Acesso em: 18 setembro 2022.

O renomado jurista Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2008. p. 38) conceitua o princípio da dignidade da pessoa humana como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Por fim, a dignidade da pessoa humana e o seu reconhecimento apresentam-se como “[...] o fundamento dos direitos fundamentais, inclusive como fundamento do direito à vida, devendo o princípio da dignidade humana, portanto, também dirigir a interpretação e a aplicação dos direitos fundamentais” (BÖCKENFÖRDE, 2008, p. 61).

Cumpra assinalar que, quando se trata de novas tecnologias deve-se atentar para a possibilidade de vieses discriminatórios, ocasionados por algoritmos enviesados e na questão da proteção da privacidade do indivíduo.

Por fim, a dignidade da pessoa humana veda qualquer espécie discriminatória, conforme assentado na Constituição Brasileira e deve ser o instrumento utilizado para que as novas tecnologias não afrontem direitos fundamentais (Constituição Federal do Brasil, 1988).

## 5 CONCLUSÃO

Consabido que a partir dos desenvolvimentos tecnológicos, há a necessidade de uma efetiva proteção de direitos fundamentais, porquanto as novas tecnologias não conhecem fronteiras e podem gerar diversas afrontas a garantias fundamentais. Nesse aspecto, o princípio da dignidade da pessoa humana se mostra um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, explicitamente disposto no art. 1º, inciso III, e deve ser amplamente observado e protegido quando se discute a implementação de novas tecnologias.

O reconhecimento facial tem sido utilizado por alguns estados da federação e, de um lado auxilia na apreensão de foragidos e na identificação de indivíduos que cometem delitos, de outro lado podem identificar pessoas de forma equivocada, levando a apreensão de inocentes e afrontando direitos fundamentais, como o princípio da dignidade da pessoa humana.

Na sociedade digital, em que estamos inseridos, é inevitável a utilização de novas tecnologias, as quais tem como objetivo principal auxiliar as garantias constitucionais. Cumpre assinalar, todavia, que os direitos fundamentais devem ser protegidos, para que as novas tecnologias não gerem excessiva vigilância, riscos discriminatórios e ofensa ao princípio basilar do Estado Democrático de direito que é o da dignidade da pessoa humana.

Há a necessidade de que parâmetros sejam observados na utilização das novas tecnologias e, no projeto de lei brasileiro acerca da inteligência artificial há expressamente a necessidade de vedação de qualquer tipo de discriminação e de respeito aos direitos fundamentais.

Conforme assinala Hans Jonas “a aventura da tecnologia impõe, com seus riscos extremos, o risco da reflexão extrema” (JONAS, 2006, p.22). De se referir as inúmeras possibilidades de discussão acerca da temática e não se pretendeu esgotar o assunto. O objetivo é analisar que as novas tecnologias não podem se sobrepor aos direitos fundamentais e, embora sejam de salutar relevância, devem estar em consonância com os direitos dos indivíduos, a fim de se evitar questões discriminatórias e que afrontem princípios fundamentais. Assim, a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana se mostra basilar quando se trata de avanços científicos e tecnológicos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 1 ago. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022**. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e

garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm). Acesso em 3 maio 2022. Acesso em: 15 setembro 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 21/2020**. Estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>. Acesso em: 15 setembro 2022.

BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 22 setembro 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 5.231, de 2020**. Veda a conduta de agente público ou profissional de segurança privada fundada em preconceito de qualquer natureza, notadamente de raça, origem étnica, gênero, orientação sexual ou culto, altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 – Lei de Crimes Raciais, e a Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019 – Lei de Abuso de Autoridade, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, [2020]. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1954858](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1954858). Acesso em: 15 setembro. 2022.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. Dignidade humana como princípio normativo: os direitos fundamentais no debate bioético. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008. p. 59-75. p. 61.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1.165.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede: do conhecimento à política. CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Org.). **A sociedade em rede: do conhecimento à ação política**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. v. 1. p. 17-31.

DA SILVA, Lorena Abbas; FRANQUEIRA, Bruna Diniz; HARTMANN, Ivar A. O que os olhos não veem, as câmeras monitoram: reconhecimento facial para segurança pública e regulação na América Latina. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 8, n. 1, p. 171-204, 2021.

FAGGIANI, Valentina. La lotta contro il crimine attraverso gli algoritmi: contraddizioni e profili di (in) costituzionalità dell' applicazione dell' IA alla giustizia penale. CARRILLO, Franciso Javier Garrido; FAGGIANI, Valentina (coord.). **Respuesta**

**Institucional y normativa al crime organizado:** Perfis estratégicos para uma luta eficaz. Minnesota: Thomson Reuters, 2022, p. 245- 281. p. 254.

IBAHIA. Foragido da polícia é preso após reconhecimento policial em Salvador. **Portal iBahia**, Salvador, 25 jun. 2022. Disponível em: <http://www.sindetraba.com.br/noticias/foragido-da-justica-e-presos-apos-reconhecimento-facial-em-salvador>. Acesso em: 09 outubro 2022.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade:** ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução original alemã de: Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto/Puc-Rio, 2006. p. 22.

MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Questões tecnológicas, éticas e normativas da proteção de dados pessoais na área da saúde em um contexto de big data. **Direitos Fundamentais & Justiça**, a. 13, n. 41, p. 183-212, jul./dez. 2019.

OECD. **AI Principles overview**. Disponível em: <https://oecd.ai/en/ai-principles>. Acesso em 25 maio 2022.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 49.

RIO DE JANEIRO. Município. **Projeto de Lei n. 824/2021**. Dispõe sobre a proibição do uso de tecnologias de reconhecimento facial pelo poder público municipal. Rio de Janeiro: Câmara de Vereadores. Disponível em: <http://aplicnt.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/scpro2124.nsf/ab87ae0e15e7d4dd0325863200569395/33b9222f266e43710325872700723005?OpenDocument>. Acesso em: 18 setembro 2022.

RIO DE JANEIRO. Estado. **Projeto de Lei n. 5.240, de 2021**. Dispõe sobre a restrição do uso de tecnologias de reconhecimento facial pelo poder público no estado do Rio de Janeiro. RJ: Assembleia Legislativa. Disponível em: [http://www3.alerj.rj.gov.br/lotus\\_notes/default.asp?id=144&url=L3NjcHJvMTkyMy5uc2YvMThjMWRkNjhmOTZiZTNINzgzMjU2NmVjMDAxOGQ4MzMvYTdkYTU1NGFiZWUzMTBhYTAzMjU4N2E1MDA1YmNmMDE%2FT3BlbkRvY3VtZW50&s=09#:~:text=No%20campo%20legislativo%2C%20podemos%20citar,em%20espa%C3%A7os%20p%C3%BAblicos%20da%20cidade](http://www3.alerj.rj.gov.br/lotus_notes/default.asp?id=144&url=L3NjcHJvMTkyMy5uc2YvMThjMWRkNjhmOTZiZTNINzgzMjU2NmVjMDAxOGQ4MzMvYTdkYTU1NGFiZWUzMTBhYTAzMjU4N2E1MDA1YmNmMDE%2FT3BlbkRvY3VtZW50&s=09#:~:text=No%20campo%20legislativo%2C%20podemos%20citar,em%20espa%C3%A7os%20p%C3%BAblicos%20da%20cidade). Acesso em: 18 setembro. 2022.

RUARO, Regina Linden; REIS, Ludimila Camilo Catão Guimarães. Los retos del desarrollo ético de la Inteligencia Artificial. **Veritas**, v. 65, n. 3, 2020. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8086046>. Acesso em 17 setembro 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008. p. 13-44. p. 38.

SILVA, Tarcízio da. Visão Computacional e Racismo Algorítmico: Branquitude e Opacidade no Aprendizado de Máquina. **Revista da ABPN**, [S.L.], v. 12, n. 31, p. 428-448, fev. 2020.

SINGER, Natasha; METZ, Cade. Many Facial-Recognition Systems Are Biased, Says U.S. Study: Algorithms falsely identified African-American and Asian faces 10 to 100 times more than Caucasian faces, researchers for the National Institute of Standards and Technology found. Disponível em:

<https://www.nytimes.com/2019/12/19/technology/facial-recognition-bias.html>.

Acesso em 10 outubro de 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **TJDF aprimora segurança com implantação de sistema de reconhecimento facial para controle de acesso de visitantes**. Disponível em:

<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2020/junho/tjdft-aprimora-seguranca-com-implantacao-de-sistema-de-reconhecimento-facial-para-controle-de-acesso-de-visitantes>. Acesso em: 09 outubro 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02016R0679-20160504&from=EN>. Acesso em: 29 setembro 2022.



# 19. NOVAS TECNOLOGIAS: O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA PROMOÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA<sup>1</sup>

*NEW TECHNOLOGIES: THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE TO PROMOTE THE FUNDAMENTAL RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE*



<https://doi.org/10.36592/9786554601153-19>

*Helena Schwantes<sup>2</sup>*

*Victor Saldanha Priebe<sup>3</sup>*

## 1 INTRODUÇÃO

A morosidade da justiça é um grande desafio, pois ameaça àqueles que da justiça necessitam. Atualmente a demanda está tão grande, que os litígios estão levando um período muito desproporcional à sua complexidade para serem solucionados. Nesse viés, diversas ferramentas têm sido empregadas com a

---

<sup>1</sup> Pesquisa resultante do projeto «Ontem, hoje e amanhã: cartografia das políticas públicas brasileiras auto e heterocompositivas de acesso à justiça» financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - Fapergs, Edital 07/2021 - PqG – Pesquisador Gaúcho, processo nº 21/2551-0002322-8 e pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico CNPq, Edital Processo: 407119/2021-3, Chamada CNPq/MCTI/FNDCT Nº 18/2021 - Faixa B - Grupos Consolidados.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PROSUC/CAPEs, modalidade I, na linha de pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Integrante do Grupo de Pesquisa: «Políticas Públicas no Tratamento de Conflitos», vinculado ao CNPq, coordenado pela Professora Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler e vice liderado pelo Professor Mestre Theobaldo Spengler Neto. Mediadora voluntária no Projeto de Extensão denominado: «A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos» da UNISC, desenvolvido junto à Defensoria Pública de Santa Cruz do Sul. E-mail: [helena.schwantes@hotmail.com](mailto:helena.schwantes@hotmail.com). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8037-8550>.

<sup>3</sup> Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa PROSUC-CAPEs, modalidade II, na linha de pesquisa Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Mestre em Direito sob a linha de pesquisa de Políticas Públicas de Inclusão Social pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, especialista em Direito Processual Civil pela Escola Paulista de Direito – EPD e graduado em Direito pela Universidade Luterana do Brasil - ULBRA. Professor na Faculdade Antonio Meneghetti. Integrante do Grupo de Pesquisa: «Políticas Públicas no Tratamento de Conflitos», vinculado ao CNPq, coordenado pela Professora Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler e vice liderado pelo Professor Mestre Theobaldo Spengler Neto. Mediador voluntário no Projeto de Extensão denominado: «A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos» da UNISC, desenvolvido junto à Defensoria Pública de Santa Cruz do Sul. E-mail: [victor.priebe@hotmail.com](mailto:victor.priebe@hotmail.com). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7994-8421>.

finalidade de garantir direito fundamental de acesso à justiça, a dignidade da pessoa humana, a razoável duração processual e a eficácia da justiça como um todo.

O uso de novas tecnologias e da inteligência artificial (IA) já é uma realidade, inclusive na área jurídica. Nesse contexto, a IA se apresenta como uma saída na busca por uma justiça que possa atender rapidamente a população. A IA consegue replicar e realizar diversas atividades mecânicas, ou seja, facilitar a realização de muitas tarefas, podendo ser utilizada como um instrumento auxiliar da justiça. Desse modo, a pesquisa visa responder a seguinte questão: a inteligência artificial auxilia na promoção do direito fundamental de acesso à justiça digital?

Com a presente pesquisa busca-se fazer uma análise, sem pretensão de esgotar o tema, acerca do impacto da inteligência artificial na concretização do acesso à justiça, elencando suas vantagens e desvantagens. Para cumprir o objetivo proposto utilizou-se, como método de abordagem o dedutivo e a técnica de pesquisa a bibliográfica, como base em livros, artigos e periódicos qualificados dentro do tema proposto.

O estudo foi estruturado da seguinte forma: a primeira parte analisa as dificuldades do acesso à justiça, a segunda estuda o conceito e os limites éticos do uso da inteligência artificial e o terceiro examina as perspectivas da implementação das novas tecnologias aplicadas na otimização do acesso à justiça.

## **2 DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA**

Ao adentrar no ponto da pesquisa que se propõe analisar, entende-se necessário que se faça uma investigação preliminar das dificuldades do acesso à justiça, embora o estudo não pretenda aprofundar-se nos números que envolvem o Judiciário brasileiro, as informações são relevantes para compreender a dimensão dos desafios que o País enfrenta. Em 2022 foi publicada a 19ª edição do relatório Justiça em Números, a mais atualizada até o momento, com base nos dados analisados durante o ano de 2021, no qual pode-se averiguar que durante o ano de 2021, em todo o Poder Judiciário, ingressaram 27,7 milhões de processos, ou seja, um crescimento de 10,4% de casos novos (CNJ, 2022).

Os brasileiros viveram um longo período de direitos reprimidos, e a fim de reverter a situação, foi implementado na Constituição Federal de 1988 (CF/88) diversos direitos fundamentais, principalmente como pode se observar entre os artigos 5º ao 24 (Silva, Oliveira e Barbosa, 2019). Por conseguinte, ocorreu um grande estímulo para que a sociedade busque cada vez mais seus direitos e garantias. A CF/88 garantiu o acesso à justiça aos hipossuficientes no texto do art. 5º, inciso LXXIV e do art. 134. Apesar da consolidação do princípio do acesso à justiça ter sido necessário, está ocorrendo um excesso de litigiosidade, inclusive causas de baixa complexidade são direcionados ao Judiciário, o que conseqüentemente gera dificuldade na prestação jurisdicional (Andrade e Prado, 2022).

Nesse viés, iniciou-se a busca por diversas alternativas que possam auxiliar na garantia do direito fundamental de acesso à justiça, e garantir a dignidade da pessoa humana, a razoável duração processual e a eficácia da justiça como um todo. Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), denominaram de «ondas» as medidas propostas para facilitar o acesso efetivo à justiça. A primeira onda buscou remover as barreiras financeiras do acesso à justiça, fornecendo assistência jurídica gratuita àqueles que não possuem condições. A segunda onda implementou mudanças que permitem a proteção de interesses difusos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e direitos do consumidor. E a terceira onda abrange todas as movimentações anteriores, mas com uma série de mudanças na estrutura dos tribunais, que levaram à criação dos juizados especiais e à simplificação dos procedimentos, além de estimular a resolução de litígios não apenas por juízes.

Contudo, para Rodrigo Fux (2021), uma nova onda de acesso à justiça vem ganhando espaço com o uso da IA e dos algoritmos inteligentes. Embora «não prevista nos anos de 1980 por Cappelletti e Garth, uma quarta onda está em andamento e tem relação com os avanços da tecnologia» (Lima e Oliveira, 2019: 79).

Por conseguinte, à medida que o potencial da tecnologia é plenamente explorado, o mito de que esses meios constituem uma barreira ao acesso à justiça é desfeito. A verdadeira barreira ao acesso à justiça não é a tecnologia em si, mas a falta de políticas públicas de combate à exclusão digital, a falta de planos para criar e implementar novas ferramentas tecnológicas e a resistência cultural e psicológica de alguns indivíduos à adoção da tecnologia (Iwakura, 2021). O benefício mais óbvio

dos tribunais *online*, por sua vez, é o potencial de aumentar o acesso à justiça e exercer o poder judiciário de forma mais eficiente e com menor custo. Esses tribunais também tendem a oferecer maior previsibilidade nos resultados processuais e no momento do julgamento (Ferrari, 2020). Por exemplo:

As plataformas de ODR permitem superar barreiras de acesso à justiça, como os custos de ajuizamento de ações judiciais e a distância é o deslocamento normalmente exigidos para a postulação presencial de um direito. Situações de conflito familiar, sobretudo quando houver dificuldade de aproximação física das partes, a exemplo de quadros de violência doméstica, são particularmente adequadas para sua utilização. O caráter impessoal do tratamento do conflito em ambiente virtual pode igualmente contribuir para a mitigação de vieses cognitivos nem sempre conscientes, como raça, gênero, orientação sexual, classe social, entre outros (Cueva, 2021: 45).

Por fim, essa Revolução Industrial que vem ocorrendo, trouxe velocidade e está gerando um impacto muito significativo com os sistemas tecnológicos. Em comparação com a revolução industrial anterior, a quarta revolução está se desenvolvendo em um ritmo exponencial, pois possibilita a conexão de bilhões de pessoas por meio de dispositivos móveis com poder de processamento sem precedentes: capacidade de armazenamento e acesso praticamente ilimitado ao conhecimento (Drummond, 2021).

### 3 CONCEITO E LIMITES ÉTICOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

O termo inteligência artificial é usado desde 1956 e se refere ao desempenho de máquinas que podem realizar tarefas que se aproximam da inteligência humana, ou seja, engloba toda a ciência que visa permitir que dispositivos simulem capacidades humanas para desenvolver atividades inteligentes por meio de programas e algoritmos (Alves e Soares, 2021).

Os algoritmos de aprendizado de IA são mais complexos do que os algoritmos automatizados, porque não seguem apenas as regras, mas também tomam decisões, aprendendo por conta própria com os dados que coletam. Isso significa que a IA, é

um sistema relativamente autônomo, pois toma decisões, fato que não deve ser ignorado (Freitas e Bellini Freitas, 2020).

Esses dados que entram no sistema são nominados de *input*, eles são processados por algoritmos e geram um resultado que se denomina *output*, ou seja, os dados passam do ponto inicial para o ponto final. Porém, existem dois tipos de algoritmos: programados e não programados, mas para este estudo não estamos interessados nos algoritmos programados, pois se algo der errado, existe a possibilidade de remeter ao programador, visto que terá controle total da operação. Por conseguinte, os algoritmos não programados são objeto principal do estudo, esses algoritmos são os chamados *learners* ou aprendizes, eles utilizam *Machine Learning*, ou seja, algoritmos que empregam inteligência artificial. Portanto ao invés de programar cada etapa para chegar do *input* ao *output*, somente são carregadas as informações (entrada) e o resultado desejado (saída), neste caso, o algoritmo que é o responsável por descobrir como percorrer o caminho para encontrar a saída, realiza-se por tentativa e erro (Ferrari, 2020).

Nesse viés, esse tipo de aprendizado não supervisionado que permitirá a criação de drones e carros autônomos. Essa técnica de aprendizado não supervisionado é usada para reconhecer rostos, vozes e criar sistemas que tem poder de decisão instantânea, com dados que não possuem tratamento anterior. Por exemplo, no campo da saúde, essa tecnologia será amplamente utilizada no diagnóstico de doenças, como o câncer (Ferrari, 2020).

Infelizmente, existe um risco de as máquinas esconderem preconceitos racistas, xenófobos e sexistas. Como ocorreu com o robô Tay, que a Microsoft criou em 2016. Tay foi criada para conversar com as pessoas no Twitter, e o seu objetivo era aprender com as conversas que teria. Inicialmente ela era um robô educado, mas em menos de 24 horas, como resultado de suas interações, ela se tornou racista e começou a postar em apoio a Hitler, diante disso, a Microsoft teve que desligá-la (Ferrari, 2020). Para piorar a situação, a IA tem sido usada para a disseminação de notícias falsas e a manipulação de informações nas redes sociais em grande escala (Freitas e Bellini Freitas, 2020).

A esse respeito, os autores Juarez Freitas e Thomas Bellini Freitas (2020) fazem um alerta, tendo em vista que a IA pode aprender rapidamente o melhor e o

pior da condição humana e não possui regulamentação. Portanto, há uma necessidade urgente de regulá-la, estabelecendo uma lista de diretrizes consistente para a aplicação do algoritmo, que viabilize as avaliações do impacto da IA, bem como, seja adequada para garantir uma supervisão responsável, aberta, democrática, segura, reversível, humana e, em suma, sustentável. No mesmo sentido, Mecaj (2022) ressalta que chegou a hora dos países avançarem na criação de um marco legal que regule a IA adequadamente, pois existe a necessidade de controlar as consequências que estes desenvolvimentos podem produzir.

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro foi aprovado um Projeto de Lei de autoria da Câmara dos Deputados<sup>4</sup>, o qual está próximo de estabelecer o marco legal do desenvolvimento e uso da IA no Brasil, no entanto, o projeto ainda está aguardando apreciação do Senado Federal, mas por outro lado, podemos contar com a Resolução n° 332 do CNJ, que dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso da IA no Poder Judiciário.

A partir dessa breve reflexão, é necessário estudar os impactos trazidos pela inteligência artificial na área jurídica, pois embora a IA tenha se mostrado uma aliada no restabelecimento do acesso à justiça qualitativo, o seu avanço tecnológico sem uma regulamentação pode apresentar riscos. Para isso serão analisados a seguir os *softwares* que trabalham com IA.

#### **4 A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO FERRAMENTA DE ACESSO À JUSTIÇA**

O uso da inteligência artificial tem se expandido cada vez mais e possui diversos algoritmos bem-sucedidos. No Brasil observamos por exemplo, no Tribunal de Contas da União (TCU) os robôs Alice, Sofia e Monica, elas possuem a função de ler editais de licitações e contratos públicos e alertar os analistas do TCU quando identificam falhas, valores que desviam dos padrões de preços e possíveis prazos questionáveis. Com o auxílio dos robôs é possível quase que de imediato identificar falhas nos contratos, pois destaca-se a velocidade que essas ferramentas possuem (Ferrari, 2020).

---

<sup>4</sup> Projeto de Lei n° 21, de 2020 - Estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências.

Já o Supremo Tribunal Federal (STF) em parceria com Universidade de Brasília (UnB), por meio dos setores da Faculdade de Direito, do Grupo de Pesquisa em Aprendizado de Máquina da Faculdade de Engenharias do Gama e o Departamento de Ciência da Computação criaram o robô Victor, o nome é em homenagem ao Ministro do STF Victor Nunes Leal (no período de 1960 a 1969), que foi responsável pela sistematização da jurisprudência do STF em Súmula, favorecendo assim a aplicação de precedentes judiciais aos recursos, mormente o que será feito pelo robô Victor, em outras palavras, o sistema examina os recursos extraordinários (RE) apresentados ao STF para definir se as causas possuem ou não repercussão geral, requisito de admissibilidade do RE (Alves e Soares, 2021). O *software* está em funcionamento desde agosto de 2018, e é utilizado principalmente para aumentar a eficiência e a velocidade de avaliação judicial dos processos que chegam ao STF (D'urso e Filizzola D'urso, 2021). Com a utilização desse *software* tem-se a redução exponencial da velocidade dos trâmites processuais, pois o sistema é capaz de reduzir 44 minutos para 5 segundos (Salomão, 2021).

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 2019, foi implementado o robô Sócrates com o objetivo de reduzir em 25% o tempo entre a distribuição e a primeira decisão do recurso especial, com o auxílio do programa as informações mais relevantes são fornecidas para o Relator. O sistema faz revisão automática de recursos e acórdão, apresentação de referências legislativas, listas de casos semelhantes e recomenda decisões, porém a palavra final será sempre do ministro. Ressalta-se que esse *software* foi totalmente desenvolvido por funcionários do Tribunal (Alves e Soares, 2021).

O STJ também conta o sistema de inteligência artificial Athos, que foi treinado para ler aproximadamente 329 mil acórdãos, esse *software* realiza o agrupamento automático por semelhantes e atualmente já indexou mais de 2 milhões de processos com 8 milhões de peças, em média são analisadas 30 mil peças por mês, o que seria de fato impossível para os servidores do Tribunal (Salomão, 2021).

Por conseguinte, Ferrari (2020: 81) ressalta ainda que «há, também, outros programas se espalhando por aí, para se definir onde vão ser alocados os agentes policiais, de acordo com os dados de criminalidade por hora e local. São os *softwares* de polícia preditiva». No âmbito da Procuradoria Geral do Distrito Federal (DF) em

parceria com o Legal Labs, foi desenvolvido o primeiro robô advogado do Brasil, Dra. Luzia, o sistema possui o intuito de auxiliar os Procuradores do DF a identificar os processos de execução que necessitam revisão (Ferrari, 2020).

Alguns advogados ficam incomodados com as mudanças que vem ocorrendo, mas os resultados obtidos até o momento demonstram impactos positivos que os sistemas tem proporcionados, como por exemplo aumento da produtividade, redução dos custos e até a possibilidade de previsão dos resultados dos casos (Alves e Soares, 2021). Essa reação é um exemplo de «rejeição irracional», ou seja, uma rejeição dogmática de tecnologias para as quais o crítico não tem experiência pessoal ou direta. Portanto, não é racional que os advogados tem descartado inovações tecnológicas sem a devida experiência (Susskind, 2019). Mover atividades repetitivas para máquinas, permite que a força de trabalho se concentre em atividades não rotineiras, mas que exigem habilidades interpessoais, o que ajuda a entregar a jurisdição com mais rapidez e eficiência (Lima e Oliveira, 2019).

Desse modo, em face das situações críticas de morosidade que o Judiciário vem enfrentando, a IA se apresenta como uma saída em busca da justiça, aliás, ela pode atender rapidamente a população. Por isso está sendo investido cada vez mais em *softwares* que utilizam IA como ferramenta para combater atrasos processuais e aumentar a produtividade (Alves e Soares, 2021).

## 5 CONCLUSÃO

A partir de todo o exposto, é possível inferir que a quarta revolução industrial trouxe o uso da inteligência artificial para dentro do sistema jurídico, gerando uma mudança de paradigma em relação ao acesso à justiça. O uso de novas tecnologias é irrefreável e pode proporcionar diversos benefícios, contudo é necessário ter cautela.

Inicialmente destaca-se que a falta de regularização do uso da IA gera um desconforto nos usuários, portanto é indispensável que haja uma regulamentação que estabeleça fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil. Alguns doutrinadores referem ainda que a decisão proferida pela IA pode apresentar riscos, assim, fundamentam que as



máquinas apesar de serem imparciais, podem carregar critérios subjetivos de interpretação. Em vista disso, as decisões tomadas pelos *softwares* de IA devem possibilitar revisão, pois é necessário que se tenha conhecimento acerca dos procedimentos que levaram o algoritmo chegar no resultado final. Neste caso, o ideal é aplicar o princípio da fundamentação das decisões judiciais, que determina que toda decisão tomada deve ser fundamentada, para que seja o mais imparcial possível.

Por outro lado, o uso da IA quando se tem funções meramente burocráticas é plenamente aceitável, uma vez que mover as atividades repetitivas para máquinas permite que os recursos humanos se concentrem em atividades que exigem habilidades pessoais, o que ajuda a fornecer jurisdição com mais eficiência e rapidez.

Desse modo, com o uso adequado da tecnologia, o mito de que a tecnologia causa uma barreira ao acesso à justiça é derrubado. A verdadeira barreira ao acesso à justiça não está na tecnologia em si, mas na ausência de políticas públicas para o combate à exclusão digital, na inexistência de planejamento para a criação e a implantação de novas ferramentas tecnológicas e na falta de acesso à internet.

Quanto aos dados analisados no relatório do Justiça em Números do CNJ, ainda que timidamente, é perceptível o progresso nos últimos anos, possivelmente essa melhora decorreu das diversas iniciativas que estão sendo empregadas para garantir um acesso à justiça célere. Foi possível verificar que os robôs que estão sendo utilizados conseguem realizar tarefas que levariam 44 minutos em 5 segundos, 18 meses em 15 dias, bem com, por exemplo existe uma expectativa de redução em 2 anos ou mais a fase de análise de admissibilidade e identificação dos recursos extraordinários aos temas repercussão geral.

Assim, além de viabilizar a resolução mais célere dos litígios, existe uma expectativa de redução de custas, aqui divide-se em dois tipos: a redução com deslocamento até os locais que seriam realizados os atos jurídicos e uma redução de custas, pois com o uso da IA, por exemplo os advogados podem mapear quais as melhores estratégia já empregadas em cada caso.

Em suma, o estudo identificou que as novas tecnologias, especialmente a IA que foi objeto central de análise do artigo, auxiliam na promoção do direito fundamental do acesso à justiça, quantos aos resultados pode-se afirmar que existe

um caminho trilhado e até o momento os *softwares* que estão sendo utilizados operam na direção da melhoria da prestação jurisdicional, buscando viabilizar celeridade e eficiência.

## REFERÊNCIAS

ALVES, I. F.; SOARES, C. H. (2021). Os impactos da inteligência Artificial na advocacia. In: ALVES, I. F.; DRUMMOND, M. H. G. **Advocacia 5.0**, 1 ed., São Paulo: D'Plácido, p. 39-66.

ANDRADE; M. D. d.; PRADO; D. A. (2022). Inteligência artificial para a redução do tempo de análise dos recursos extraordinários: o impacto do projeto Victor no supremo tribunal federal. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 01, p. 53-78. Disponível em: <https://e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/52714/41416>.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. (1988). **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2022). **Justiça em Números 2022**. Brasília: CNJ. Disponível em: <<https://cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>>.

CUEVA, Ricardo Villas (2021). Bôas Integração dos meios de resolução de conflitos *online* (ODR) aos Sistemas de Justiça. ARABI; A. Y. M. *et al.* In: **Tecnologia e Justiça Multiportas**. Indaiatuba: Foco, p. 43-51.

DRUMMOND, Marcílio Henrique Guedes (2021). Os paradigmas da Sociedade 5.0 no Direito. In: ALVES, I. F.; DRUMMOND, M. H. G. **Advocacia 5.0**. 1 ed., São Paulo: D'Plácido, p. 07-37.

D'URSO; L. A. F.; FILIZZOLA D'URSO, L. F. (2021) Direito Digital: A prova digital no mundo dos Cibercrimes e o mundo 5.0. In: ALVES I. F.; DRUMMOND, M. H. G. **Advocacia 5.0**, 1 ed., São Paulo: D'Plácido, p. 85-104.

FERRARI, Isabela (2020). **Justiça Digital**. 1.ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil.

FREITAS, J.; BELLINI FREITAS, T. (2020). **Direito e Inteligência Artificial**: em defesa do humano. Belo Horizonte: Fórum.

FUX, Rodrigo (2021). As inovações Tecnológicas como (mais uma) onda renovatória de Acesso à Justiça. In: ARABI; A. Y. M. *et al.* **Tecnologia e Justiça Multiportas**. Indaiatuba: Foco, p.118-130.

IWAKURA, Cristiane Rodrigues (2021). Acesso à Justiça e Barreira Tecnológicas: Verdade ou Mito? *In: ARAÚJO, B. et al. Acesso à justiça: Um novo olhar a partir do Código de Processo Civil 2015*. Londrina: Thoth, p. 73-90.

LIMA, A. B. d. M.; OLIVEIRA, G. H. d. (2019). Acesso à Justiça e o Impacto de Novas Tecnologias na sua efetivação. **Revista de Cidadania e Acesso à Justiça**, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 69-87. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/5546>>.

MECAJ, Stela Enver (2022). Artificial Intelligence and Legal Challenges. **Revista Opinião Jurídica, Fortaleza**, v. 20, n. 34, p. 180-196. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/4329/1573>>.

SALOMÃO, Luiz Felipe (2021). **Artificial Intelligence: the technology applied to conflict resolution in the Brazilian judiciary**. Rio de Janeiro: FGV – Centro de inovação, administração e pesquisa do Judiciário. E-book. Disponível em: <[https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/report\\_ai\\_ciapj.pdf](https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/report_ai_ciapj.pdf)>.

SILVA, P. H. T.; OLIVEIRA, F. P. M.; BARBOSA, J. B. (2019). Correlação do direito de acesso à justiça com o princípio da razoável duração do processo. **Revista Direito & Desenvolvimento da Unicatólica**, Quixadá, v. 2, n. 1, p. 52-63. Disponível em: <<http://publicacoesacademicas.unicatolicaquixada.edu.br/index.php/red/article/view/3157>>.

SUSSKIND, Richard (2019). **Online courts and the future of justice**. Oxford: Oxford University Press.



## 20. O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NOS CARTÓRIOS DE REGISTROS PÚBLICOS



<https://doi.org/10.36592/9786554601153-20>

*Gelson Oliveira Ferri<sup>1</sup>*

*Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz<sup>2</sup>*

### 1 INTRODUÇÃO

A pandemia causada pelo Coronavírus - Covid-19, fato absolutamente imprevisto há um ano e meio, tem causado tremuras na ciência, na política, no mercado financeiro, nas crenças e nas famílias brasileiras. Nesse contexto, debates são alçados à ciência jurídica, o que tem causado sensíveis pontos de tensão quando se contrapõem interesses que envolvem direitos fundamentais. E algumas destas controvérsias tangenciaram a proteção de dados pessoais, como no referendo à medida cautelar concedida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6387, 6388, 6389, 6393, 6390 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) de 2020, que reconheceu o direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental.

Neste julgamento, suspendeu-se a aplicação da Medida Provisória (MP) n. 954/2020, a qual dispôs sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de “serviço telefônico fixo comutado” e de “serviço móvel pessoal” com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da Covid-19, de que trata a Lei n. 13.979, de 14 de agosto de 2018. A despeito de já ter encerrado o prazo de vigência da aludida MP, a discussão travada provocou o STF acerca dos limites da proteção constitucional do direito à privacidade (art. 5º, X, CRFB) frente aos riscos desencadeados pelo constante avanço tecnológico, que caracteriza a sociedade da

---

<sup>1</sup> Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

<sup>2</sup> Doutor em Direito Constitucional. Professor Titular do PPGD da Unoesc.

informação, inaugurando, no âmbito da jurisprudência constitucional, a aplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

Com efeito, a novel Lei n. 14.129, de 29 de março de 2021, intitulada “Lei do Governo Digital (LGD)”, aportou ao ordenamento jurídico de forma a integrar a prestação dos serviços públicos à proteção dos dados pessoais, onde justamente se subsume às atividades notariais e registras (art. 23, § 4º, LGPD). A redação normativa contemplou a proteção dos dados pessoais como “princípio e diretriz” do Governo Digital e da eficiência pública (art. 3º, XVII, LGD). Além disso, consta expressamente neste diploma legal a previsão de que “aplica-se a esta lei os conceitos da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018” (art. 3º, par. Único, LGD).

O mais recente e importante marco no reconhecimento da proteção de dados pessoais no Brasil se deu com a promulgação da Emenda Constitucional n. 115, de 10 de fevereiro de 2022. A qual acrescentou o inciso LXXIX, cujo texto prevê que “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”. A competência, segundo a própria EC n. 115, é da União para os fins de “organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei” (CRFB, art. 21, XXVI), bem como ficou consignado que a competência para legislar sobre “proteção e tratamento de dados pessoais” é privativa da União (CRFB, art. 22, XXX).

A EC 115 nasceu com a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 17/2019, ou seja, a ideia de tabular o direito à proteção de dados pessoais no rol dos direitos fundamentais restou formalizada na referida PEC somente em 12 de março de 2019, portanto, a posteriori à própria LGPD.

A justificativa para a emenda da constituição seguiu a matriz global de agregar segurança jurídica aos direitos e liberdades individuais, consignou que a proteção de dados pessoais é fruto da evolução histórica da própria sociedade internacional, porque diversos são os países que adotaram leis e regras sobre privacidade e proteção de dados. Assim, tem-se que o avanço da tecnologia, ao passo de oportunizar o desenvolvimento econômico, se não estiver pautada em filtros morais e éticos, poderá causar prejuízos incomensuráveis aos cidadãos e à própria sociedade, dando margem, inclusive, à concentração de mercados.

O introito reportou que muitos países já visualizaram a importância e a imprescindibilidade de se regular juridicamente o tratamento de dados dos cidadãos. Como se deu com os membros da União Europeia, que, hoje, já contam com a segunda e moderna versão regulatória sobre o assunto, chamado de Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD). Na América do Sul, citou o exemplo dos vizinhos Chile e Argentina, que também contam com leis próprias de proteção de dados.

Outro ponto interessante a ser observado na justificação, foi a necessidade de se emancipar o direito à proteção de dados pessoais, até então atrelado fielmente ao direito à privacidade. Este sim foi o ponto de partida para os debates e para as regulações da matéria, mas doravante declarar a independência valorativa do direito à proteção de dados pessoais se faz crucial, de modo a torná-lo um direito também constitucionalmente assegurado.

Pela convicção de que o Brasil necessitava de uma proteção mais forte sobre o tema, em que pese a envergadura jurídica da LGPD, restou proposta a mudança do texto da Constituição Federal, com a instituição do direito fundamental à proteção de dados pessoais, e a competência privativa da União para legislar sobre o tema, buscando, assim, dar tratamento uniforme à matéria em todo o território nacional. Por estas razões a PEC n. 17/2019, transformada na EC n. 115/2022, recebeu esta excepcional relevância no Congresso Nacional.

Atualmente, os serviços prestados no âmbito notarial e registral carecem de regulamentação distintiva, formulada a partir dos princípios consubstanciados na LGPD. Não obstante, contemplam-se ações importantes na busca pela conjugação do exercício da atividade notarial e registral aos princípios desta lei.

Nessa seara, tendo como pressuposto o reconhecimento pelo STF da proteção de dados pessoais como direito fundamental, e a infusão dos dados pessoais no rol dos direitos fundamentais do art. 5º da CRFB/1988, somada à interpretação constitucional em relação à aplicabilidade da Lei n. 13.709/2018, o objetivo deste texto é examinar a importância de uma regulamentação sobre os dados pessoais disponíveis nos cartórios de registros públicos (Lei Nº 6.015/1973 - LRP). O interrogante a ser refletido é se o compartilhamento de dados pessoais pelos serviços prestados no âmbito notarial e registral devem ter uma disciplina textual-normativa específica, uma vez que a obtenção de dados pessoais não tratados

adequadamente desde a coleta, em especial quando oriundos de acervos pertencentes a grandes empresas privadas, sem que seja detalhada, mesmo no caso do governo federal, a finalidade, a necessidade, forma e duração do tratamento, bem como a metodologia e segurança para a eliminação dos dados pessoais, pode culminar em desorientação administrativa e, por conseguinte, em afetações a direitos de personalidade.

A hipótese é necessidade de uma regulamentação normativa pormenorizada, procedida pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados em conjunto com o Poder Judiciário, na sua função de regulador das serventias extrajudiciais, no sentido de aclarar o modo e conteúdo do que deve ser objeto de compartilhamento, assim como as restrições de acesso aos dados pessoais das pessoas inscritas nos livros dos registros públicos. O aporte teórico deste artigo se pautou na pesquisa bibliográfica harmonizada para a leitura crítica das obras doutrinárias, na coleta e análise documental dos julgados do STF e da legislação textual-normativa de regência, com a utilização do método dedutivo para estabelecer uma relação lógica, coerente e ordenada entre as proposições apresentadas e o objetivo proposto.

Para tanto, a abordagem foi dividida em três etapas. Por meio de uma pesquisa bibliográfica e documental, inicialmente, abordou-se o direito fundamental à privacidade a partir da literatura científica e de três casos paradigmáticos do STF. Após, foram analisados os textos normativos sobre dados pessoais constantes nos arquivos dos registros públicos, para na sequência finalizar com o debate da conjectura de se o compartilhamento puro e simples dessas informações, pode resultar em violação do direito constitucional à proteção de dados pessoais e à privacidade, nos termos da LGPD e da própria CRFB/1988.

## **2 NOTAS SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE**

A princípio, importa discorrer acerca da fundamentalidade da privacidade para, na sequência, adentrar ao cerne da discussão travada no âmbito constitucional, sob a tutela do STF. É importante compreender que os direitos fundamentais são frutos do progressivo respeito, proteção e implementação de direitos subjetivos, razão pela qual a sua proteção varia muito na intensidade em cada ordenamento jurídico



(SARLET, 2015). Moraes (1999, p. 178) assinala que “surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural”. Diversos termos se cunharam, neste sentido, com a afirmação histórica de direitos. Diante da polissemia conceitual gerada, Sarlet (2015, p. 30) esclarece que didaticamente é possível determinar que como “direitos do homem” se pode compreender como direitos naturais que ainda não foram positivados nas Constituições; “direitos humanos” referem-se aos direitos positivados na esfera internacional e “direitos fundamentais” são aqueles direitos que dizem respeito a direitos positivados na esfera interna de cada Estado.

A própria Constituição de 1988 apresenta uma diversidade terminológica na abordagem. Utilizando expressões como direitos humanos (art. 4º, II), direitos e garantias fundamentais (Título II, art. 5º, par. 1º), direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI) e direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV). Não obstante as diversas terminologias, entende-se que a expressão “direitos fundamentais” é tida como a mais precisa para a consideração dos direitos positivados na Constituição, e que abrange todas as demais espécies de direitos (SCALQUETE, 2004, p. 18).

A compreensão histórica do direito à privacidade é comumente vinculada à publicação *The right to privacy*, publicada no *Harvard Law Review*, em 15 de dezembro de 1890, por Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis. Partem da premissa de que a proteção da pessoa e da propriedade é um princípio tão antigo quanto o *common law* e que o direito à privacidade não se trata de um princípio da propriedade privada, mas de uma premissa da inviolabilidade da personalidade. Vislumbraram, pois, a possibilidade de obstar o domínio público de aspectos da vida privada (FARIAS, 2008, 124-125). No Brasil, as expressões “direito à vida privada”, “direito à intimidade”, “direito à privacidade”, “direito ao resguardo” e “direito de estar só” são frequentemente utilizadas como sinônimas e não há unanimidade quanto à existência de distinção conceitual entre elas (FREGADOLLI, 1997, p. 207). Marcel Leonardi (2011, p. 51) observa que a problematização deste procedimento conduz a conceitos ora extremadamente restritivos, ora abusivamente abrangentes. Propõe, portanto, um conceito plural de privacidade, baseado em José Afonso da Silva e Stéfano Rodotà. Para Rodotà (2008, p. 109), a privacidade consiste no “direito manter

o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada. O objeto deste direito pode ser identificado no 'patrimônio informativo atual ou potencial' de um sujeito".

O direito fundamental à privacidade (intimidade, vida privada), pois, encontra guarida no art. 5º, X, da Constituição vigente, que assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e imagem das pessoas com a devida possibilidade de se pleitear a indenização por dano material ou moral decorrente de violação perpetrada.

No que tange ao Código Civil brasileiro, Schreiber (2013, p. 134) analisa o tratamento dado à privacidade como inadequado, tendo em vista o fato de se tratar de um assunto complexo e volátil na sociedade contemporânea, pois dedicou ao tema apenas um artigo e o trouxe com conteúdo genérico, não aproveitando a oportunidade de "oferecer parâmetros para a solução de diversos conflitos concretos ligados à tutela da privacidade". Acerca da discussão, pontuou que:

[...] empregou a expressão vida privada, revelando certa indiferença à recente evolução do conceito de privacidade, que abandonou uma concepção mais restrita, limitada ao círculo da intimidade da pessoa humana, para abarcar a proteção aos dados e informações pessoais. Sobre esse último aspecto, a codificação não trouxe uma palavra sequer. Não é exagero dizer que o Código Civil ignorou a vasta amplitude do tema, cuja compreensão é essencial para perceber o importante papel reservado à tutela da privacidade no século XXI. (SCHREIBER, 2013, p.134)

Dessarte, a perspectiva da dimensão negativa do direito à privacidade influenciou a jurisprudência do STF até a década passada, em que compreendia o direito à privacidade dentro de um contexto de proteção constitucional da inviolabilidade (art. 5º, X, XI) e do sigilo (art. 5º, XII). A representação deste entendimento pode ser ilustrada por dois julgamentos. O Plenário do Supremo, seguindo o voto do então Ministro Sepúlveda Pertence, acatou uma tese jurídica formulada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1993) de que o inc. XII, do art. 5º, CF/88, "refere-se à comunicação de dados e não aos dados em si", e rejeitou o argumento de suposta vulneração ao aludido dispositivo constitucional no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 418416, interposto no *Habeas Corpus* (HC) n. 83168,

em que se impugnava o deferimento de pedido de busca e apreensão na sede de empresas, com o objetivo de investigar eventuais crimes tributários. Uma nova leitura da dimensão protetiva da privacidade se iniciou pela Segunda Turma com o HC n. 168052<sup>3</sup>, julgado em 2020. Requereu-se a nulidade de processo penal, que continha medida de busca e apreensão, no qual a autoridade policial teve acesso, sem autorização judicial, ao aparelho celular e às conversas havidas no aplicativo *Whatsapp*. O Ministro Gilmar Mendes defendeu a mutação constitucional da hipótese normativa do inc. XII, do art. 5º, CF/88, o qual há de ser contextual às circunstâncias fáticas do desenvolvimento dos mecanismos de comunicação e armazenamento de dados pessoais em *smartphones* desde a década de 2010. Estes dispositivos armazenariam várias informações e dados pessoais e reclamam a incidência jurídico-protetiva do fluxo de dados e demais informações ali contidas, atraindo a incidência do art. 3º, II, III; 7º, I, II, III, VII; 10 e 11 da Lei nº. 12.965/2014. Por maioria, concedeu-se a ordem para declarar a nulidade das provas obtidas mediante o acesso indevido ao aplicativo *WhatsApp* e à residência do paciente e, constatada a derivação de todas as demais provas, declarou nulo o processo, determinando o trancamento da ação e a absolvição do paciente. Vencidos a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Edson Fachin.

Outrossim, o Plenário na ADI n. 6389 acolheu a tese de uma “verdadeira mutação jurídica do sentido e do alcance do direito à privacidade”, consoante a série de mudanças nos paradigmas sociais, com os avanços das tecnologias da área da tecnologia da informação e comunicação. A Corte reconheceu que a “concepção do direito à privacidade como uma garantia individual de abstenção do Estado na esfera privada individual, passou por profundas transformações no decorrer do século XX”. E o alcance dado a esse direito, apesar de todas as mudanças significativas trazidas com o passar dos anos, enfatizou que a proteção à privacidade dos dados pessoais, como a outros bens, decorre daqueles ligados à intimidade da vida privada, ou seja, aqueles afastados da curiosidade pública devem continuar vedados às interferências privadas (BITTAR, 1995, p. 103).

---

<sup>3</sup> Cf. Informativo STF nº 944 - HC 168052/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 11.6.2019.

Com base neste contexto, far-se-á, resumidamente, uma descrição sobre o funcionamento dos cartórios extrajudiciais e a proteção dada aos dados pessoais.

### 3 OS CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS E OS DADOS PESSOAIS

A Constituição Federal dispôs que os serviços de notas e registros serão exercidos em caráter privado, por delegação do estado a pessoa física aprovada em concurso público de provas e títulos, com a fiscalização pelo Poder Judiciário estadual (art. 236, § 1º). As atividades desempenhadas nas serventias extrajudiciais têm, em seu cerne, o intuito de proporcionar segurança jurídica, autenticidade, eficácia e publicidade aos atos praticados, substanciados nas informações gravadas nos livros e disponibilizadas nos documentos entregues aos usuários dos serviços (art. 1º e 16, LRP). O exercício da atividade jurídica dos notários e registradores é autônomo, amparado na Lei dos Cartórios (Lei n. 8.935/1994), cujas normas para a atividade registral estão dispostas em diversos outros diplomas normativos, em especial na Lei dos Registros Públicos (LRP - Lei n. 6.015/1973). Neste tom, Barroso (*online*, 2003) assevera que o regime constitucional acerca da prestação de serviços públicos "é aquele em que a constituição atribui ao particular, de forma direta, mediante concurso público, e com exclusão do poder público, o desempenho da atividade".

O ordenamento jurídico, pois, apresenta seis categorias de serventias extrajudiciais, cada qual com a sua especialidade na produção e disponibilização de dados pessoais oriundos dos atos praticados. Inicialmente, tem-se que o Registro Civil de Pessoas Naturais concentra os registros e averbações de nascimentos, casamentos, união estável, óbitos, alterações de nome, sobrenome, emancipações, adoções, tutelas, curatelas, entre outros (art. 29, LRP). Por sua vez, o Tabelionato de Notas lida com escrituras, testamentos, atas notariais, reconhecimentos de firma, autenticações, aconselhamento jurídico durante a lavratura dos atos, divórcios e inventários extrajudiciais (art. 6º e 7º, LC). O Registro de Imóveis é responsável por registros, averbações, transcrições, matrículas, certidões, todas as alterações relativas a eles, usucapião extrajudicial, e ao banco de dados de ordem pessoal,

conhecido como "indicador pessoal", livro 05, que concentra a nominata de proprietários de bens imóveis de cada comarca (art. 167, LRP).

A competência por dar publicidade à inadimplência dos títulos de crédito cabe ao Tabelionato de Protestos, o qual possui por atribuição registrar e averbar atos acerca da inadimplência de dívidas oriundas de cheques, notas promissórias e outros títulos de créditos (Lei n. 9.492/1997). O Registro de Títulos e Documentos envolve tudo o que não é de competência das demais serventias, portanto, residual, como notificações extrajudiciais, registros de instrumentos particulares, do penhor, da caução, do contrato de parceria agrícola, do arrendamento, além assegurar a conservação e perpetuidade de qualquer documento (art. 127, LRP). Por fim, o Registro Civil de Pessoas Jurídicas armazena os atos constitutivos e as alterações e extinções relacionadas a pessoas jurídicas que não exercem atividades mercantis, como sociedades civis, religiosas, morais, científicas ou literárias, fundações, associações de utilidade pública, partidos políticos, jornais, empresas de notícias e radiodifusão (art. 114, LRP).

Assim, verifica-se a gama de informações pessoais cadastradas nos bancos de dados dessas serventias e sobre as quais é questionado se a publicidade dada a esses documentos pode ferir o direito fundamental à privacidade dos titulares. Diante disso, não se pretende esgotar o tema, mas cabe examinar o assunto à luz da LGPD.

De outra parte, cabe frisar que se trata de mera delegação do poder público para o exercício, em caráter privado, de função pública, cuja titularidade é do Estado e não do notário ou registrador, pois é o ente que conduz tecnicamente a atuação do particular (MAFFINI, 2018, p. 395). Logo, a Constituição Federal atribuiu aos notários e registradores a titularidade da atividade delegada, bem como a responsabilidade pelo armazenamento e conservação das informações notariais e registrais dos usuários dos cartórios e tabelionatos (MIRANDA, 2018, p. 107).

Impende mencionar que a utilização dos termos "dado" e "informação" se apresentam aqui em sentido sobreposto, pois "ambos os termos servem para representar um fato, determinado aspecto de uma realidade", muito embora cada termo possua uma significação própria a ser considerada. Dados seriam entendidos como uma "pré-informação" enquanto a "informação" tem sentido mais completo, compreensível e não se encontra mais na ordem primitiva (DONEDA, 2011, p. 94). E o

que pode ser considerado efetivamente um dado pessoal? Doneda (2011, p. 93) assevera que deve trazer vínculo objetivo com a vida da pessoa, devendo observar alguns requisitos para sua caracterização, "este vínculo significa que a informação se refere às características ou ações desta pessoa, que podem ser atribuídas a ela em conformidade à lei, como no caso do nome civil ou do domicílio", bem como também podem ser "informações provenientes de seus atos, como os dados referentes ao seu consumo, informações referentes as suas manifestações, como sobre opiniões que manifesta e tantas outras".

A LGPD categorizou os dados como "dado pessoal", "dado sensível" e "dados anonimizados". Dados pessoais correspondem a informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável; dados pessoais sensíveis dispõem sobre informações concernentes a origem racial ou étnica, convicção religiosa, filosófica ou política, dados referentes à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural e; por fim, dado anonimizado é aquele relativo ao titular, contudo, tratado de tal forma que o titular não possa ser identificado (art. 5º, I, II e III, LGPD). Disso depreende-se a máxima de que os dados pessoais podem ser, ressalvadas raras exceções (registros de adoção, alteração de nome e gênero), divulgados pelo registrador civil, como sempre o fez por meio das certidões e remessa de relatórios a diversos órgãos públicos, conforme previsto em convênios e normatizações internas específicas. Todavia, com o advento da LGPD, é indispensável a revisão desses procedimentos, porquanto os dados pessoais devem ser tratados à vista do novo diploma especial, marco normativo que afetou a atuação de quem avoca o princípio da publicidade irrestrita para os registros públicos.

Miranda (2018, p. 111) destaca um questionamento acerca do atual sistema de publicidade de registros imobiliários, onde se verifica uma "excessiva saturação de informações nas matrículas de imóveis, muito embora relacionadas ao aspecto das transmissões sucessivas e ônus cancelados". Indaga-se com base no princípio da necessidade em como o registro de imóveis deve proceder com a quantidade de dados pessoais constantes em sua rotina cartorária e o que fazer diante de informações que possam conflitar com a proteção à privacidade e à intimidade dos usuários desse serviço.

No mesmo tom, Jacomino (*online*, 2018) sustenta que com a modernização do sistema registral brasileiro ocorreu o que ele chama de “hiper-saturação textual da matrícula imobiliária” que consiste em inquirir acerca da quantidade de páginas constantes em uma matrícula usual e definir o que é variável, o que é eficaz e o que é dinâmico no que tange às informações constantes. Ou seja, há uma grande gama de informações pessoais sendo processadas e tornadas públicas com o advento da modernização do sistema registral brasileiro e, diante disso, deve-se discutir o princípio da necessidade, o qual dispõe que “em matéria de dados pessoais, só devem ser armazenados e processados os dados que sejam necessários à busca da própria finalidade, a qual direciona o tratamento desses dados” (MIRANDA, 2018, p. 110).

A finalidade, inclusive, é o princípio cerne da LGPD, lei esta concebida com a árdua missão equacionar abusos sobre o direito de personalidade e, por conseguinte, à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88). Desse modo, as serventias extrajudiciais não estão imunes ao cumprimento da lei geral e, quando necessária a disponibilização e o compartilhamento de dados pessoais, este deve ser feito à luz dos princípios finalidade e da necessidade, sem excessos, mediante a aplicação das regras para o tratamento de dados pessoais pelo poder público (art. 6º, I e III, c/c o art. 23, § 4º, LGPD).

#### **4 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E O PAPEL DOS CARTÓRIOS DE REGISTROS PÚBLICOS**

A discussão em análise travada nas ADI n. 6387, 6388, 6389, 6393, 6390, que suspenderam a aplicação da MP n. 954/2020, testa as possibilidades e os limites da proteção constitucional do direito à privacidade (art. 5º, X) frente aos riscos desencadeados pelo constante avanço tecnológico que caracteriza a nossa sociedade da informação. Nesse aspecto, “a força normativa da Constituição pode e deve ser atualizada e reconceitualizada para preservar garantias individuais que constituem a base da democracia constitucional” e que constantemente são ameaçadas diretamente, pois não há similitude entre “o poder de vigilância e a proteção da intimidade” (STF, ADI n. 6389).

A proteção dos dados pessoais é pautada por meio de direito fundamental e também por garantias constitucionais, tal sejam liberdade de expressão, direito à informação “que deverão eventualmente ser confrontados com a proteção da personalidade e, em especial, com o direito à privacidade” (DONEDA, 2011, p. 103). A tutela da privacidade não se restringe somente sobre a proibição de intromissão de terceiros em sua vida íntima, como também não deve ser considerada em cada caso isolado, mas deve ter caráter positivo, que consiste na solicitação de autorização de compartilhamento de dados (SCHREIBER, 2013, 137).

O STF deve reconhecer que “a disciplina jurídica do processamento e da utilização da informação acaba por afetar o sistema de proteção de garantias individuais como um todo” (ADI n. 6389). E diante da evolução tecnológica, o direito à privacidade deve se propor a algo além da proteção da vida íntima. Observa-se na doutrina que:

O direito à privacidade abrange, hoje, não apenas a proteção à vida íntima do indivíduo, mas também a proteção de seus dados pessoais. Em outras palavras: o direito à privacidade hoje é mais amplo que o simples direito à intimidade. Não se limita ao direito de cada um de ser “deixado só” ou de impedir a intromissão alheia na sua vida íntima e particular. Transcende essa esfera doméstica para alcançar qualquer ambiente onde circulem dados pessoais do seu titular, aí incluídos suas características físicas, código genético, estado de saúde, crença religiosa e qualquer outra informação pertinente à pessoa. Nesse sentido, a privacidade pode ser definida sinteticamente como o direito ao controle da coleta e da utilização dos próprios dados pessoais. (SCHREIBER, 2013, p. 136)

É direito da pessoa zelar pelo controle dos seus dados pessoais, pois, a “intromissão na vida doméstica de uma pessoa, e a sua exposição ao olhar alheio por meio de dados fornecidos ou coletados de forma aparentemente inofensiva” embora possa não parecer prejudicial, o é (SCHREIBER, 2013, p. 135-136). Diante disso, com o intuito de proteger o indivíduo e em consequência sua dignidade como pessoa humana entende-se de fundamental importância que ela possa manter-se reservada e tenha o direito de optar por compartilhar sua vida privada (MIRANDA, 2018).

A proteção de dados pessoais, neste contexto, augura tanto um direito de abstenção de intervenção do Estado, um direito de proteção do Estado para que



terceiros não intervenham e também um direito a uma ação positiva normativa que tem por fim garantir tal proteção, conforme advertido por Laura Schertel Mendes (2011). Hodiernamente, os bancos de dados pessoais proporcionam uma nova definição dos poderes e direitos a respeito das informações pessoais e, conseqüentemente, sobre a própria pessoa. Assim, abriu-se a possibilidade de inúmeras pessoas terem acesso “a um conjunto sempre mais detalhado e preciso de informações sobre terceiros”, o que tornou o estatuto jurídico da proteção desses dados de extrema relevância, porquanto a “definir a própria autonomia, identidade e liberdade do cidadão contemporâneo” (DONEDA, 2011, p. 92). Contudo, o próprio STF já se reconhecia esta modulação na conceituação de privacidade:

A partir da edição de legislações setoriais que garantem a proteção de dados pessoais, tais como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei do Cadastro Positivo, a Lei de Acesso à Informação, o Marco Civil da Internet – que inclusive assegura aos usuários da internet, entre outros direitos, a inviolabilidade e o sigilo do fluxo de comunicações e dos dados armazenados (art. 7º, II e III) – e, mais recentemente, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018). Este último diploma assenta de maneira clara que “a disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos o respeito à privacidade e a autodeterminação informativa. (art. 2º, incisos I e II) (STF, ADI, 6389)

O consentimento do interessado, para as relações de interesse exclusivamente privado, é entendido como um dos pontos marcantes no que envolve a proteção de dados pessoais. De acordo com Doneda (2006, p. 371; 2019, p. 297), o consentimento pressupõe a oportunidade de estruturar, “a partir da consideração da autonomia da vontade, da circulação de dados e dos direitos fundamentais, uma disciplina que ajuste os efeitos deste consentimento à natureza dos interesses em questão”. E, será, por meio da LGPD, em respeito à autonomia da privada, que questões relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável, como por exemplo: nome, gênero, idade, estado civil, documentos de identificação, religião, raça, orientação política, origem biológica, endereço, contatos pessoais, entre outros, só poderão ser coletados mediante o consentimento do usuário (nas relações privadas), ou no interesse público para uma finalidade específica, com as cautelas correspondentes à informação precisa e atualizada acerca do tratamento a ser

realizado, para a persecução limitada à coleta mínima necessária conforme a necessidade do serviço público, sob a responsabilidade de um encarregado pelo adequado procedimento (art. 23, I e III, LGPD).

Com efeito, é procedente a crítica de Bruno Bioni (2019) sobre a gradual adjetivação do consentimento nas leis geracionais de proteção de dados pessoais. Esta crítica é subscrita, a seu modo, por Danilo Doneda quando alerta sobre os reflexos da adaptação de mecanismos negociais tradicionais aos contratos que preveem a renúncia às proteções legais sobre os dados pessoais: *all-exonerating instrument* (2019, p. 300-301). Com efeito, não sem razão Bruno Bioni argumenta que a centralidade do consentimento foi mitigada com a disseminação de autoridades independentes para a aplicação das leis de proteção de dados pessoais, bem como de proposições normativas que não facultam ao titular a eleição sobre o tratamento de certos tipos de dados pessoais (ex: dados sensíveis).

Sobre o objeto deste texto, os órgãos ainda terão de manter os dados de modo que permita a interoperabilidade entre serviços públicos, de forma que possam ser compartilhados rapidamente em havendo necessidade para o atendimento de políticas públicas e no interesse público (art. 25, LGPD). Neste caso, para a segurança do procedimento, torna-se importante, para não dizer salutar, a lavratura instrumento de convênio, termo de compromisso ou de responsabilidade ou contrato, especificando de forma clara e precisa a finalidade do compartilhamento e o modo com que serão mantidos em arquivo seguro. Além dessa medida, é indispensável a comunicação do compartilhamento à Autoridade Nacional (ANPD).

Ademais, o compartilhamento ou o uso compartilhado de dados pessoais pelo poder público somente deve ocorrer para atendimento de finalidades específicas na execução de políticas públicas, sempre com a estrita observância das regras de proteção (segurança) dos dados pessoais (art. 26, LGPD). A operacionalização do tratamento de dados pessoais, pois, deve ter início sempre com a observância de dois princípios, oriundos do direito fundamental à proteção de dados pessoais, de acordo com Miranda (2018, p. 111) o da *necessidade*, em que se pauta no tratamento aos dados essenciais para a realização de sua finalidade; e o da *informação* que se refere a uma ciência do interessado acerca do destino dos seus dados pessoais. Essa informação inclui a quem o dado se destina, para qual finalidade será utilizado, por

quanto tempo, quem terá acesso aos seus dados, se esses dados serão transmitidos a terceiros e quaisquer dados que sejam úteis para fins de consentimento livre e consciente (tratamento no interesse privado) ou de informação clara sobre o fluxo no órgão e entre órgãos públicos em caso de compartilhamento (tratamento no interesse público).

No sistema notarial e registral brasileiro, assevera Miranda (2018, p. 111) que não há até o momento disposição específica que retrate de maneira assertiva sobre dados pessoais, e, com isso, torna-se possível o ingresso dos documentos ao acervo, como aliás comumente ocorre, "e caberá aos Oficiais, ao analisarem solicitações de certidões de documentos arquivados, verificar se há, entre esses, algum documento que extrapole o princípio da necessidade ou possa atingir direitos pessoais". Contudo, questiona-se se o atual modelo seguido pelas serventias extrajudiciais quanto à preservação e publicidade de dados é efetiva a ponto de não violar o direito fundamental à privacidade dos titulares e disso decorrem duas situações: (i) que por recomendação de órgãos internacionais, ante a lacuna legislativa interna, foi concebida uma lei com matriz europeia (protetora) com o intuito de proteção aos dados pessoais para tentar, de algum modo, resguardar a privacidade da pessoa – como a já mencionada a LGPD; e (ii) pelo elevado número de fraudes que tinham como elemento base os documentos obtidos de modo e para fins desvinculados da atividade (certidões de óbitos, de imóveis, de escrituras, de protestos, etc.) em cartórios extrajudiciais, por meio de apresentação de documentos falsos, e gerando, inclusive, a impossibilidade de rastreio pelas autoridades.

A Lei de Registros Públicos, salvo raras exceções (adoção, alteração de gênero e nome), impõe obrigação aos oficiais e prepostos para a emissão de certidões do que for requerido (art. 16) e, ainda, o solicitante sequer precisa informar o motivo do pedido (art. 17). Portanto, é possível afirmar que, com a entrada em vigor da LGPD, além das cautelas pelos delegatários e prepostos (controlador e operadores de dados, respectivamente), existe também a necessidade de regulamentação normativa específica por meio do Poder Judiciário; na sua função de regulador da atividade prevista no § 1º do art. 236, CF/88; no sentido de aclarar as restrições de acesso aos dados pessoais das pessoas que inscritas nos livros dos registros públicos, porquanto, atualmente, o ordenamento jurídico carece de regulamentação

protetora destes direitos subjetivos. Contudo, especificamente sobre esta lacuna normativa regulamentadora, é coerente afirmar, também, que a ANPD deve articular sua atuação com o Poder Judiciário, o qual tem competências sancionatórias e normativas afetas ao tema de proteção de dados pessoais pelos serviços notariais e registrais.

Inobstante a importância temática, não consta item específico sobre a regulamentação sobre os dados pessoais disponíveis nos cartórios de registros públicos na agenda regulatória da ANPD para o biênio 2021-2022 publicada na Portaria nº 11, de 27 de janeiro de 2021, tampouco no seu Planejamento Estratégico 2021-2023. A ANPD é o órgão central de interpretação da LGPD e do estabelecimento de normas e diretrizes para a sua implementação (Art. 55-K, LGPD). Compete exclusivamente à ANPD a eventual aplicação de sanções previstas na LGPD, competência que tem prevalência, no que se refere à proteção de dados pessoais, sobre as competências correlatas do Poder Judiciário (Art. 55-K, LGPD). Com efeito, os regulamentos e as normas editados pela ANPD devem ser precedidos de consulta e audiência públicas, bem como de análises de impacto regulatório. A ANPD e os órgãos e o Poder Judiciário devem coordenar suas atividades, nas correspondentes esferas de atuação, com vistas a assegurar o cumprimento de suas atribuições com a maior eficiência e promover o adequado funcionamento do tratamento de dados pessoais pelo setor de serviços notariais e de registros públicos, tendo em vista a legislação específica (art. 55-J, § 2º e 3º LGPD).

Estas anteriores assertivas estão fundamentadas na competência da Autoridade Nacional de: (i) dispor sobre as formas de publicidade das operações de tratamento de dados pessoais pelo poder público (art. 23, § 1º, LGPD); (ii) estimular a adoção de padrões técnicos que facilitem o controle pelos titulares dos seus dados pessoais (arts. 51; 55-J, VIII, LGPD); ii) solicitar, a qualquer momento, às entidades do poder público que realizem operações de tratamento de dados pessoais informe específico sobre o âmbito, a natureza dos dados e os demais detalhes do tratamento realizado, com a possibilidade de emitir parecer técnico complementar para garantir o cumprimento da LGPD (art. 55-J, XI, LGPD); iii) editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade, bem como sobre relatórios de impacto à proteção de dados pessoais para os casos em que o

tratamento representar alto risco à garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais previstos na LGPD (art. 55-J, XIII, LGPD); iv) celebrar, a qualquer momento, compromisso com agentes de tratamento para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa no âmbito de processos administrativos, de acordo com o previsto no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (art. 55-J, XVII, LGPD); v) deliberar, na esfera administrativa, em caráter terminativo, sobre a interpretação desta Lei, as suas competências e os casos omissos (art. 55-J, XX, LGPD); vi) comunicar aos órgãos de controle interno o descumprimento do disposto nesta Lei por órgãos e entidades da administração pública federal (art. 55-J, XXII, LGPD); articular-se com as autoridades reguladoras públicas para exercer suas competências em setores específicos de atividades econômicas e governamentais sujeitas à regulação (art. 55-J, XXIII, LGPD).

## 5 CONCLUSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra a proteção à privacidade. Nesse aspecto, surge uma importante questão referente aos limites da publicidade dada aos dados pessoais constantes nos bancos de dados públicos e dos acervos das serventias extrajudiciais. O processamento de dados tomou uma dimensão imensurável, e a proteção dos dados pessoais elevada ao patamar de direito fundamental de raiz constitucional, tudo com o propósito de resguardar os indivíduos de riscos oriundos do processamento de dados pessoais por terceiros e em larga escala, na grande maioria das vezes, de modo não autorizado pelos titulares. Dessarte, nunca é tarde para se afirmar que em boa hora calhou a LGPD, a qual contempla satisfatoriamente os métodos e regras de coleta, armazenamento, tratamento, utilização, compartilhamento e eliminação de dados pessoais, a fim de obstaculizar a circulação e o uso indiscriminado das informações de ordem exclusivamente pessoal.

O referendo na medida cautelar intentada nas ações diretas de inconstitucionalidade, (voto conjunto nas ADI n. 6.389, 6.390, 6.393, 6.388 e 6.387) reconheceu jurisprudencialmente o direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental e expôs a importância de preservação dos dados pessoais seja

em âmbito público ou privado, reforçada pela Emenda Constitucional n. 115, de 10 de fevereiro de 2022, que acrescentou o inciso LXXIX, cujo texto prevê que “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”.

Importante ressaltar que o Brasil é um país de extensão continental com realidades discrepantes quanto à organização e recursos de empresas privadas e repartições públicas, ponto em que o novo regramento de proteção de dados dispensará um tratamento equânime aos envolvidos, o que significa um avanço extremamente positivo na proteção dos direitos fundamentais da personalidade.

No que é pertinente às serventias extrajudiciais, observa-se que as seis categorias deverão se adequar ao novo regramento para coletar, tratar, armazenar e compartilhar os dados pessoais dos usuários, disponibilizando ao público apenas as informações necessárias ao serviço, respeitando os limites da privacidade subjetiva. Por conseguinte, a documentação recebida, cadastrada, arquivada e publicizada deve respeito à finalidade do serviço e à necessidade dos dados coletados para tratamento, quebrando-se o paradigma da publicidade irrestrita, até então considerado praticamente um dogma da atividade notarial e registral brasileira. A atividade notarial e registral, portanto, carece de regulamentação para a harmonização dos princípios registrais com a proteção dos direitos de personalidade.

Com a LGPD, além da observância de delegatários e prepostos (controlador, operador e encarregado), conclui-se ser imperiosa a regulamentação normativa específica pela ANPD (dentro da competência prevalente no que se refere à proteção de dados pessoais: arts. 23, § 1º; 51; 55-J, § 2º e 3º; 55-K, LGPD) em articulação com o Poder Judiciário (na sua função de regulador dos cartórios extrajudiciais: art. 236, § 1º, CF/88; art. 37, Lei n. 8.935/1994; art. 2º, Lei n. 6.015/1973) no sentido de aclarar as restrições de acesso aos dados pessoais das pessoas que inscritas nos livros dos registros públicos.

## REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos de personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRASIL. Presidência da República. Agência Nacional de Proteção de Dados. **Portaria Nº 11, de 27 de janeiro de 2021**. Torna pública a agenda regulatória para o biênio 2021-2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-11-de-27-de-janeiro-de-2021-301143313>. Acesso em: 16 de abr., 2021.

BRASIL. Presidência da República. Agência Nacional de Proteção de Dados. **Planejamento Estratégico 2021-2023**. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-imagens/planejamento-estrategico/planejamento-estrategico-2021-2023.pdf>. Acesso em: 16 de abr., 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6387 MC-REF /DF**. Rel. Min. Rosa Weber. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 07 mai. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6387MC.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF nº 944 - HC 168052/SP**, rel. Min. Gilmar Mendes, 11.6.2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo944.htm>. Acesso em: 28. jul. 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados**. 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação**. 3 ed. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 88, p. 439-459, 1 jan. 1993.

FREGADOLLI, Luciana. O direito à intimidade. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, ano 5, no 19, p. 196-246, abr./jun. 1997.

JACOMINO, Sérgio. **Digitalização da matrícula**: hiper-saturação textual. Disponível em: <https://cartorios.org/2018/08/23/digitalizacao-da-matricula-hiper-saturacao-textual/>. Acesso em: 25 mai 2020.

LEONARDI, M. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAFFINI, Rafael. Serviços notariais e de registro: a gestão privada de uma função pública. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, vol. 85, ano 41, p. 391-404, jul-dez. 2018.

MENDES, L. S. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista de direito do consumidor**, v. 79/2011, p. 45-81, julho-setembro 2011.

MIRANDA, Caleb Matheus Ribeiro de. O Registro de imóveis e o direito à proteção dos dados pessoais. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, vol. 85, ano 41, p. 103-125, jul-dez. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999.

RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODOTÀ, S. **A vida na sociedade da vigilância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCALQUETE, Ana Cláudia Silva. **Sistema constitucional das crises**: os direitos fundamentais face a situações extremas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

SCHEREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WARREN, S.; BRANDEIS, L. **The right to privacy**. *Harvard Law Review*, vol. IV, nº. 5, 15 december, 1890. Disponível em: [http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy\\_brand\\_war2.html](http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_war2.html). Acesso em: 03 abr. 2021.



## 21. O ESTADO DE EXCEÇÃO COMO REGRA NA AMÉRICA LATINA E O PAPEL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA TUTELA DA PESSOA

*THE STATE OF EXCEPTION AS A RULE IN LATIN AMERICA AND THE ROLE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE PROTECTION OF THE PERSON*



<https://doi.org/10.36592/9786554601153-21>

*Stanlei Ernesto Prause Fontana*<sup>1</sup>

*Cássia Camila Cirino dos Santos Fontana*<sup>2</sup>

### 1 INTRODUÇÃO

Reflexões sobre os limites da potestade são transversais na história do pensamento político-filosófico ocidental. Por mais que a ideia do Estado de Direito tenha se consolidado nas Constituições, o problema da violência estatal é constante, capaz de se renovar e impor novas questões, relacionadas aos fatores materiais e imateriais de seus tempos. O poder soberano é *locus* em que se evidencia a tensão entre os campos político e jurídico: se, por um lado, o Direito visa a controlar a coação pública ou privada, por outro a soberania tende a reafirmar a sua força e a concretizar-se no estado de exceção.

Na América Latina, os direitos humanos e a construção do Sistema Regional de Proteção, com estudos interessantes e esforços práticos para a consolidação de *standard* mínimo de proteção em todo o continente confrontam-se com problemas históricos que ameaçam a tutela da pessoa humana, sujeita a abusos que partem

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil (Taxa PROSUP/CAPES). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná - EMAP (2015-2016). Graduado em Direito pela UNISEP (2014). Advogado. Curitiba/PR. E-mail: stanlei.fontana@gmail.com. ORCID 0000-0002-9606-3035.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito pelo UniBrasil (BOLSA PROSUP/CAPES). Especialista em Direito Previdenciário pelo Instituto de Estudos Previdenciários (IEPREV). Especialista em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Advogada. Curitiba/PR. E-mail: cassiacirino@yahoo.com.br. ORCID 0000-0002-2589-363X.

tanto dos atores públicos quanto dos atores privados. A exposição a níveis inaceitáveis de violência na região demonstra que muitos sujeitos, sobretudo os mais débeis, vivem sob estado de exceção, à semelhança da figura arcaica do *homo sacer*, vida desprovida de qualificações jurídicas.

Assim, o presente artigo tem o objetivo de apurar se a Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH pode limitar a soberania dos países que aceitaram a sua jurisdição e restaurar a legalidade em casos de estado de exceção. No primeiro capítulo, exploram-se os debates sobre a soberania e o estado de exceção, bem como sobre o *homo sacer* e o poder de vida ou morte que o soberano exerce sobre as pessoas. Realizam-se apontamentos a respeito do papel dos direitos humanos na limitação da soberania, conceito moderno constituído entre razões de Estado e direito de resistência.

No segundo capítulo, discorre-se acerca dos direitos humanos na América Latina, o papel que os países americanos tiveram na elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a construção do Sistema Regional de Proteção. Disserta-se sobre o constitucionalismo multinível, os diálogos construtivos entre as várias ordens normativas dos países latino-americanos e as dificuldades de efetivação dos direitos humanos na região. Analisam-se o estado de exceção que se converteu em regra nos países do Sul - que transformou os mais débeis em figuras assemelhadas ao *homo sacer* - e a ideia de que o fundamento moral dos direitos humanos consiste no direito à justificação, o qual permite a construção de justificativas mais aceitáveis à dominação. Aponta-se o papel da Corte IDH na definição de formas mais civilizadas de poder na América Latina.

No terceiro capítulo, disserta-se a respeito do papel da Corte IDH na restauração da legalidade e no combate ao estado de exceção, pois a sua jurisdição tem se concentrado em problemas endêmicos na América Latina a partir do emprego do litígio estratégico. Lançam-se comentários sobre o caso e *González e Outras (Campo Algodoeiro) v. México*, apreciado pela Corte IDH, pelo qual o Estado acabou condenado a reparar as vítimas de feminicídio e adotar medidas estruturais para impedir novas violações de direitos.

Expõe-se, por fim, que a Corte IDH pode contribuir para a limitação da soberania e a restauração da legalidade quando o estado de exceção compromete o funcionamento das instituições nacionais.

## 2 ESTADO DE EXCEÇÃO

Soberania e exceção são assuntos conexos e constantes nas discussões sobre o Estado Democrático de Direito. Carl Schmitt definiu o soberano como aquele que decide sobre o estado de exceção (2006, p. 7). O soberano estaria, paradoxalmente, dentro e fora da lei por ter a competência ilimitada de suspender ordenamento e de instaurar outro tipo de ordem para as situações emergenciais (Schmitt, 2006, p. 13). A decisão estaria liberta de qualquer vínculo normativo e se tornaria absoluta em sentido real para a autoconservação do Estado (Schmitt, 2006, p. 13).

As reflexões de Schmitt sobre a vontade soberania demonstram que no estado de exceção a destruição do direito se confunde com a sua criação (Ferreira, 2004, p. 13). A soberania não se fundaria no monopólio imperialista ou da coerção, mas na competência exclusiva para a decisão que afasta a legalidade ordinária e inaugura uma ordem diferente (Ferreira, 2004, p. 13). A exceção seria muito mais interessante do que o caso normal pela sua possibilidade de confirmar a regra e pela paixão que suscita, o que não pode ser encontrado na generalidade mecânica (Ferreira, 2004, p. 15).

Schmitt entendia que o Direito não era livre de contingências políticas, nas quais estariam compreendidos os problemas de validade das normas e a construção da vida comum das pessoas (Bignotto, 2008, p. 405). Daí que a Constituição, em sua perspectiva, não poderia prever as hipóteses de exceção, mas apenas indicar as autoridades competentes para a decisão (Schmitt, 2006, p. 12). A decisão soberana poderia tratar da conveniência da suspensão da ordem livre de limites normativos, mediante poder puramente fático de distinguir a exceção da normalidade, já que haveria confusão entre poder e direito na soberania (Prieto, 2012, pp. 129-130).

O político ocuparia todas as relações sociais e teria potencial para transformar as realidades econômicas, culturais e religiosas (Prieto, 2012, pp. 129-130). Posturas

extremadas gerariam agrupamentos entre "amigos" e "inimigos", cujos conflitos poderiam desencadear ameaças existenciais e respostas incisivas (Prieto, 2012, p. 128). O incremento da política operaria mudanças tamanhas que o normativismo, paradigma inerente ao positivismo, cederia lugar ao decisionismo: afastadas as normas, prevaleceria o poder personalista de o Estado instaurar a exceção (Prieto, 2012, pp. 128-130).

O normativismo somente teria condições de resolver ilegalidades previamente contempladas pelo legislador, as quais, de maneira alguma, anulariam a norma; antes, reforçariam a necessidade de obediência ao Direito (Prieto, 2012, p. 131). Já o decisionismo teria estrutura diferente e apresentaria "duplo efeito problematizador", na medida em que regressaria à etapa que antecede a fundação da ordem e revela fase crítica, marcada pela ameaça excepcional sofrida pela mesma ordem (Prieto, 2012, p. 131). A normalidade seria pressuposto do funcionamento do ordenamento jurídico que, em casos de crises severas, daria lugar à decisão soberana da exceção (Prieto, 2012, p. 132).

Giorgio Agamben observa que o termo "estado de exceção" foi utilizado nos estudos dos juristas alemães para tratar dos poderes excepcionais do presidente do Reich, previstos no art. 48, da Constituição de Weimar<sup>3</sup>. Nos estudos da época, os teóricos registraram a expansão dos poderes do Executivo durante as duas guerras mundiais, a consequente modificação dos regimes democráticos e ocorrência do estado de exceção (Agamben, 2004). O estado de exceção, contudo, converteu-se na regra que caracteriza os governos, a ponto de Walter Benjamin ter invertido a tese schmittiana e afirmado que ao soberano cabe evitar a exceção<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> "O termo – que já foi utilizado pelos juristas alemães para indicar os poderes excepcionais do presidente do Reich segundo o art. 48 da Constituição de Weimar (Preuß, 1923) – foi retomado e desenvolvido por Frederick M. Watkins ("The Problem of Constitutional Dictatorship, in *Public Policy* 1, 1940) e por Carl J. Friedrich (*Constitutional Government and Democracy*, 1941) e, enfim, por Clinton L. Rossiter (*Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, 1948). Antes deles, é preciso ao menos mencionar o livro do jurista sueco Herbert Tingsten: *Les pleins pouvoirs. L'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après La Grande Guerre*" (Tingsten, 1934) (Agamben, 2004).

<sup>4</sup> "A tradição dos oprimidos ensina-nos que o 'estado de exceção' em que vivemos é a regra. Temos de chegar a um conceito de história que corresponda a essa ideia. Só então se perfilará diante dos nossos olhos, como nossa tarefa, a necessidade de provocar o verdadeiro estado de exceção; e assim a nossa posição na luta contra o fascismo melhorará. A hipótese de ele se afirmar reside em grande parte no fato de os seus opositores o verem como uma norma histórica, em nome do progresso. O espanto por as coisas que assistimos 'ainda' poderem ser assim no século vinte não é um espanto

Desse modo, o estado de exceção passou de medida excepcional à técnica de governo que constitui a ordem jurídica (Agamben, 2004). A exceção soberana não busca o controle ou a neutralização dos excessos, mas a criação do espaço em que as ordens política e jurídica podem ter valor (Lorenzetto, 2010, p. 145). A exceção não se limita a discernir o que está dentro e fora do ordenamento, normalidade e caos, já que uma de suas funções é de separar essas esferas de maneira tênue (Lorenzetto, 2010, p. 145).

A zona de indiferenciação entre o normal e o anormal indica que a exceção não pode ser considerada situação de fato nem caso jurídico, pois o seu surgimento decorre da suspensão da norma (Agamben, 2007, p. 26). A ambiguidade do instituto faz com que os motivos que levaram à decisão soberana sejam difíceis de serem compreendidos e impossíveis de serem controlados, o que se estende aos atos praticados no período em que as normas permanecem suspensas. Afinal, o obscurecimento propositado entre ser e dever ser que a exceção instaura não permite que se separem as medidas legítimas das ilegítimas.

Marc de Wilde observa que o estado de exceção dessubjetiva as pessoas pela perda dos direitos e da tutela normativa, ainda que esse processo se efetive pelas disposições jurídicas que as sujeitam, sem, contudo, que sejam sujeitos de direito (2006, p. 199). Segundo Bruno Meneses Lorenzetto, a desumanização que o estado de exceção implica pode ser encontrada na figura do *homo sacer*, alguém excluído da jurisdição humana e sem guarida teológica ou ritualística (2010, p. 146), uma vida matável e ao mesmo tempo insacrificável aos deuses (Agamben, 2007, p. 90).

Agamben afirma que a definição do *homo sacer* é o caráter particular da dupla exclusão e da violência a que está exposto, já que a sua morte é insancionável e não configura homicídio ou sacrifício (2007, p. 90). A indeterminação da exceção, portanto, parece conectar-se com a condição do *homo sacer*, que não pode ser compreendido de acordo com o Direito Penal ou o sacrifício (Agamben, 2007, p. 90). A dupla exclusão, que se constitui "como uma excrescência do profano no religioso e do religioso no profano", caracteriza zona de indiferenciação entre sacrifício e homicídio (Agamben, 2007, p. 90).

---

filosófico. Ele não está no início de um processo de conhecimento, a não ser o de que a ideia de história de onde provém não é sustentável (Benjamin, 2012).

Para Agamben, "soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar sacrifício, e sacra, isto é, matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nesta esfera" (2007, p. 90). A vida nua da figura do *sacer*, considerada puramente biológica ou despida de qualificações jurídicas, constitui o conteúdo primeiro do poder soberano (Agamben, 2007, p. 91). Ou seja, a vida nua significa uma vida abandonada, em permanente exposição à violência do soberano, que a exclui do bando e embarça a distinção entre *zoé* e *bíos* (Martins, 2016, p. 26).

Por isso, Achille Mbembe entende que o poder soberano consiste em ditar quem pode viver e quem deve morrer (2018). O soberano exerce o controle sobre a mortalidade e captura a vida como manifestação de poder. O estado de exceção e as políticas da inimizade constituem as bases normativas do direito de matar, cujas manifestações de poder – não exclusivamente estatais – articulam a exceção, a emergência e a noção ficcional de inimigo (Mbembe, 2018).

Não apenas mediante ações, mas também mediante omissões o poder soberano produz a vida nua e determina quem vive ou quem morre, pois a negligência com os deveres de proteção pode fazer com que as pessoas sejam expostas a violações sistemáticas de direitos humanos, sobretudo os marginalizados e vulneráveis. Isso pode ocorrer tanto com a existência de poderes paralelos e espaços soberanos no território nacional, que se estabelecem pela ausência do Estado em determinados lugares (Maliska, 2013, pp. 104-105)<sup>5</sup>, quanto pelo manifesto descaso com a vida e a segurança de grupos minoritários.

É verdade que o poder não é mais juridicamente ilimitado, nem livre de constrangimentos. Os direitos humanos transformaram o paradigma de que as pessoas existem em razão do Estado a fim de determinar que o Estado exista para servir às pessoas em suas necessidades (Bobbio, 2004). Daí que as pessoas passaram da condição de súditos, condenados à obediência servil e passiva às ordens do soberano, à condição de cidadãos com direitos e deveres (Lafer, 1995, p.

---

<sup>5</sup> Marcos Augusto Maliska associa o estado de exceção de Agamben à existência de poderes paralelos na ordem constitucional vigente. Ao levantar a questão da possibilidade de territórios soberanos no território nacional, Maliska conclui que o pluralismo, conquanto produza direito objetivo, somente pode existir na unidade política e que não são admitidos espaços no interior dos países com bases normativas contrárias à Constituição (2013, pp. 104-105).

140). A soberania, de fato, não é mais absoluta e encontra limites jurídicos (Garcia, 2007, p. 127).

Entretanto, ainda que as limitações existam e possam ser opostas pelos indivíduos contra os agentes estatais ou particulares, os problemas do poder e da exceção continuam sempre latentes. Nessa tensão entre as razões de Estado, destinadas a fazer com que prevaleça o político sobre o jurídico, e o direito de resistência, que pretende exatamente o oposto, é que se constitui a moderna noção de soberania (Magalhães, 2016, pp. 115-116).

Nesse contexto, a tensão ínsita à soberania tem se revelado em problemas endêmicos ligados a fatores históricos, sociais, políticos e econômicos dos países latino-americanos. Ao mesmo tempo em que os ordenamentos jurídicos nacionais da América Latina incorporaram direitos humanos, a técnica de governo da exceção compromete o funcionamento das instituições e o potencial de resistência das vítimas de excessos ou de omissões estatais.

### **3 DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA**

A Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França têm sido considerados os documentos que iniciaram o processo ético que culminou na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 <sup>6</sup>. No entanto, os países latino-americanos, depois do fim da Segunda Guerra Mundial e do aumento da influência geopolítica dos Estados Unidos, procuraram relacionar os direitos humanos à estabilidade, à paz e à ideia de não intervenção nas discussões multilaterais (Reis, 2011, p. 107).

---

<sup>6</sup> "Inegavelmente, a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, como se diz em seu artigo II. E esse reconhecimento universal da igualdade humana só foi possível quando, ao término da mais desumanizadora guerra de toda a História, percebeu-se que a ideia de superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou de uma religião, sobre todas as demais, põe em risco a própria sobrevivência da humanidade" (Comparato, 2001).

A Declaração Interamericana de Direitos Humanos pelos membros da Organização dos Estados Americanos – OEA demonstra a mobilização dos países latinos em torno do assunto (Reis, 2011, p. 107). A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem – DADH, a Convenção Americana dos Direitos Humanos – CADH, a criação da Comissão de Direitos Humanos - CIDH e da Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH foram passos importantes na estruturação do Sistema Regional de Proteção no continente americano. No que tange à edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os países americanos encaminharam delegados à Comissão presidida por Eleanor Roosevelt e fizeram considerações importantes sobre a igualdade de gênero, a igualdade racial a equivalência entre os direitos sociais e econômicos e as liberdades públicas (Reis, 2011, p. 110).

Todavia, nos anos seguintes, muitos países latinos se converteram em ditaduras militares, acontecimentos que reservaram a linguagem dos direitos humanos a poucos dissidentes (Reis, 2011, p. 112). Somente nos anos 1980, com o fim dos regimes autoritários, houve avanços no sentido das democracias constitucionais, na consolidação das bases cidadãs e na proteção e promoção de direitos (Weyl, 2010, p. 86). A crescente incorporação das declarações de direitos às Constituições, a ampliação dos sistemas internacionais de proteção e a criação de mecanismos de tutela da pessoa humana são conquistas expressivas das nações americanas (Weyl, 2010, p. 86).

Com efeito, a proteção da pessoa humana é tendência comum às ordens normativas internas e externas na América Latina, característica inerente ao fenômeno do transconstitucionalismo <sup>7</sup>. A abertura das Constituições ao direito

---

<sup>7</sup> "O conceito de Constituições transversais refere-se ao entrelaçamento entre o direito e a política ou, no caso das 'Constituições civis' da sociedade mundial, um outro sistema social. A questão reside na relação entre sistemas funcionais, concentrando-se nos limites e possibilidades de construção de uma racionalidade transversal mediante o aprendizado recíproco e intercâmbio criativo. Isso implica externalização e internalização de informações entre esferas sociais que desempenham funções diversas e se reproduzem primariamente com base em códigos binários de comunicação diferentes. A questão é outra quando se trata de transconstitucionalismo. Nesse caso, o problema consiste em delinear as formas de relação entre ordens jurídicas diversas. Ou seja, dentro de um mesmo sistema funcional da sociedade mundial moderna, os direitos proliferam ordens jurídicas diferenciadas, subordinadas ao mesmo código binário, isto é, 'lícito/ilícito', mas com diversos programas e critérios. Verifica-se, dessa maneira, uma pluralidade de ordens jurídicas, cada uma das quais com seus próprios elementos ou operações (atos jurídicos), estruturas (normas jurídicas), processos (procedimentos jurídicos) e reflexão da identidade (dogmática jurídica)" (Neves, 2009, pp. 115-116).



internacional dos direitos humanos e o dever de harmonização dos ordenamentos jurídicos dos países que aderiram à CADH (art. 2º) são fatores que fomentam diálogos entre os níveis constitucionais e convencionais de proteção, pautados pela perspectiva dialógica de cooperação construtiva (Borges & Piovesan, 2019, p. 11).

Os Estados aceitaram a estabelecer diálogos quando soberanamente ratificaram a CADH (Borges & Piovesan, 2019, p. 12). A harmonização dos ordenamentos, efetivada via interações entre os vários países, não se limita às disposições convencionais; antes, requer que se considerem as decisões da Corte IDH e outros documentos do direito internacional integrantes do bloco de convencionalidade para a formação do *corpus iuris* (Borges & Piovesan, 2019, p. 11). O controle de convencionalidade é o mecanismo que permite tais diálogos ao dirimir eventuais conflitos e coordenar o entrelaçamento das diversas ordens jurídicas (Borges & Piovesan, 2019, p. 113).

A ideia dos diálogos opera justamente na dimensão do *human rights approach*, centrada na primazia dos direitos humanos e nas interrelações entre os sistemas normativos, em detrimento do *state approach*, baseado unicamente na soberania nacional (Leal, 2019, p. 372). A aproximação dos países e a assunção da obrigação solene de respeitar os direitos humanos redimensionaram a soberania, já que o poder estatal deixou de ser ilimitado (Garcia, 2007, p. 127). Além disso, os direitos das gentes operaram mudança paradigmática ao consolidarem a ideia de que é o Estado que existe em razão das pessoas e não as pessoas em razão do Estado (Bobbio, 2004).

Assim, a transformação da soberania e o diálogo das diversas ordens paralelas aproximaram o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos (Fachin, 2020, pp. 55-56). Direitos fundamentais e direitos humanos, conseqüentemente, adquiriram significados muito parecidos e exigiram considerações recíprocas para o atendimento de finalidades comuns (Fachin, 2020, pp. 55-56). Ainda que caiba ao Estado a responsabilidade primária de tutelar as pessoas contra agressões, o novo espaço de proteção das vítimas é complexo e extrapola os limites nacionais (Fachin, 2020, pp. 55-56).

Contudo, os diálogos entre as diversas ordens nem sempre se efetivam facilmente, o que prejudica o potencial de proteção do constitucionalismo multinível.

Um dos exemplos mais emblemáticos dessa dificuldade é o julgamento da ADPF nº 153, pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a validade da Lei nº 6.683/1979, que versa sobre a anistia dos atos praticados por membros do Estado ou de seus opositores durante a ditadura militar, mesmo com precedentes em sentido contrário formados na Corte IDH (Conci, 2012, pp. 312-313). Meses depois, a Corte IDH condenou o Brasil por violação de direitos humanos ao apreciar o caso *Gomes Lund* e destacou que Lei de Anistia seria carente de efeitos jurídicos (Conci, 2012, pp. 323-324).

No âmbito interno, as Cortes Constitucionais dos países americanos encontram dificuldades sérias quando as suas decisões podem confrontar interesses governistas ou oligárquicos, sobretudo pelo receio de represálias (Lunardi, 2021, p. 139). O risco de retaliações explica os róis extensos de garantias institucionais do Poder Judiciário em muitas Constituições dos países latino-americanos - a exemplo da brasileira - e a realização de cálculos estratégicos em decisões que possam desagradar o Poder Executivo e a sua base político-eleitoral (Lunardi, 2021, p. 140). Por óbvio que tais riscos dificultam a realização dos direitos humanos e fundamentais.

A par das dificuldades sistêmicas de interação entre as ordens normativas, concorrem fatores sociais, políticos e econômicos para a inefetividade das normas convencionais e constitucionais na América Latina. Hélio Gallardo observa que os Estados latino-americanos foram estruturados a partir do patrimonialismo e do clientelismo (2014, p. 141). Tais aspectos explicam os motivos pelos quais os fatores reais de poder prevalecem sobre as exigências de acesso aos tribunais e de mudanças de padrões socioeconômicos do Direito (Gallardo, 2014, p. 141).

Gallardo explica que o Estado patrimonialista, ao mesmo tempo em que aumenta riqueza e o poder de quem o controla, sanciona ordens que produzem pobreza e discriminação social e cultural (2014, p. 141). Já o Estado clientelista transforma as eleições periódicas em negócio precário e prejudica a cidadania, bem como transfere a soberania a empresas estrangeiras que não se preocupam com as necessidades das populações locais (Gallardo, 2014, p. 141).

Essas formas de Estado seriam responsáveis pela: (a) violação sistemática de direitos humanos que ficam impunes; (b) ostensiva manipulação de direitos humanos

para o atendimento de finalidades particulares, partidárias, estatais, governamentais, midiáticas e eclesiais; e (c) dupla cisão articulada entre o que se fala e o que se faz no campo dos direitos humanos (Cervo, 2007, p. 217).

A exclusão social é outro fator que historicamente tem prejudicado a afirmação dos direitos humanos na América Latina. Na década de 1990, os países do continente americano aderiram ao consenso neoliberal sem muitas reservas críticas, sobretudo pelas pressões dos veículos de comunicação. Com o fim da Guerra Fria, todas as nações americanas, com exceção de Cuba, demonstraram o interesse em seguir o sistema internacional dos Estados Unidos da América - EUA e de obter vantagens com a incorporação das políticas ditadas pela potência (Cervo, 2007, p. 217).

O neoliberalismo, embora não tenha sido o responsável pelas desigualdades sociais que há muito tempo haviam se instalado na região, desencadeou a centralidade do indivíduo e ataques ao papel social do Estado que contribuíram para ampliar a diferença entre os pobres e os ricos (Lewis, 2013, p. 182). A América Latina, que teve o maior Produto Interno Bruto – PIB em comparação com outros países em desenvolvimento até a década de 1950, somente atrás das grandes potências industriais, teve diminuição sensível de crescimento e passou a apresentar os maiores índices de desigualdade social do mundo nos anos 2000 (Sevcenko, 2001, p. 54).

Gilberto Bercovici afirma que, na América Latina, a ditadura política acabou substituída por ditaduras econômicas dos mercados (2006, p. 95). O permanente estado de exceção que se instaurou nos países americanos se expressa no decisionismo de emergência para salvar os mercados e na subordinação do Estado aos atores privados, bem como na adaptação do direito às demandas do capital financeiro, voltadas a afastar a soberania popular (Bercovici, 2006, p. 96). Pressões externas e internas agravam o uso dos poderes econômicos de emergência (Bercovici, 2006, p. 97).

Não obstante, ainda que as ditaduras militares tenham acabado, persiste o autoritarismo na América Latina. Pedro Estevam Alves Serrano alude à expressão “autoritarismo líquido” para explicar a produção de medidas de exceção em regimes democráticos de maneira dissimulada, sem suspender, formalmente, direitos e

garantias fundamentais (Serrano, 2020, pp. 95-96). Essa forma aprimorada de autoritarismo, que convive com as normas democráticas e não parte de algum centro de exercício da soberania, tem destinatários específicos, considerados inimigos, que devem receber tratamento diferente do normal (Serrano, 2020, pp. 108-109).

São exemplos de inimigos contemporâneos o muçulmano nos EUA, o terrorista na Europa e o bandido no Brasil (Serrano, 2020, p. 110). O bandido, figura mítica que pretende destruir a sociedade, confunde-se com o negro, o pobre e o morador da periferia, grupos altamente estigmatizados (Serrano, 2020, pp. 95-96). A seletividade punitiva brasileira, caracterizada pela violência e pela letalidade contra afro-brasileiros, manifesta-se na "soberania" dos órgãos de segurança pública, os quais revelam a indeterminação entre o direito e a violência de maneira evidente (Wermuth, 2018, p. 301).

Também as mulheres e a população LGBTQIA+ têm sofrido com a violência na América Latina. Ainda que existam disposições constitucionais e convencionais que confirmam tutela a tais grupos, discriminações diretas e indiretas são fenômenos recorrentes nos países americanos, circunstâncias que perpetuam a situação de invisibilidade e de marginalização (Casemiro, 2021, *et passim*).

Segundo o Atlas da Violência de 2021, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, 3.737 (três mil setecentas e trinta e sete) mulheres foram assassinadas no Brasil em 2019 (BRASIL, 2021, p. 36). Já entre o grupo LGBTQIA+, foram registradas 1.666 (mil seiscentas e sessenta e seis) denúncias por telefone entre os anos de 2011 e 2019, mas a estimativa é a de que os dados do Disque 100 tenham sido subestimados (Brasil, 2021, pp. 69-70).

Nesse contexto, a América Latina experimenta situação paradoxal: ao mesmo tempo em que possui Sistema Regional de Proteção, instrumentos legislativos e instituições internacionais reconhecidas pelas jurisdições internas dos países, bem como estudos a respeito do constitucionalismo multinível e do diálogo entre as várias ordens normativas consolidados, os direitos humanos não gozam da efetividade ideal, já que muitos grupos vulneráveis continuam a ser expostos a violências de atores estatais e privados, as democracias ainda não se consolidaram depois dos regimes ditatoriais e as falhas das instituições domésticas comprometem a tutela adequada aos direitos humanos.

A negação sistemática de direitos humanos aos mais débeis demonstra que se consolidou estado de exceção nos países latino-americanos, porquanto as diversas violações de direitos têm sido negligenciadas. As ações e omissões condenáveis denotam que algumas vidas foram reduzidas a condições puramente biológicas, vidas nuas, à semelhança da figura arcaica do *homo sacer*. O caráter contínuo da violência revela que não se trata de mera falha ou de crise passageira, mas da exceção como técnica normalizada de negação de direitos.

Contudo, os problemas de efetividade dos direitos humanos não os invalidam ou diminuem a importância, já que é a partir deles que se constroem justificativas aceitáveis para o exercício da dominação (Forst, 2019). Rainer Forst considera que o fundamento moral dos direitos humanos é o reconhecimento da pessoa como agente autônomo de justificação, pois a dignidade humana permite que os sujeitos requeiram e ofereçam razões aos entes estatais, isto é, que ativamente concorram para a fixação das estruturas normativas de que são destinatários (2019).

A autonomia permite que as pessoas sejam efetivamente sujeitos de justificação e não meros objetos das práticas estatais (Forst, 2019). A reconstrução recursiva das normas procedimentais e substanciais possibilita a justificação e inibe práticas de dominação arbitrárias ou violadoras de princípios superiores (Forst, 2019). A reciprocidade e a universalidade informam a fundamentação moral dos direitos humanos e dão ao prejudicado a possibilidade de veto qualificado quando são ignorados ou substituídos por visões paternalistas, unilaterais ou estreitas (Forst, 2019).

A dignidade da pessoa humana significa ser tratado como autoridade de justificação, o que pode ser traduzido como o poder de produzir justificativas e de ser respeitado em igualdade de direitos pelos semelhantes e pelo Estado. Assim, avulta a importância da crítica para afastar razões insuficientes da dominação e regenerar o exercício do poder (Forst, 2019).

Contra a dominação ilegítima da exceção instaurada nos países americanos, embasada em razões de Estado e caracterizada por falhas recorrentes, o exercício de crítica ao poder e a busca de justificativas mais adequadas à dominação podem ser instrumentalizadas pela provocação da Corte IDH, cujas decisões têm versado sobre problemas endêmicos na América Latina, como a tutela de grupos vulneráveis, a

transição de regimes ditatoriais para democracias e o combate das falhas ou inércias das instituições nacionais (Piovesan, 2014, p. 79).

#### **4 A ATUAÇÃO DA CORTE IDH NA CONSTRUÇÃO DE JUSTIFICATIVAS PARA O EXERCÍCIO DO PODER**

As Cortes Internacionais são consideradas uma das mais importantes conquistas do Direito Internacional do Século XX, pois viabilizaram a contestação de medidas espúrias fora dos limites dos Estados a partir do reconhecimento da personalidade internacional das pessoas (Trindade, 2013, pp. 47-49). A Corte IDH, no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, cumula as competências consultivas (art. 64, CADH) e contenciosas (arts. 61 a 63) para conhecer de casos submetidos pela CIDH ou por Estados que aderiram à CADH e aceitaram, de pleno direito e sem convenção especial, a sua competência (Pereira, 2009, p. 97).

A Corte IDH e a CIDH possuem grande importância na efetivação dos direitos humanos na América Latina (Guerra, 2012, p. 353). Antes da criação do Sistema Interamericano, as vítimas não tinham alternativas às decisões prolatadas pelo Estado, o que se agravava pelo fato de que as ditaduras militares haviam comprometido o funcionamento das instituições da região (Guerra, 2012, p. 353). Com a jurisdição da Corte IDH, os Estados podem ser condenados por violações de direitos humanos e compelidos a cumprirem as sentenças, sob pena de sanções políticas (Guerra, 2012, p. 354).

Ainda que as pessoas não tenham acesso direto à Corte IDH, uma vez que é prerrogativa da CIDH remeter os casos ao órgão jurisdicional, a restrição ao direito fundamental de acesso à justiça confere vantagens ao litígio estratégico, cuja resolução contribui para a realização de mudanças estruturais nos ordenamentos jurídicos dos países em casos paradigmáticos (Loureiro, 2021, pp. 188-189). A escolha dos casos pela CIDH permite que se atribua maior eficácia e efetividade aos direitos humanos, em virtude do enfrentamento de problemas mais graves, recorrentes e sensíveis dos países que aderiram à CADH (Loureiro, 2021, p. 189).

Assim, a Corte IDH tem exercido papel especial na construção dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, uma vez que a sua jurisprudência extrapola a resolução de litígios individuais e visa a fixar interpretações sobre os direitos humanos válidas em todo o continente americano (Olsen & Kozicki, 2019, p. 314). Embora as suas decisões não tenham o propósito de invalidar as normas dos Estados, em virtude da natureza declaratória que ostentam, representam precedentes que contribuem para a harmonização da produção jurídica dos países, os quais são editados com mecanismos de participação popular (Olsen & Kozicki, 2019, p. 315).

A harmonização buscada não é redutora das particularidades dos sistemas normativos nacionais (Olsen & Kozicki, 2019, p. 316). A Corte IDH estabelece os requisitos mínimos para a proteção dos direitos humanos, das democracias e do Estado Democrático de Direito a partir do “vértice semântico da CADH” (Olsen & Kozicki, 2019, p. 316). Em outras palavras, o diálogo para a construção do direito constitucional comum aos povos americanos tem o escopo de estabelecer o mínimo de proteção aos direitos humanos, sem impedir que se expanda a tutela da pessoa em cada país (Cambi, Porto, Fachin, 2022, p. 301).

Quando os Estados praticam ou consentem com violações aos direitos humanos afastam-se da proteção mínima do *corpus iuris* e incorrem em atos típicos de exceção. Nessas situações, em que o ordenamento e as instituições internas são insuficientes para fazer com que cessem as agressões, a Corte IDH tem sido fundamental para restabelecer a legalidade a partir das razões oferecidas pelas vítimas e interessados, que, sem dúvida, contribuem para justificativas mais aceitáveis ao exercício do poder.

Em *González e Outras (Campo Algodoeiro) v. México*, a Corte IDH condenou o Estado por ter desrespeitado os deveres de proteção devidos às mulheres de Ciudad Juárez, algumas menores de idade, vítimas de crimes sexuais e de feminicídios, não ter investigado os delitos ou realizado reparações adequadas (2009). Sergio González Rodríguez descreve os acontecimentos como produtos de “máquina feminicida”, cuja compreensão passa pela economia neo-fordista, pois a referida cidade se situa na fronteira com o Texas e recebeu grande parque industrial por força do Tratado Norte-Americano de Livre-Comércio (2012, p. 9).

Ao mesmo tempo em que a fábrica operava com recursos tecnológicos sofisticados e alta divisão de trabalho, conservava métodos tradicionais de exploração da mão de obra (Rodríguez, 2012, pp. 9-10). Heloísa Fernandes Câmara observa que os turnos ininterruptos, exercidos quase apenas por mulheres, permitiram a exploração dos corpos dóceis no modelo fordista de capitalismo com a misoginia, sem investimentos em segurança ou garantias de direitos (2015, p. 101).

Segundo González, a máquina feminicida é composta de ódio, violência misógina, machismo, poder e reafirmações patriarcais que prevalecem sobre a lei e contam com a cumplicidade de criminosos e de atores estatais, como membros das forças de segurança pública, militares e oficiais do governo. A máquina tem o funcionamento vinculado à proteção deficitária que as instituições oferecem às pessoas, sobretudo as mais vulneráveis (2012, p. 11). A máquina feminicida exerce sua força sobre as instituições mediante a intimidação, a simpatia ideológica, a inércia e até mesmo a indiferença (Câmara, 2015, p. 101).

Dessa forma, a execução contínua da máquina fez com que as diversas transgressões produzidas fossem formalmente aceitas pelas instituições políticas, pelo sistema judiciário e pela mídia de massa (Câmara, 2015, p. 101). Assim, a Ciudad Juárez guarda muitas características do estado de exceção, como as fronteiras entre o Estado e a criminalidade, os mecanismos estatais para atrair investimentos e a ausência de direitos aos marginalizados (Câmara, 2015, p. 102).

As mulheres da cidade sofrem violência baseada em gênero: as trabalhadoras são excessivamente monitoradas no ambiente laboral e as consideradas mais belas são assediadas, sequestradas, estupradas e mortas, bem como têm os corpos abandonados em lixões, convertidas na expressão do *homo sacer* (Câmara, 2015, pp. 104-105). Reduzidas a meros dados, desprovidas de identidade e de reconhecimento, são tratadas com descaso pelas agências estatais que se limitam a as reputar prostitutas, indignas de proteção ou de qualquer respeito devido à pessoa (Câmara, 2015, p. 105).

Por isso, o caso *González e Outras (Campo Algodoeiro) v. México* exemplifica a importância da jurisdição da Corte IDH para combater o estado de exceção que implicou na violação de direitos humanos das mulheres, já que as instituições foram coniventes com os delitos recorrentes na localidade. Além das reparações individuais



pelos danos das vítimas, as diversas medidas estruturantes destinadas aos órgãos públicos dificilmente teriam sido efetivadas sem a intervenção do Sistema Interamericano, como a remoção de obstáculos que impeçam a apuração dos fatos, a inclusão da perspectiva de gênero nas investigações, a divulgação dos resultados dos expedientes e a divulgação de dados sobre o número de mulheres e meninas desaparecidas em âmbito nacional (2009).

Em vista disso, os casos em que a exceção se converte em regra têm maiores chances de serem superados na América Latina com a intervenção da Corte IDH, cuja litigância estratégica possibilita a deflagração de medidas que dificilmente seriam implementadas nos limites dos nacionais. De alguma maneira, a Corte IDH contribui para a limitação da soberania e do abuso do poder ou da omissão estatal que prejudica as vidas dos mais vulneráveis em todo o continente americano, o que favorece a autonomia das pessoas por permitir a construção de justificativas ao poder mais concordes com o Estado Democrático de Direito.

## 5 CONCLUSÃO

O presente artigo teve o propósito de investigar se a Corte IDH pode limitar a soberania dos países que aceitaram a sua jurisdição e restaurar a legalidade em casos de estado de exceção. A soberania e o estado de exceção são temas vinculados às discussões sobre o Estado Democrático de Direito. Caracterizada por suspender a legalidade em épocas de crise, a exceção insere-se em zona de indiferenciação entre o normal e o anormal. Convertida em regra nos governos, a exceção dessubjetiva as pessoas e ganha máxima expressividade na figura do *homo sacer*, vida matável e insacrificável, já que, em última análise, o poder soberano consiste em determinar quem vive e quem morre. Ainda que os direitos humanos tenham limitado o soberano, os problemas do poder e da exceção continuam latentes, pois a soberania se constitui na tensão entre razões de Estado e direito de resistência.

Na América Latina, os países contribuíram para a afirmação dos direitos humanos na elaboração do Sistema Interamericano de proteção e na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Há práticas e estudos que se pautam pelo

constitucionalismo multinível e a construção do *lus Constitutionale Commune*, cujo diálogo construtivo é a tônica que permite o aprendizado mútuo e fixação da tutela mínima devida à pessoa humana.

Contudo, problemas históricos obstam a efetividade ideal dos direitos humanos, já que o processo de redemocratização das nações latino-americanas ocorreu nos anos 1980, depois que cessaram as ditaduras políticas. Também problemas relacionados aos diálogos entre as várias ordens normativas, pressões sobre as Cortes Constitucionais atribuídas às oligarquias e fenômenos como o patrimonialismo e o clientelismo dificultam a realização da mínima proteção das pessoas, óbices que se intensificam com o neoliberalismo, modelo econômico que aumentou sensivelmente a desigualdade nos anos 2000. Daí que a negação sistemática de direitos aos mais vulneráveis, à semelhança do *homo sacer*, faz com que se configure estado de exceção.

A despeito disso, os direitos humanos continuam a ser válidos e úteis porque permitem o exercício da crítica e a construção de novas justificativas de poder, mais harmônicas com princípios superiores. Dados os limites das instituições internas, a Corte IDH tem desempenhado papel decisivo no continente em casos como o *González e Outras (Campo Algodoeiro) v. México*, em que as diversas medidas individuais e estruturais auxiliaram na restauração da legalidade e no enfrentamento do estado de exceção.

## REFERÊNCIAS

Agamben, G. **Estado de Exceção**. (2004). 2ª ed; São Paulo: Boitempo, livro eletrônico.

Agamben, G. (2007). **Homo Sacer**: O poder soberano e a vida nua I. 1ª ed; Belo Horizonte: UFMG.

Benjamin, W. **O Anjo da História**. (2012). 1ª ed; Belo Horizonte: Autêntica, livro eletrônico.

Bercovici, G. (2006). **O Estado de Exceção Econômico e a Periferia do Capitalismo**. Pensar-Revista de Ciências Jurídicas, v. 11, n. 1, 2006.

Bignotto, N. (2008) **Soberania e Exceção no Pensamento de Carl Schmitt**.

Kriterion: Revista de Filosofia, v. 49.

Bobbio, N. (2004). **A Era dos Direitos**. 7ª reimpressão; Rio de Janeiro: Elsevier, livro eletrônico.

Borges, B. B., & Piovesan, F. (2019). **O Diálogo Inevitável Interamericano e a Construção do *Ius Constitutionale Commune***. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 24, n. 3, set./dez.

Brasil. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. (2021). **Atlas da Violência 2020: Principais resultados**.

CAMBI, E., PORTO, L. A., Fachin, M. G. (2022). **Constituição e Direitos Humanos: Tutela dos grupos vulneráveis**. 1ª ed; Porto: Almedina.

Casemiro, L. M. S. de. (2021). **Democracia, Estados de Exceção e Exclusão Social: Entre lonas de invisibilidade e o amanhã**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 26, n. 2, mai./ago.

Cervo, A. L. (2007). **Relações Internacionais da América Latina: Velhos e novos paradigmas**. 2ª ed; São Paulo: Saraiva.

Comparato, F. K. (2001) **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 1ª ed; São Paulo: Saraiva, livro eletrônico.

Conci, L. G. A. (2012). **Decisões Conflitantes do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Vinculação ou desprezo**. SOUSA, Marcelo Rebelo; et al. (Org.). Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. 1ª ed; Coimbra: Coimbra, v. 5.

Corte IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2009. **Caso González e Outras (Campo Algodoeiro) v. México**, 2009.

Câmara, H. F. (2015), **A Máquina Feminicida: Homo sacer e campos em Ciudad Juárez**. Profanações, v. 2, n. 2.

Fachin, M. G. (2020) **Constitucionalismo Multinível: diálogos e(m) direitos humanos**. Revista Ibérica do Direito, v. 1, n. 1.

Ferreira, B. (2004). **O Risco do Político: Crítica ao liberalismo e a teoria política no pensamento de Carl Schmitt**. 1ª ed; Belo Horizonte: UFMG.

Forst, R. (2019). **Justificação e Crítica: Perspectivas de uma teoria política**. São Paulo: Editora Unesp Digital; livro eletrônico.

Gallardo, H. (2014). **Teoria Crítica**: Matriz e possibilidade de direitos humanos. São Paulo: Unesp.

Garcia, E. (2007). **Influxos da Ordem Jurídica Internacional na Proteção dos Direitos Humanos**: O necessário redimensionamento da noção de soberania. Revista Jurídica da Presidência, v. 9, n. 85.

Guerra, S. (2012). **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos no Âmbito da Corte Interamericana e o Controle de Convencionalidade**. Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.

Lafer, C. (1995). **A Soberania e os Direitos Humanos**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política.

Leal, M. C. H. (2019). **A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: Diálogos entre Cortes?** Em E. Lumen Juris, Direitos Fundamentais na Perspectiva da Democracia Interamericana (pp. 359-378). Rio de Janeiro.

Lorenzetto, B. M. (2010). **O Silêncio das Sereias**: Tempo, direito e violência na modernidade. Dissertação (mestrado), UFPR.

Lewis, S. (2013). **Exclusão Social e os Direitos Humanos na América Latina**. Revista Duc In Altum-Caderno de Direito, vol. 5, nº 7, jan.-jun.

Loureiro, C. R. O. M. S. (2021). **O Litígio Estratégico no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Direito Humano de Migrar**. Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 26, n. 1, jan./abr.

Lunardi, F. C. (2021). **Cortes Constitucionais na América Latina e suas Tensões com o Poder Executivo**: Dificuldades, estratégias e desafios. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 26, n. 2, mai./ago.

Magalhães, J. N. (2016). **Formação do Conceito de Soberania**: História de um paradoxo: São Paulo: Saraiva.

Martins, L. M. (2016). **O Significado Político do Homo Sacer na Filosofia de Giorgio Agamben**. Revista Científica Internacional, v. 11, n. 1.

Mbembe, A. (2018). **Necropolítica**: Biopoder, soberania, estado de exceção e política da morte. 1ª ed; São Paulo: n-1 edições, livro eletrônico.

Neves, M. (2009). **Transconstitucionalismo**. 1ª ed; São Paulo: WMF Martins Fontes.

Olsen, A. C. L., & Kozicki, K. (2019). **O Papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na Construção Dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 9, n. 2.

Piovesan, F. (2014). **Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma**. Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global, v. 3, n. 1.

PEREIRA, A. C. A. (2009). **Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Revista da EMERJ, v. 12, n. 45.

Reis, R. R. (2011). **A América Latina e os Direitos Humanos**. Contemporânea - Revista de Sociologia da UFSCar, v. 1, n. 2.

Rodríguez, Sergio González. (2012). **The Femicide Machine**. Los Angeles: Semiotext(e).

Schmitt, C. (2006). **Teologia Política**.; Belo Horizonte: Del Rey.

Serrano, P. E. A. P. (2020). **Estado de Exceção e Autoritarismo Líquido na América Latina**. Poliética. Revista de Ética e Filosofia Política, v. 8, n. 1.

Sevcenko, N. (2001). **A Corrida para o Século XXI: No loop da montanha-russa**. 1ª ed; São Paulo: Companhia das Letras.

Trindade, C. A. (2013). **Os Tribunais Internacionais Contemporâneos**. 1ª ed; Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão.

Wermuth, M. Â. D. (2018). **Biopolítica e Polícia Soberana: A sociedade escravocrata como chave de compreensão da violência e da seletividade punitiva no Brasil**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 23, n. 3, set./dez.

Weyl, P. (2010). **América Latina: Entre a afirmação e a permanência da violação de direitos humanos**. Hindu–Revista Latino-Americana de Direitos Humanos, v. 1, n. 1.

Wilde, M. (2006). **Violence in the State of Exception: Reflections on theologico-political motifs in Benjamin and Schmitt**.” En E. Fordham University Press, *Political Theologies: public religions in a post-secular world* (pp. 188-200). New York.



## 22. O USO DAS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS E A SOCIEDADE DE RISCO: UMA PERSPECTIVA SOCIOAMBIENTAL

### THE USE OF GROUNDWATER AND THE RISK SOCIETY: A SOCIO-ENVIRONMENTAL ANALYSIS



<https://doi.org/10.36592/9786554601153-22>

*Julia Stefanello Pires*<sup>1</sup>

#### 1 INTRODUÇÃO

Em 2010, por meio da Resolução 64/A/RES/64/292 (UM, 2010), a Organização das Nações Unidas (ONU) declarou a água como indispensável à vida com dignidade e "condição para o gozo pleno da vida e dos demais direitos humanos". De acordo com relatório da ONU sobre os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), em 2019 mais de 733 milhões de pessoas vivem em países com níveis de estresse hídrico alto ou crítico. Se os dados atuais se mantiverem, mais de 1.6 bilhões de pessoas sofrerão com falta de água potável e segura.

A privação ou dificuldade de acesso à água potável, limpa e segura, impacta não apenas o uso e consumo da água em si, mas pode afetar outros direitos humanos tangenciais, como o acesso à educação, alimentação e ao desempenho de um trabalho decente, nos conceitos apontados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), como será abordado no segundo tópico deste artigo. Em face dessa problemática, têm-se debatido quais são as possibilidades existentes para que os seres humanos supram suas necessidades hídricas.

O uso das águas subterrâneas vem sendo apontado como uma alternativa para enfrentar a crise hídrica mundial, a qual tende a se agravar com os impactos das mudanças climáticas, conforme aponta o Conselho de Direitos Humanos da ONU na Resolução A/HRC/RES/41/21 (ONU, 2019) sobre Direitos Humanos e Alterações Climáticas, publicada em julho de 2019. Essas águas, localizadas abaixo da

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Socioambiental pela PUCPR. Mestre em Fronteiras e Direitos Humanos pela UFGD. Graduada em Direito pela UFGD. Analista em Empresas e Direitos Humanos na Proactiva. Professora Universitária. Advogada.

superfície, correspondem à 99% do volume global de água doce líquida (SHIKLOMANOV et RODDA, 2003). No Relatório Mundial das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento dos Recursos Hídricos publicado em 2022, a ONU aponta para o potencial que as águas subterrâneas têm para fornecer às sociedades enormes benefícios sociais, econômicos e ambientais, incluindo a adaptação à mudança climática.

No entanto, embora não se negue a importância do uso e consumo dessas águas, e se compreenda as expectativas de que essa fonte seja uma solução milagrosa para a crise hídrica, é necessário que outros aspectos, além das necessidades de consumo humano, sejam considerados. Questões ambientais, sociais, culturais, políticas e econômicas devem ser levadas em consideração, posto que a exploração das fontes subterrâneas toca todos estes pontos.

No presente artigo, o enfoque se dará nas relações socioambientais do uso e consumo das águas subterrâneas. O socioambientalismo é um movimento que visa promover o fortalecimento, o reconhecimento e a promoção das inter-relações existentes entre sociedades, culturas e meio ambiente. No âmbito jurídico, direitos socioambientais são aqueles ligados à terra, ao meio ambiente, cultura, organização social diferenciada, conhecimentos tradicionais etc.

A perspectiva socioambiental refere à uma nova visão do direito, passando a observar a observar o meio ambiente, a necessidade humana e a vida no seu mais amplo espectro (SOUZA FILHO, 2003). Neste sentido, é comum, principalmente no âmbito jurídico, que se separem estes aspectos, tratando questões ambientais como meramente ambientais, sem considerar os impactos que alterações na natureza causam nos direitos individuais, coletivos, culturais e etc. O mesmo ocorre relacionado à questões sociais, como a visão tradicional dos direitos humanos. Este quadro de compreensão do direito corrobora com a desconexão do ser humano com a natureza.

A partir das perspectivas socioambientais, deve-se (re)pensar, em especial no âmbito jurídico, a conexão dos temas sociais e ambientais, e a aplicação da norma de maneira a levar em consideração a existência de povos, culturas e a valorização da conexão com o meio ambiente, muito além de um recurso como prescreve o capitalismo.



Utilizando-se de uma metodologia dedutiva, desenvolvida por meio de uma pesquisa bibliográfica, o estudo tem como objetivo analisar a perspectiva socioambiental do uso e consumo das águas subterrâneas, a partir da teoria da sociedade de risco. Para isso, o trabalho se divide em três momentos: primeiramente, a relação do uso e consumo das águas e a sociedade de risco. Em um segundo momento, será trabalhada a ideia do direito à água como um direito humano, seu impacto nas relações sociais e culturais, e sua importância para o gozo de outros direitos humanos. Por fim, será abordada a problemática do uso da água subterrânea e a relações socioambientais.

## **2 A EXPLORAÇÃO DA ÁGUA COMO MERCADORIA NA SOCIEDADE DE RISCO**

Ulrich Beck cunha em sua obra a existência de uma sociedade definida pelo risco, referindo que as causas e as consequências dos riscos da degradação ambiental estão no centro da sociedade moderna. É necessário ter em mente que, neste conceito, os riscos são objetos de distribuição, assim como as riquezas, e podem igualmente constituir-se em posições – “posições de ameaça ou posições de classe” (BECK, 2010, p. 31).

A sociedade de risco “se origina quando os riscos oriundos de ações e decisões humanas rompem os pilares de certeza estabelecidos pela sociedade industrial, minando, como consequência, os seus padrões de segurança” (FERREIRA, 2016, p. 116). Aponta a autora que uma sociedade que, em sua essência, se estrutura sob o capital se torna insustentável em vários aspectos, podendo-se incluir o aspecto hídrico. A sociedade em sua estrutura atual usa a água como uma mera mercadoria, e não se alinha de modo a usa-la de forma consciente, sustentável e que garanta o acesso a todos os que dela necessitem.

São vários os exemplos atuais que ilustram essa relação disfuncional: o uso de água potável na estrutura de saneamento brasileira para o descarte dos banheiros; a priorização do uso industrial e agrícola da água; a ausência de campanhas e políticas públicas de engajamento e conscientização sobre o uso consciente da água, dentre outros. O uso da água como uma mercadoria encaixa-se na ideia de que sua exploração desregulada pode ser justificada pelo lucro.

Primeiramente deve-se compreender o que seria este risco, conceito que “está além de uma formulação simples e concisa”. Na verdade, esta ideia de risco se encontra em uma probabilidade futura, indesejável, mas “resultado de decisões presentes” (FERREIRA, 2016, p. 112). Diferem-se, neste ponto, dos perigos, pois se relacionam às tomadas de decisões, e não mais à eventos naturais ou intervenções divinas (FERREIRA, 2016, p. 113). São, portanto, resultado das ações humanas, consequência de suas decisões, e que muitas vezes são tomadas de maneira consciente ou informadas.

A sociedade de risco surge, portanto, quando “os riscos oriundos de ações e decisões humanas rompem os pilares de certeza estabelecidos pela sociedade industrial, minando, como consequência, os seus padrões de segurança” (FERREIRA, 2016, p. 116). Em tal contexto, os riscos se tornam oportunidades de mercado, dividindo os atores sociais em dois: aqueles que sofrem com eles, e os que lucram com eles. Neste cenário, tendo em mente que o objetivo da atividade empresarial é precipuamente o lucro, é comum que as indústrias de risco se transfiram para os países com baixos padrões ambientais e trabalhistas, havendo uma força da atração entre extrema pobreza e riscos extremos (BECK, 2010, p. 53).

Um dos problemas causadores deste tipo de exploração, sem dúvida é a prática do dumping, conceito econômico que traz consequências nas esferas sociais e ambientais. Segundo definição dada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), se trata de um termo impreciso, utilizado quando bens são produzidos por meio de trabalho análogo a escravidão, o que barateia o custo final do produto, e as empresas se aproveitam de relativizações das leis trabalhistas ou ausência de fiscalização em determinados Estados para beneficiar-se com uma produção mais barata do que aquelas que cumprem normas trabalhistas de trabalho decente (ARRIGO et CASALE, 2005, p. 80-86).

Na esfera ambiental, o dumping segue os mesmos objetivos finais: baratear o custo de produção e maximizar o lucro, porém neste cenário explorando o meio ambiente, o que por vezes é possível através de permissões legislativas de países que apresentem baixos patamares normativos de proteção ambiental, ou então na ausência de uma fiscalização e punição eficazes destes regulamentos. Os dois tipos de dumping por vezes são realizados ao mesmo tempo. Para que essa configuração

seja possível, é necessário que o mercado de produção seja divisível, sendo que o preço do mercado principal se mantém elevado, enquanto na produção secundária há uma busca por barateamento dos custos de produção a qualquer custo, seja este social ou ambiental (TOMAZZETE, 2007, p. 194-214).

Observa-se que este tipo de exploração nem sempre ocorre por meio da ilegalidade, posto que muitas vezes as empresas atuam dentro dos limites normativos dos países em que se instalam, porém estes possuem patamares tão baixos que permitem a exploração de sua população e de seu meio ambiente. Neste ponto, contribui-se que o termo dumping vem do verbo em inglês "to dump", que significa literalmente "despejar" (TOMAZZETE, 2007, p. 194-214). Chama a reflexão que muitas empresas despejam as consequências negativas de seus negócios em países e comunidades carentes, aproveitando-se dos benefícios produzidos.

Indo além, ainda que na prática empresarial se estejam respeitando patamares ambientais e morais mínimos, é necessário que se analise se estes patamares não estão corrompidos pela cegueira econômica em relação aos riscos. Exemplo disso, são os riscos nucleares, cujo exercício da atividade mesmo dentro dos padrões cientificamente aceitos, no entanto, "mesmo a probabilidade de acidentes tão reduzida é alta demais quando um acidente significa o extermínio" (BECK, 2010, p. 35).

A atividade empresarial, desenvolvida dentro ou fora de patamares legislativos aceitáveis, significa a exploração econômica dos riscos, ponto que deve ser levado em consideração no exercício e análise destas atividades. Mesmo o estabelecimento de limites de tolerância, em relação à exploração do meio ambiente ou a própria distribuição de riscos, deve ser questionada. Segundo Beck (BECK, 2010, p. 79) quem limita a poluição, está concordando com ela.

O que não se pode olvidar é que ainda que os riscos representem uma fonte de lucro para alguns, que teoricamente estariam a salvo da distribuição daqueles, deve-se pensar que este também gera um efeito bumerangue, como foi mencionado acima, e "cedo ou tarde, eles (riscos) alcançam inclusive aqueles que os produziram ou que lucraram com eles" (BECK, 2010, p. 44). A realidade é que ninguém se encontra a salvo das consequências geradas, nem mesmo aqueles que lucram e se distanciam dos riscos tomados.

Kate Raworth defende que o atual modelo econômico peca ao sugerir que um meio ambiente limpo é um artigo de luxo, o que reforçava a exploração ambiental e utilização da natureza como um mero recurso, sob o argumento de que “o crescimento a longo prazo limpará tudo”. Pensamento claramente falacioso. Defende, por fim, que o ideal seria a criação de uma economia circular, restaurando os humanos como participantes plenos dos processos cíclicos da Terra (RAWORTH, 2018, p. 40).

No mundo atual, e nas formas de relacionamento social, econômico e político, os riscos já não respeitam diferenças ou fronteiras. Quando tais ameaças se tornam visíveis, quando se dissolvem as vantagens destes riscos, quem se mobiliza para mitigar as consequências é a sociedade civil (BECK, 2010, p. 57), e não aqueles que tanto lucraram com estes riscos, ou que permitiram tais explorações.

Neste contexto, a exploração das fontes de águas subterrâneas deve ser analisada sob a perspectiva socioambiental, considerando que o uso da água como uma mercadoria relaciona-se com essa perspectiva de assunção de riscos, em especial de ordem ambiental, em benefício do lucro. Tais riscos serão aprofundados no terceiro tópico deste trabalho, antes sendo abordada a relação da proteção as águas com o gozo de direitos humanos.

## **2 A PROTEÇÃO E O ACESSO AS ÁGUAS COMO UM DIREITO HUMANO**

Desde 2010, por meio da Resolução 64/A/RES/64/292 (UN, 2010), a Organização das Nações Unidas (ONU) reconhece a água como indispensável à vida com dignidade e “condição para o gozo pleno da vida e dos demais direitos humanos”. A ONU reconhece, portanto, não apenas a água como um direito humano, mas também a intrínseca relação da água potável, vinda de uma fonte segura e acessível, para o gozo de outros direitos humanos.

Ainda que seja capaz de consumir água potável, muitas localidades sofrem com a dificuldade de acesso dessa fonte, o que prejudica direitos como trabalho, moradia e até mesmo acesso a educação. Em 2011, o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF, 2011) apresentou um relatório sobre os impactos das mudanças climáticas nas crianças do sul do continente africano, e os resultados encontramos

apontam que a falta de acesso à água resulta no agravamento de injustiças ambientais, fortalecendo o ciclo de pobreza de algumas regiões e prejudicando o combate à enfermidades locais.

O estudo aponta que, além das questões sanitárias e de saúde, a crise hídrica prejudica o desenvolvimento das crianças enquanto seres humanos, em especial as meninas. Isso se dá, pois, em muitas localidades, a tarefa de buscar água é delegada às crianças, e quanto mais longe a fonte estiver, maior será o tempo necessário para o exercício dessa função (UNICEF, 2011). No caso da discriminação de gênero, dá-se preferência para que os meninos continuem estudando, ou exercendo outras atividades de cunho econômico em benefício da família, de modo que as meninas acabam sendo as mais prejudicadas.

Além disso, essa tarefa acaba colocando essas crianças à mercê de outros perigos. Ao caminhar quilômetros em busca de uma fonte de água, o caminho percorrido pode passar por locais desertos, ou regiões com disputa política, existindo o perigo de violações físicas e sexuais, além da possibilidade de sequestro de crianças que apenas estavam buscando o básico: acesso à água.

Se em um primeiro momento o direito à água parece ser uma questão relacionada à saúde física dos seres humanos, em uma análise do contexto social e cultural de algumas localidades, percebe-se que o tema se relaciona à questões muito mais profundas. A crise hídrica pode levar sociedades à decadência e desespero. Não atoa, na história humana muitas comunidades se fundaram e prosperaram em torno de fontes de água (rios, lagos, lagoas e até o mar).

No contexto dos países latino-americanos e do Caribe, embora vislumbre-se a existência dos maiores recursos de água doce per capita, destaca-se que um terço da população da região não tem acesso adequado à água potável (UN Chronicle, 2013). O acesso à água é também uma questão de desigualdade social, observando que mesmo em locais em que a fonte de água é abundante, existem comunidades, ou grupos, que não conseguem acessá-la. As consequências dos impactos climáticos no acesso à água na região da América Latina e Caribe, tanto na quantidade como na qualidade da água, aumentarão a probabilidade de conflitos sobre a terra, uma vez que quase um sexto da população está estabelecido em bacias hidrográficas transfronteiriças (UN Chronicle, 2013), em especial, águas

subterráneas. Como exemplo, pode-se citar o Aquífero Guaraní (FREITAS, 2003), que abrange territórios como Uruguai, Argentina, Paraguai e, principalmente, Brasil.

Conforme será abordado no tópico seguinte, esse é um ponto relevante a ser analisado na exploração de águas subterráneas, posto é comum que estas se localizem regiões transfronteiriças, e não se limitem ao território de um único país.

De acordo com o relatório "The global water crisis and human rights" (UN Human Rights Council, 2021), sobre água segura e suficiente como um dos componentes substantivos do direito a uma água segura e limpa, ambiente saudável e sustentável (A/HRC/46/28), apresentado na 46ª sessão do Conselho dos Direitos Humanos em 2021, os impactos da crise hídrica nos direitos humanos chegam aos seguintes dados, em uma perspectiva global: quase dois milhões de mortes poderiam ser prevenidas anualmente; indivíduos que vivem em insegurança hídrica apresentam quadros de sofrimento psicológico; água limpa e segura é essencial para o acesso ao direito à alimentação, não apenas na preparação do alimento mas também na produção, que pode ser prejudicada por secas ou alagamentos; todos os dias, mais de 700 crianças abaixo de 5 anos morrem por doenças relacionadas à água e saneamento. Além desses dados, a crise hídrica agrava situações de violação de direitos humanos de minorias, como mulheres, indígenas, pessoas com deficiência, idosos, grupos marginalizados, e outros grupos que vivam em situação de pobreza.

Denota-se que o presente estudo não abrange os impactos econômicos do uso da água, e de sua escassez. Porém, há de se considerar que esse ponto, ao lado dos elementos acima elencados, é um fator de grande influência para tomada de decisões de governos, em especial decisões diplomáticas. O cenário de extrema violação de direitos causados pela escassez da água pode resultar em disputas políticas, bélicas ou econômicas, de poder sobre as fontes hídricas, como já se prevê que possa ocorrer na América Latina e Caribe (UN Chronicle, 2013).

Em 2022, no relatório Mundial da ONU sobre o Desenvolvimento dos Recursos Hídricos (UN, 2022), denominado "Groundwater: Making the invisible visible", a organização foca os holofotes da questão hídrica nas soluções existentes na exploração de águas subterráneas (groundwater). No próximo tópico passa-se a analisar as propostas e problemáticas desta solução, observando os impactos socioambientais relacionados ao tema.

### 3 O USO DAS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS: PERSPECTIVA SOCIOAMBIENTAL

Beck (2010, p. 40-41) alerta que os riscos são bens de rejeição, em que se pressupõe a sua inexistência e, havendo dúvidas, prefere-se manter a situação como está. No pensamento de Beck, o autor explica que essa argumentação se baseia em uma ideia do destino natural civilizatório, em que aquilo que não foi previsto ou desejado, não poderia ser evitado. Ao mesmo tempo, a definição de limites de tolerância "admissíveis" em relação à distribuição de riscos, significa uma concordância com tais valores, que Beck descreve como "acionamento à longo prazo do envenenamento coletivo normalizado" (BECK, p. 79). Chama-se atenção que os impactos dos riscos assumidos se acumulam a outros riscos, e geram efeitos nas mais diversas áreas da vida em toda sua complexidade. Exemplo disso é o impacto do estresse hídrico no exercício de direitos básicos, como acesso à comida, estudo e até mesmo o perigo de disputas por territórios.

Em 12 de julho de 2019, o Conselho de Direitos Humanos da ONU, aprovou a Resolução n. 41/21 (ONU, 2019), sobre os Direitos Humanos e a Mudança Climática, destacando que os efeitos das mudanças climáticas possuem uma série de consequências, diretas e indiretas, resultando no aquecimento da Terra. Como fruto deste aquecimento, instala-se um desequilíbrio climático que altera fluxos de chuva, acidez dos oceanos, seca, etc. Tais alterações ambientais podem impedir o desfrute dos direitos humanos, criando novas violações e agravando as já existentes. Isto sem contar no impacto na vida de animais não humanos, que tendem a ter uma proteção jurídica e social ainda menor em relação aos seres humanos de áreas mais carentes. Este panorama intensifica e agrava a situação atual de crise hídrica global.

Para solucionar essa crise, uma bandeira que se tem levantado é a exploração de fontes de água subterrânea. De acordo com a Associação Brasileira de Águas Subterrâneas (ABAS):

Água subterrânea é toda a água que ocorre abaixo da superfície da Terra, preenchendo os poros ou vazios intergranulares das rochas sedimentares, ou as fraturas, falhas e fissuras das rochas compactas, e que sendo submetida a duas forças (de adesão e de

gravidade) desempenha um papel essencial na manutenção da umidade do solo, do fluxo dos rios, lagos e brejos. As águas subterrâneas cumprem uma fase do ciclo hidrológico, uma vez que constituem uma parcela da água precipitada.

As águas subterrâneas já fornecem metade do volume de água retirados para uso doméstico pela população mundial, incluindo a água potável para a grande maioria da população rural que não estão abrangidas por redes públicas ou privadas de abastecimento de água, e cerca de 25% de toda a água retirada para irrigação (UN, 2022). No entanto, esta fonte é frequentemente mal compreendida, e conseqüentemente subvalorizado, mal gerido e até abusado. A falta de dados sobre o uso de águas subterrâneas é uma grande preocupação na gestão do tema, nos países declarantes das ODS, estima-se que apenas 60% apresentem informações sobre águas subterrâneas (UN, 2022), ainda que essa seja a principal fonte de água doce do mundo.

As águas subterrâneas cumprem uma fase do ciclo hidrológico, sendo formada pela precipitação de água, e também são importantes para a manutenção da umidade e qualidade do solo. Em seu ciclo natural, as águas subterrâneas possuem uma taxa de recarga, ou seja, o período em que levam para recuperar os níveis de água retirados para consumo. Um dos principais desafios no consumo das águas subterrâneas é o respeito aos níveis de descarga e recarga, denominada taxa de esgotamento. Estima-se que, atualmente, a taxa de esgotamento global agregado das reservas de água subterrânea para o início do século atual, giram entre 100 e 200 km<sup>3</sup>/ano (o que representa entre 15% a 25% do total da captação de água subterrânea) (UN, 2022).

De acordo com o que foi mencionado acima, há uma ausência de dados sobre o tema, bem como inexitem protocolos internacionais que determinem uma integração desses dados, de modo que a taxa de esgotamento pode ser ainda maior, se considerarmos que alguns países não divulgam, ou não controlam, suas taxas de consumo. Além disso, na inexistência de documentos internacionais ou acordos bilaterais que determinem normas a serem cumpridas pelos países envolvidos, é muito difícil que os países consumidores se coloquem em um denominador comum. A superexploração dessa fonte de água pode resultar na desertificação de



vegetações, alterações nos ciclos hídricos, dentre outros impactos que ainda não são completamente compreendidos pelos cientistas da área (UN, 2022).

Outro problema relacionado à exploração das águas subterrâneas é a poluição. Para que se cheguem aos níveis subterrâneos, a água passa por uma filtragem natural através dos solos que penetra. A contaminação destes solos prejudica a filtragem, e pode resultar na poluição desta fonte (UN, 2022). Ao mesmo tempo em que se há uma proteção jurídica maior destas águas, uma vez poluídas, demoram milhares de anos para que voltem à um estado passível de consumo (UN, 2022).

Ainda que menos suscetíveis às alterações climáticas, essa fonte hídrica também é afetada pelos impactos das mudanças climáticas, o que gera preocupação e incerteza em relação às águas subterrâneas como solução para o estresse hídrico. Além da alteração nas precipitações, causada pela alteração das temperaturas e redução da quantidade e intensidade das chuvas, as mudanças climáticas também têm induzido a intrusão de água do mar em aquíferos costeiros (UN, 2022), inutilizando seu uso para consumo humano.

Da análise desses pontos, observa-se que o principal problema atual é a carência de dados para o desenho de uma governança responsável e consciente na gestão das águas subterrâneas. E este vem, justamente, a ser a questão mais importante a ser levada em consideração na exploração dessa fonte. A construção de políticas alinhadas, e que atendam as necessidades sociais e ambientais, depende de uma base de dados robusta que permitam interpretar quais são essas necessidades e soluções a serem consideradas. Atualmente, inexistem um banco de dados complexo sobre o tema, assim como não está em pauta o desenvolvimento de um tratado internacional que alinhe a atuação global à uma expectativa alinhada sobre o uso e consumo das águas provenientes de fontes subterrâneas.

## **5 CONCLUSÃO**

A crise hídrica não é um problema atual, mas sua intensificação nas últimas décadas tem gerado alerta e temores em relação ao que está por vir, ainda mais

quando se leva em consideração os impactos das mudanças climáticas, que tendem a agravar problemas relacionados ao uso e consumo de água doce.

Diante da urgência e dos impactos da falta de água, o uso das fontes subterrâneas parece ser a solução mais completa para garantir a segurança hídrica desta e das futuras gerações. No entanto, a assunção de riscos hídricos em benefício à uma produção e consumo desenfreados, se demonstrou uma escolha inconsequente, que tem cobrado seu preço. O mesmo caminho tende a seguir, caso se opte por uma exploração desenfreada e inconsciente das fontes subterrâneas.

Os impactos da falta de água, das mudanças climáticas, da poluição, dentre outras formas de aproveitamento abusivo do meio ambiente, não são isolados. Pelo contrário, estas consequências se somam e se agravam. A poluição do solo contamina águas subterrâneas, que se tornam impróprias para consumo. O uso indiscriminado de águas subterrâneas prejudica a umidade e qualidade do solo, interferindo na vegetação natural ou no uso deste solo para atividades agrícolas. Nos dois cenários, o resultado é uma violação massiva de direitos humanos: à alimentação, saúde, moradia, etc.

Assim como as questões sociais não podem ser analisadas de forma apartada dos fatores ambientais, o uso e consumo da água deve ser projetado considerando toda a complexidade do ciclo hídrico, e de sua relação com as sociedades em seu entorno.

Assumir riscos desenfreados em benefício de resultados imediatos não deve ser o caminho a ser seguido para a construção de uma sociedade que preza por sua relação sustentável com o meio ambiente. Desta forma, a perspectiva socioambiental deve ser um fator importante na discussão da governança dessa fonte de água, assim como para quaisquer outras decisões que impactem o meio ambiente.

## REFERÊNCIAS

ARRIGO, G.; CASALE, G. Glossary on labour law and industrial relations (with special reference to the European Union). Geneva, International Labour Office, 2005. Disponível em [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---lab\\_admin/documents/publication/wcms\\_113920.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---lab_admin/documents/publication/wcms_113920.pdf); Acesso em 10 de jul de 2022. p. 80-86.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ÁGUAS SUBTERRÂNEAS (ABAS). Aguas subterrâneas: o que são?. Disponível em: <https://www.abas.org/aguas-subterraneas-o-que-sao/#:~:text=%C3%81gua%20subterr%C3%A2nea%20%C3%A9%20toda%20a,essencial%20na%20manuten%C3%A7%C3%A3o%20da%20umidade>; Acesso em 30 de jul de 2022.

BECK, Ulrich, Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

FERREIRA, Heline Sivini. A dimensão ambiental da teoria da sociedade de risco. In: FERREIRA, Heline Sivini; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra (orgs.). Direito Socioambiental e Sustentabilidade: Estados, Sociedades e Meio Ambiente. Curitiba: Letra da Lei, 2016.

FREITAS, Fabiana Paschoal de. Águas Subterrâneas Transfronteiriças: o aquífero Guarani e o projeto do GEF/Banco Mundial. In: Congresso Internacional de Direito Ambiental. 7., 2003.

FREITAS, Vladimir Passos de. Sistema Jurídico brasileiro de controle da poluição das águas subterrâneas. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, a.6, n. 23, p. 53-66. jul./set. 2001.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Comissão de Direitos Humanos. Resolução n. n. 41/21 de 2019. Los derechos humanos y el cambio climático. A/HRC/RES/41/21.

RAWORTH, Kate. Economía rosquilla: 7 maneras de pensar la economía del siglo XXI. Tradución de Francisco Ramos. Buenos Aires: Grupo Planeta; Ediciones Paidós, 2018. ISBN: 978-84-493-3416-0 (epub). p. 40.

SHIKLOMANOV, I. A. AND RODDA, J. 2003. World Water Resources at the Beginning of the Twenty-First Century. Cambridge, UK, Cambridge University Press.  
SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. A função social da terra. Porto Alegre: Fabris: 2003

TOMAZZETE, Marlon. O Conceito do Dumping para a Regulamentação Multilateral do Comércio Internacional. In.: PRISMAS: Dir., Pol.Pub. e Mundial., Brasília, v.4, n, 1, p 194-214, jan/jul. 2007.

UNICEF. 2011. Exploring the Impact of Climate Change on Children in South Africa. Summary of Findings. Pretoria: UNICEF South Africa.

UNITED NATIONS (UN) Chronicle. "Climate change and Freshwater in Latin America and the Caribbean", 2013. Disponível em: <https://www.un.org/en/chronicle/article/climate-change-and-freshwater-latin-america-and-caribbean>. Acesso 22 jun. 2022.

UNITED NATIONS (UN), The United Nations World Water Development Report 2022: Groundwater: Making the invisible visible. UNESCO, Paris, 2022.

UNITED NATIONS (UN). 64/292. The human right to water and sanitation. Resolution adopted by the General Assembly on 28 July 2010 . Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/479/35/PDF/N0947935.pdf?OpenElement>; Acesso em 20 de jul de 2022.

UNITED NATIONS (UN). Human Rights Council. The global water crisis and human rights A/HRC/46/28 - Executive summary Special Rapporteur on human rights and the environment. 2021. Disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Water-Crises-two-pager.pdf>; Acesso em 25 de jul de 2021.

UNITED NATIONS (UN). The Sustainable Development Goals Report 2022. Disponível em: <https://unstats.un.org/sdgs/report/2022/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2022.pdf>; Acesso em 25 de jul de 2022.

## 23. PAIS BIOLÓGICOS E PAIS LEGAIS: A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA EM UM ESTUDO DESENVOLVIDO COM ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO DO REINO UNIDO<sup>1</sup>



<https://doi.org/10.36592/9786554601153-23>

*Eduardo Fernando Piran<sup>2</sup>*

*Janaína Reckziegel<sup>3</sup>*

### 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo ocupa-se em saber se é plausível viabilizar o acesso à carga genética do (s) pai (s) biológico (s)<sup>4</sup> de uma criança nascida por Reprodução Humana Assistida,<sup>5</sup> com o fim de tratamento médico, mas, ao mesmo tempo, preservando o anonimato do (a) doador (a). No centro deste embate encontra-se o direito fundamental à intimidade (enunciado da personalidade) das pessoas envolvidas nos procedimentos *versus* o melhor interesse da criança, justificado em diversos Pactos e Convenções Internacionais.

---

<sup>1</sup> O presente artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

<sup>2</sup> Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc); Pós-graduado em Logística pela Faculdade de Administração, Ciências, Educação e Letras (Facel); Graduado em Administração pela Faculdade da Fronteira (FAF); Professor Universitário na União de Ensino da Trifronteira (Unetri).

<sup>3</sup> Pós-doutora em Direito - Bioética e Dignidade Humana - Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos - Universidade Estácio de Sá - UNESA - RJ. Mestre em Direito - Políticas Públicas - Universidade de Caxias do Sul - UCS - RS. Pós-graduada - Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina - ESMESC. Pós-graduada em Educação e Docência no Ensino Superior - Faculdade Exponencial - FIE. Professora Titular e Pesquisadora do Programa de Pós-graduação - Mestrado e Doutorado em Direito - UNOESC - Chapecó, SC. Professora Titular no Curso de Direito - UNOESC, Chapecó, SC - Direito Administrativo. Membro do Núcleo Docente Estruturante - UNOESC - Chapecó, SC.

<sup>4</sup> Leia-se pai (s) biológico (s) em sentido amplo, para definir homem ou mulher, conforme o caso específico em que contribuiu como doador (a) de material genético.

<sup>5</sup> As clínicas, centros ou serviços que aplicam a reprodução assistida são responsáveis por manter um registro permanente das gestações e seus desfechos, bem como aos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões. À luz da norma deontológica médica, em "situações especiais", as informações genéticas podem ser fornecidas ao médico, no entanto, o ato normativo do Conselho Federal de Medicina vincula tão somente médicos e profissionais da saúde e, mais, encontram-se em choque princípios humanos fundamentais, que devem ser examinados sob o viés dos valores mais caros às pessoas envolvidas. Ainda, para não restar dúvida alguma, o acesso às informações compete ao médico responsável pelo tratamento, com a devida custódia e fiscalização do Conselho Regional de Medicina, nos termos da Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.294/2021 (CFM, 2021).

Neste recorte, socorre-se, ainda, à legislação do Reino Unido para demonstrar como acontece a acessibilidade genética da criança em havendo Reprodução Humana Assistida naquelas nações, dado que, em que pese viger a *Common Law* no Reino Unido, diferentemente do que acontece nos países que adotam a *Civil Law*, percebe-se que as premissas nórdicas são próximas de outros países, a exemplo, Alemanha, Argentina, Chile; elemento que concede maior segurança ao estabelecer este paralelo, como será descrito e visualizado no decorrer.

Portanto, a pergunta desenvolve-se em saber se é possível o médico acessar as informações genéticas do (s) pai (s) biológico (s) de uma criança para tratamento terapêutico – esta, fruto de reprodução assistida –, porém, preservando o anonimato do (a) doador (a)?

Para tal finalidade, examina a conformidade e eficácia das premissas envolvidas a partir da teoria da colisão de princípios desenvolvida por Robert Alexy, tendo de um lado a proteção à intimidade – quando há Reprodução Humana Assistida –, em oposição ao princípio do melhor interesse da criança. De resto, salienta que no Brasil não há regulamentação federal própria para o assunto, apenas vige a Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.294/2021 (ato normativo) que vincula médicos e profissionais de saúde.

Como método adota-se o fenomenológico-hermenêutico, por meio de pesquisa em legislação, doutrina e jurisprudência, com intuito de promover e explorar o diálogo entre diferentes autores, visualizando o entendimento e as constatações de cada teórico aduzido na pesquisa.

Ao final conclui-se que – com a aplicação da teoria de Alexy – há necessidade e adequação dos direitos da criança, haja vista que a acessibilidade em nada alterará o estado das coisas para o (s) pai (s) biológico (s), por cuidar de proteger ao anonimato, contudo, em face da imprescindibilidade hipotética de tratamento, dever-se-ia quebrar de plano, inclusive em casos mais graves, eis que a lamúria judicial<sup>6</sup> pode impactar significativamente na vida da criança. Além disso, o reconhecimento

---

<sup>6</sup> Em harmonia com o relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (2021, p. 203), os processos protocolados na Justiça Estadual e Federal apresentam tempo de tramitação médio, respectivamente, de 5 anos e 4 meses, e 5 anos e 8 meses (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2021** / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2021).

do vínculo de parentesco no Reino Unido compatibiliza-se com a Constituição Federal, Estatuto da Criança e Adolescente e Código Civil brasileiro no que diz respeito ao melhor interesse do menor ao acesso imediato de sua biografia e patrimônio genético, todavia, quando o assunto é apreciado pelos tribunais superiores, tem-se notado a resistência quanto a quebra do direito à intimidade, em geral, sendo assegurado quando não há outro meio para resolver a demanda.

## **2 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO ESTADO BRASILEIRO: CONTEXTUALIZAÇÃO ACERCA DA (IM) POSSIBILIDADE DE ACESSO À CARGA GENÉTICA DO (S) PAI (S) BIOLÓGICO (S)**

O ordenamento jurídico pátrio carece de regulamentação específica para tratar a Reprodução Humana Assistida nas suas mais variadas particularidades, outrossim, superficialmente são as breves considerações feitas pelo Código Civil<sup>7</sup>, Constituição Federal<sup>8</sup> e legislações esparsas<sup>9</sup>. Quanto ao mais, o torpor caracterizado pelo Congresso Nacional brasileiro ao não legislar a esse respeito, fez com que o Conselho Federal de Medicina – por meio de suas instrumentações próprias – dispusesse acerca de tais procedimentos, neste cenário, inúmeras discussões surgem a todo momento, motivadas pelos nobres direitos envolvidos.

As omissões legislativas acabam por suscitar diferentes discussões, de maneira a trasladar factos em ações que chegam muitas vezes até os Tribunais

---

<sup>7</sup> Em conformidade com o Código Civil, há presunção de filiação quando concebidos na constância do casamento por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; os havidos com embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; e àqueles gerados por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406\\_compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406_compilada.htm). Acesso em: 4 de outubro de 2022).

<sup>8</sup> Compete ao Estado propiciar os recursos educacionais e científicos para o exercício do direito ao planejamento familiar, vedando-se qualquer forma de coerção por parte das instituições oficiais ou privadas (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 4 de outubro de 2022).

<sup>9</sup> Entende-se por planejamento familiar o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal (BRASIL. **Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm). Acesso em: 4 de outubro de 2022).

Superiores, os quais, através de suas Colendas Turmas, decidem e elaboram enunciados<sup>10</sup>, súmulas e informativos com relação aos novos arranjos familiares.

Imperioso aclarar que a Constituição Federal não obriga as pessoas a fazer ou não fazer algo, senão em virtude de lei (BRASIL, 1988, Art. 5º, II), no entanto, como não existe este parâmetro legal, a resolução técnica do Conselho Federal de Medicina, que vincula médicos e profissionais da saúde, acaba por posiciona-se como o parâmetro normativo mais próximo em realidade das pessoas, podendo-se, inclusive, analisar no decorrer desta investigação a sua compatibilidade com a Constituição Federal brasileira, mais especificamente, no que se refere ao direito de conhecer a carga genética para fins de tratamento médico.

Na regulamentação, tem-se a Resolução n. 2.294 de 27 de maio de 2021, do Conselho Federal de Medicina, que adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida - sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.168, publicada no DOU de 10 de novembro de 2017, Seção 1, pág. 73 (CFM, RES. 2.294/2021).

No que toca a gestação de substituição (cessão temporária de útero), consoante norma deontológica, as clínicas, centros ou serviços de reprodução podem usar técnicas de reprodução assistida para criar a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação, ou em caso de união heteroafetiva, homoafetiva ou de pessoa solteira (CFM, RES. 2.294/2021).

Ademais, a doação de gametas não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, não podendo os doadores conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, exceto

---

<sup>10</sup> A exemplo, o Enunciado n. 106 do Conselho de Justiça Federal que se condiciona a referenciar o artigo 1.597, III do Código Civil, *ipsis litteris*, "para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte" (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL – CJF. **Enunciado n. 106**. I Jornada de Direito Civil. Família e Sucessões. Coordenador-Geral Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>. Acesso em: 4 de outubro de 2022).



se a doação de gametas se deu para parente de até 4.º (quarto) grau<sup>11</sup> de um dos receptores, desde que não incorra em consanguinidade. Portanto, obrigatoriamente, deve haver sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores, no entanto, em situações especiais, as informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para os médicos, resguardando a identidade civil do (a) doador (a) (CFM, RES. 2.294/2021).

Dado esse ponto primeiro relativo à Resolução (ato normativo) do Conselho Federal de Medicina, utilizar-se-á as Normas de Serviços Cartórios Extrajudiciais Tomo II, do estado de São Paulo - SP, para tratar (como exemplar) do registro de nascimento da pessoa nascida através da Reprodução Humana Assistida<sup>12</sup>.

No estado de São Paulo, o assento de nascimento de filhos havidos por técnicas de reprodução assistida independe de prévia autorização judicial, desde que as pessoas estejam munidas da documentação essencial para o registro. Quando o filho for havido por casal homoafetivo, o assento de nascimento deve ser adequado para conter o nome dos ascendentes, sem distinção de ascendência materna ou paterna, outrossim, dever-se-á apresentar declaração, com firma reconhecida, do diretor da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por técnica de reprodução assistida, assim como o nome dos beneficiários (pais – sentido amplo). Com respeito ao termo de consentimento prévio (Item 3.1 da Res. CFM N. 2.294/2021)<sup>13</sup>, será

<sup>11</sup> A regra médica permite, sem embargo, saber a carga genética nesta situação, porque, segundo a Resolução n. 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina, para ser cedente temporária de útero, deve ter ao menos um filho vivo e pertencer à família de um dos parceiros do casal em parentesco consanguíneo até o 4.º (quarto) grau, sendo os demais casos são decididos pelo Conselho Regional de Medicina.

<sup>12</sup> O Provimento n. 63 do 2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) "*Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro 'A' e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida*" (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Provimento n. 63 de 14/11/2017**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em 5 de outubro de 2022).

<sup>13</sup> Os requisitos para a gestação de substituição são os seguintes (consoante a norma médica):

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução podem usar técnicas de RA para criar a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação, ou em caso de união homoafetiva ou de pessoa solteira.

1. A cedente temporária do útero deve ter ao menos um filho vivo e pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau. Demais casos estão sujeitos a avaliação e autorização do Conselho Regional de Medicina.

lavrado por instrumento público ou escrito particular com firma reconhecida, da doadora temporária de útero, autorizando o registro de nascimento da criança a ser concebida que se dê em nome outrem e, mais, não constará da Declaração de Nascido Vivo – DNV o nome da parturiente (cedente temporária de útero) (CGJ, 1989, p. 252).

As normas extrajudiciais ainda aduzem que o conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco nem dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o filho<sup>14</sup> gerado por meio da reprodução assistida, tampouco, veda-se aos Oficiais Registradores (cartorários) exigir identificação do doador de material genético como condição para a lavratura do registro de nascimento de criança gerada mediante técnica de reprodução assistida (CGJ, 1989, p. 252).

A Constituição Federal apoia o planejamento familiar, incluindo como parte da gama de opções de concepção a Reprodução Humana Assistida, em que, a gestação de substituição (segundo a norma supralegal) é um caminho para implementar direitos, começando com a decisão com a qual organizar-se-á o procedimento adequado ao caso concreto, decidindo o pai e/ou a mãe legal, assim como o pretendido (a), e chegando a um acordo sobre como as coisas funcionarão, tentando

---

2. A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial e a clínica de reprodução não pode intermediar a escolha da cedente.

3. Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário da paciente:

3.1 Termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;

3.2 Relatório médico atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;

3.3 Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero que receberá o embrião em seu útero, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

3.4 Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, públicos ou privados, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério;

3.5 Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes, devendo essa documentação ser providenciada durante a gravidez;

3.6 Aprovação do(a) cônjuge ou companheiro(a), apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável (CFM, RES. 2.294/2021).

<sup>14</sup> De acordo o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), "*o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça*" (BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 5 de outubro de 2022).

obter a gravidez, tal como, apoiando-se mutuamente durante a gravidez e, depois do nascimento, ajudando o filho a entender as circunstâncias de seu nascimento (BRASIL, 1988).

A norma brasileira e a forma como acontece atualmente a Reprodução Humana Assistida, até o registro e identificação da pessoa havida pela técnica, resguarda o direito de anonimato do doador de material genético, isto é, a Constituição Federal estabelece em seu artigo 5.º, X, a inviolabilidade da intimidade, honra e da vida privada, contudo, apesar desses preceitos fundamentais há necessidade do diálogo entre as liberdades das biotecnologias e a norma constitucional baseada na dignidade das pessoas (maior), de maneira que nenhuma liberdade científica poderá ser aceita como justa se colocar em jogo a pessoa humana na sua dignidade (DINIZ, 2008, p. 7).

Na situação em apreço, a jurisprudência dos tribunais superiores divergem acerca do sigilo das informações, em regra, decide-se pelo fim do sigilo quando não há outra maneira de resolver um conflito, sendo esta a única e exclusiva forma utilizada para alcançar o resultado processual, a exemplo, Recurso Especial n. 833712/RS<sup>15</sup>; Recurso Extraordinário n. 649154/MG<sup>16</sup>; e Recurso Extraordinário n. 363889/DF<sup>17</sup>.

Todavia, o direito à personalidade é fomentado no Código Civil brasileiro, em que saber quem é o pai biológico está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, ainda que isto não seja consagrado expressamente na Constituição Federal, destarte, para a legislação federal o direito a conhecer o pai biológico aparece vinculado com a filiação que introduz a livre investigação de paternidade e

---

<sup>15</sup> O Recurso Especial n. 833712/RS, trata de uma investigante acolhida em "lar adotivo" e, posteriormente, condicionada a uma adoção à brasileira (pais socioafetivos), que, passou a reclamar o reconhecimento de sua real história, de ter acesso à verdade biológica que lhe fora usurpada. Em *decidendum*, o Excelso Superior Tribunal de Justiça posicionou-se para deferir o pleito (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Recurso Especial n. 833.712/RS**. Ministro Relator Nancy Andri ghi. Brasília (DF), 17 de maio de 2007 [data do julgamento]).

<sup>16</sup> De acordo com o Recurso Extraordinário n. 649154/MG, constitui direito fundamental o conhecimento da própria ancestralidade – identidade genética (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Recurso Extraordinário n. 649154/MG**. (2011-B). Ministro Celso de Mello. Brasília (DF), 23 de novembro de 2011 [data do julgamento]).

<sup>17</sup> A proteção à identidade pessoal teve como tese prevalente o *leading case* do Recurso Extraordinário n. 363889/DF, em que se requereu o conhecimento da paternidade com exame de DNA e a cumulação com pedido de alimentos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Recurso Extraordinário n. 363889/DF**. (2011-A). Ministro Dias Toffoli. Brasília, 2 de junho de 2011 [data do julgamento]).

maternidade, estabelecendo para o filho o direito de reclamar a filiação como imprescritível e irrenunciável (ANDRADE, 2013).

A compreensão da história vital das pessoas é um componente determinante da sua consolidação individual, justificado pelo princípio da autonomia progressiva da criança<sup>18</sup> e adotado por inúmeros países como meio para desenvolver da melhor maneira possível o acesso à paternidade, a exemplo, em solo argentino não há uma idade para os filhos conhecerem os pais, facultando-se ao adotado ou criança fruto de reprodução assistida entrar com uma ação para conhecer de suas origens, bem como se permite o reconhecimento da identidade genética desde o princípio pela pessoa. Já no Chile, a partir dos 12 anos é possível conhecer a origem biológica quando há técnicas de Reprodução Humana Assistida ou adoção, assim como no Brasil em que o acesso está condicionado a uma sentença judicial (BARRENA; MIRANDA, 2019, p. 354).

Ainda, em relação ao tema, em decisão histórica – processo BGH XII ZR 71/18, julgado em 23 de janeiro de 2019 pelo Superior Tribunal de Justiça da Alemanha, *Bundesgerichtshof* – o tribunal alemão firmou compreensão de que toda pessoa tem direito a conhecer a origem biológica, decorrente do princípio da boa-fé, devendo as clínicas terem o dever de informar a identidade do doador de material genético (BUNDESGERICHTSHOF, 2019).

Por fim, mediante as ponderações suscitadas, atualmente, em cenário brasileiro a criança nascida por Reprodução Humana Assistida depende de provocação do judiciário para ter a informação de sua carga genética, inclusive quando a finalidade é para tratamento médico, instante em que se analisará as circunstâncias fáticas do caso concreto para proferir a melhor decisão jurisdicional, por último, com esses simples comentários, passa a abordar o direito à conhecer a origem biológica no Reino Unido quando há Reprodução Humana Assistida.

---

<sup>18</sup> De acordo com Barrena e Miranda (2019, p. 354) *En todo caso debe se observar la autonomía progresiva del niño, para que los padres puedan determinar conforme a madurez del hijo, el momento concreto de la revelación de origen de la filiación – antes de los 12 años –; y, el principio del interés superior del niño.*

### 3 O DIREITO A CONHECER A ORIGEM BIOLÓGICA NO REINO UNIDO QUANDO HÁ REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

No Reino Unido, os métodos científicos – com o fim de planejar e/ou ordenar o arranjo familiar – são voltados, primordialmente, para o bem-estar da criança, o que efetivamente supera todas as demais considerações e, por isso, a interpretação normativa condiciona o direito da criança como um critério relevante para decidir quando há ponderação de valores, em outras palavras, os órgãos decisórios nacionais procuram decidir, para, fornecer proteção efetiva e peso suficiente ao interesse superior das crianças diretamente afetadas nos procedimentos de Reprodução Humana Assistida.

No que tange as normas dos Estados insulares, a gestação de substituição passou a ser regulamentada, inicialmente, pela Lei da *Surrogacy Arrangements Act 1985*, que focava em se dissuadir para reprimir a gestação de substituição comercial, como uma reação automática à indignação social com uma mulher britânica que se inscreveu para ser substituta de uma agência comercial nos Estados Unidos da América, nesse concerto, deu-se a promulgação pela Excelentíssima Majestade Rainha e com o conselho e consentimento dos Lordes Espirituais e Temporais, e Comuns do Parlamento. Todavia, com o passar dos tempos a lei da Gestação de Substituição fez-se por desatualizada, o que culminou em sua atualização pelas seguintes leis: *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, e *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* (UK, 1985).

A lei da Fertilização Humana e Embriologia de 1990 menciona em seu “Item 31ZA” que as informações da Reprodução Humana Assistida serão resguardadas pelas autoridades competentes, contudo, pode a pessoa, ao atingir 16 anos de idade, notificar a autoridade para exigir que se mostre que uma pessoa (o doador [a]) é ou não é o pai do requerente<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> 31ZA Request for information as to genetic parentage etc.

(1) A person who has attained the age of 16 (“the applicant”) may by notice to the Authority require the Authority to comply with a request under subsection (2).

(2) The applicant may request the Authority to give the applicant notice stating whether or not the information contained in the register shows that a person (“the donor”) other than a parent of the applicant would or might, but for the relevant statutory provisions, be the parent of the applicant, and if it does show that—

Em complementação às normas legais do Reino Unido, anteriores, têm-se a *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, a qual, em sua "Parte 2, item 33", aduz que a mulher grávida ou que deu à luz a uma criança fruto da Reprodução Humana Assistida, como resultado da colocação nela de um embrião (célula que dá origem ao ser humano, formada por gameta feminino e masculino), deve ser tratada como mãe da criança, inclusive aplica-se essa disposição se a mulher estava no Reino Unido ou em outro lugar no momento do procedimento laboratorial reprodutivo<sup>20</sup>.

Portanto, a legislação do Reino Unido atribui de imediato a maternidade à mulher participante da técnica de Reprodução Humana Assistida; e ao pai (doador de material genético) pode-se livremente saber quem o é a partir dos 16 anos de idade com requerimento formulado pelo jovem à autoridade competente mantenedora dos dados. Em comparação aos procedimentos brasileiros (regulamentação infralegal), constata-se a contraposição na maneira como os dados genéticos são fornecidos à criança, notadamente, como é tratado o direito à personalidade, em especial à intimidade das pessoas envolvidas, visto que, assim como outros países – conforme exposto acima –, a legislação do Reino Unido autoriza de plano a pessoa requerer aos 16 anos a origem paterna (pai), procedimento controlado pela autoridade competente de cada país do Reino Unido, bem como estabelece, prontamente, à participante (mulher) o direito à maternidade. Assim, o acesso aos dados genéticos

---

(a) giving the applicant so much of that information as relates to the donor as the Authority is required by regulations to give (but no other information), or

(b) stating whether or not that information shows that there are other persons of whom the donor is not the parent but would or might, but for the relevant statutory provisions, be the parent and if so –

(i) the number of those other persons,

(ii) the sex of each of them, and

(iii) the year of birth of each of them.

(UK (legislation). *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*. Chapter 37, Passed 1 November 1990. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents>. Acesso em: 6 de setembro de 2022).

<sup>20</sup> **PART 2 PARENTHOOD IN CASES INVOLVING ASSISTED REPRODUCTION**

**Meaning of "mother"**

**33 Meaning of "mother"**

(1) The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child.

(2) Subsection (1) does not apply to any child to the extent that the child is treated by virtue of adoption as not being the woman's child.

(3) Subsection (1) applies whether the woman was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs.

(UK (Legislation). *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*. Chapter 22, Passed 13 November 2008).

condiciona-se como uma prerrogativa da pessoa em conhecer sua origem, as tratativas a este respeito sequer esbarram em casos estritos, como, por exemplo, a solicitação em hipótese de risco à vida por doença terminal.

O acesso no que se refere as informações biográficas e de patrimônio genético podem ser solicitadas no cartório de registros de cada país, e isso pode ser feito quando se completa 18 anos na Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte, e aos 16 anos na Escócia. Nos países Nórdicos, o anseio das pessoas concebidas por doadores fez com que houvesse uma reviravolta na regulamentação, para permitir o direito ao conhecimento sobre sua história genética e biográfica, fundamentado na persuasão da ideia de que o conhecimento das origens biogenéticas é um direito humano e formador de identidade da criança (DAVIES, 2017, p. 168)<sup>21</sup>.

Desde o mapeamento do genoma humano e a sofisticação crescente do teste genético, tem-se intensificado os rumores acerca da importância do conhecimento da herança genética de uma pessoa, em outras palavras, na medida em que a ciência biomédica continua a propor e fornecer ao público evidências de que as histórias genéticas são a chave para prever a saúde e o bem-estar futuro de um indivíduo, torna-se mais difícil ignorar que saber o máximo possível sobre a composição biogenética de uma criança é uma decisão responsável tomada no interesse da saúde futura da pessoa. Nesse sentido, a base genética pode ser imprescindível para conhecer a origem de inúmeras doenças ou distúrbios graves e complexos, histórico familiar que facilita o tratamento preventivo direto (GRAHAM, 2014).

O argumento do interesse em conhecer as origens biológicas permanece forte quando a criança é nascida por Reprodução Humana Assistida transnacional, dado

---

<sup>21</sup> Os esforços em nome dos *melhores interesses da criança* acumularam ao longo do tempo: a Declaração Universal de Direitos humanos (1948); a Declaração sobre os Princípios Sociais e Jurídicos relativos à proteção e ao bem-estar das Crianças, com particular referência à colocação em lares de guarda, nos planos nacional e internacional (1986); a Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento das Crianças (1990); a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1990); e ainda mais tarde a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (1993); a Convenção sobre a Redução de Apatridia (1961); a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (1950); e a Convenção Europeia sobre a Nacionalidade (1997).

Em virtude desses Pactos e Convenções, o Tribunal de Justiça Europeu tem, reiteradamente, priorizado os direitos das crianças, para manter a uniformidade de uma abordagem e cumprimento pelos Estados. Embora a legislação da União Europeia compartilhe competências com as leis de seus Estados-Membros em áreas de política social, pode-se exercer supremacia sobre a recusa de um Estado em reconhecer uma obrigação de cidadania (DAVIES, 2017, p. 192).

os desenvolvimentos em tecnologias genéticas e de comunicação, que, incluem, igualmente, a comercialização da genealogia genética. O anonimato, portanto, pode ser uma condicionante para impossibilitar o rastreamento dos doadores, e isso não se restringe às fronteiras nacionais, posto que existe facilidade em recorrer a outros Estados para que ocorra a Reprodução Humana Assistida, como aconteceu no caso da Índia<sup>22</sup>, em que até pouco tempo pessoas do mundo todo encontravam um custo-benefício enorme para realizar as técnicas de reprodução assistida (SARAVANAN, 2018-B).

Diante do discorrido acima, evidencia-se que o tratamento dado quanto à origem biológica no Reino Unido privilegia o acesso à carga genética da criança, demonstrando que este direito compunha-se de valores íntimos ligados à pessoa humana e aduzindo ainda que, a Reprodução Humana Assistida transnacional suplica por tal tratativa, porquanto essa negativa pode inviabilizar o direito de personalidade da pessoa, quer dizer, conhecer a origem familiar. Por conseguinte, analisar-se-á o conflito de princípios no direito brasileiro, efetuando um paralelo com a regulamentação do Reino Unido.

---

<sup>22</sup> Na Índia, os pais pretendidos devem mostrar um certificado que não puderam ter filhos através do processo normal, e que por algum motivo estão impedidos de adotar uma criança, motivo ao qual, não será muito fácil realizar a gestação de substituição no país. Como se vê, o legislador tratou de dar uma resposta aos casais de outras nações que procuravam na internet e encontravam facilmente essa possibilidade, conhecida como Gestação de Substituição Transnacional. Além de tudo, os abortos corriam de forma desenfreada, no processo algumas mulheres perdiam o bebê por conta do risco envolvido no procedimento, ou então, havia casos que os pacientes solicitavam para que a gestante abortasse quando estava grávida, a exemplo, os pais não concordarem com o sexo do nascituro. Com toda essa desgraça humanitária, de acordo com o projeto de lei, a gestação transnacional passou a ser proibida pelo Estado. Diante do exemplo indiano, observa-se que as tecnologias de fertilização devem ser empregadas e controladas especificamente, ademais, em mercado indiano também acontecia o tráfico de mulheres com propósito gestacional, elas eram recrutadas para trabalhar como empregadas domésticas e serviam como gestantes, sendo estupradas, escravizadas e negociadas, e seus bebês eram vendidos para que a extensão das atividades estivesse acontecendo. Dessarte, na Índia, houve uma grande injustiça reprodutiva, por isso, o anseio da maioria das pessoas dirigiu-se no sentido de não permitir os procedimentos, porquanto, as mulheres que enfrentavam a infertilidade, encaravam o fardo não só de si mesmas, mas de todo o tratamento que acontecia em seus próprios corpos, as quais, ainda estavam vulneráveis aos estigmas sociais, e outros problemas psicológicos e físico, por motivo do tratamento ser repetitivo com doses excessivas de hormônios, pois muitas precisavam passar por vários testes antes de uma concepção bem-sucedida, portanto, há uma violação de sua biologia, e integridade corporal, mas ao assumir a gestação como uma atividade remunerada, essas mulheres colocavam outras mulheres no mesmo conjunto de problemas e riscos à saúde (este é o olhar da comunidade indiana no que cerne à Reprodução Humana Assistida) (SARAVANAN, 2018-A).



#### **4 DIREITO À INTIMIDADE DO (S) PAI (S) BIOLÓGICO (S) VERSUS DIREITO À ORIGEM GENÉTICA DA CRIANÇA PARA FINS DE TRATAMENTO MÉDICO EM DIREITO BRASILEIRO, MAS PRESERVANDO O ANONIMATO: UMA RELEITURA DA NORMA A PARTIR DA REGULAMENTAÇÃO DO REINO UNIDO**

Na sistemática brasileira o reconhecimento da filiação é um direito personalíssimo indisponível e imprescritível, mesmo quando a pessoa for concebida por Reprodução Humana Assistida, à vista disso, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988, Art. 1, III) traz em seu bojo ampliativo o direito à pessoa em conhecer a sua origem biológica e familiar.

Entretanto, enquanto a Constituição Federal fornece direitos também os protege, como é o caso do direito ao anonimato dos pais biológicos em Reprodução Humana Assistida, consubstanciando-o no direito à intimidade, em outras palavras, pode haver situações em que existe a necessidade de acessar a carga genética de uma criança para fins de tratamento terapêutico, mas, ao mesmo tempo, garantindo o anonimato do pai biológico. Assim, esta análise se pauta em verificar essa possibilidade, comunicando-se, também, parcialmente com a legislação do Reino Unido no que se refere ao bem-estar e melhor interesse da criança<sup>23</sup>.

Inicialmente, deve-se destacar que o direito à origem genética quando há Reprodução Humana Assistida centra-se como um direito mediato, porquanto é um termo normativo<sup>24</sup> com restrições a direitos igualmente normativos<sup>25</sup>. *In case*, pode

---

<sup>23</sup> Merece ser considerada a personalidade a partir da sua poderosa e influente concepção de que somos donos de nós mesmos ou na afirmação de que a vida e a liberdade são fundamentes do ser humano, desfaz-se o "véu da ignorância" – a partir da ideia de pessoa como apenas um ser biológico –, que, em analogia ao argumento da posição original de John Rawls (2002), a dignidade humana faz-se presente por suas características próprias que extrapolam o mero fisiologismo.

<sup>24</sup> O direito a conhecer a origem biológica está descrito nas seguintes regulamentações: artigo 27 da Lei n. 8.069/1990; e artigo 48 da Lei n. 12.010/2009, isto é, garantido ao indivíduo como direito civil e, dessarte, é objeto de proteção fundamental (BRASIL, 1990; BRASIL, 2009).

<sup>25</sup> Em outra seara, o direito à intimidade, como supra descrito, da mesma forma, constitui-se como direito fundamental civil, ao mais, o direito à intimidade difere-se do direito à privacidade porque o campo da intimidade é mais restrito que a privacidade, de forma que o direito à intimidade visa proteger a intromissão alheia em um âmbito mais restrito do que o direito à privacidade. A revelação, por exemplo, de remédios que a pessoa usa, ou comportamentos que apenas o parceiro sexual pode saber, a relação de doença ou deformidade não perceptíveis ou não visíveis na vida comum em sociedade, que apenas o convívio íntimo consegue revelar, assim, o direito à intimidade compunha-se de situações de particulares em posse da própria pessoa do titular (BORGES, 2005, p. 94). Ademais, o Recurso de Revista da Justiça do Trabalho n. 1498-85.2011.5.02.0319 dispôs que a proteção da intimidade deve ser observada independentemente do sexo ou mesmo da opção sexual, destacando-

haver situações em que uma pessoa tenha urgência em acessar a origem biológica por motivo de tratamento médico, não podendo aguardar o procedimento judicial específico, nesta hipótese, poderia ser fornecida a informação sobre a origem genética a fim de viabilizar o tratamento? Neste viés, particularmente, colima o direito à intimidade do doador (anonimato) *versus* o direito à liberdade em conhecer a origem genética, assim, a fim de analisar os valores envolvidos utilizar-se-á a teoria geral dos direitos fundamentais desenvolvida por Robert Alexy, segundo a qual, a colisão entre princípios é considerada “uma chave para a solução de problemas da dogmática dos direitos fundamentais”, onde a forma de aplicação dos princípios se dá, normalmente, pela ponderação, isto é, os conflitos entre princípios se decidem pela dimensão de peso – de acordo com o objeto de otimização –, o que pode ser feito até certo ponto máximo, consoante as possibilidades factuais e jurídicas, além disso, as axiologias dos princípios realizam-se gradualmente, conforme a importância em cada caso concreto (ALEXY, 2009).

De acordo com Alexy (2009, p. 93), se dois princípios colidem, um deles deve ceder, o que não significa que o princípio cedente deve ser declarado inválido, nem que deva ser introduzido nele uma cláusula de exceção, em verdade, acontece que um princípio tem precedência em face de outro sob determinadas condições. Quando a relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um dos princípios, o conflito deve ser resolvido por meio do sopesamento dos interesses conflitantes, onde, o objetivo precípua desta técnica é definir qual dos interesses estão no mesmo nível ou tem maior peso no caso concreto. Se o interesse pleiteado tiver peso sensivelmente maior que os interesses em que se baseia a ação estatal, então, a intervenção do Estado viola o princípio da proporcionalidade (ALEXY, 2009, p. 95), portanto, para a caracterização decisória entre a colisão de princípios, deve-se garantir na maior medida possível o direito sensível de proteção.

Levando em consideração a situação hipotética em concreto, vislumbra-se por um lado o direito à vida, que está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, eis que a quebra do sigilo à origem genética em muitos casos é

---

se: a) a dignidade da pessoa humana; b) a igualdade material entre homens e mulheres; e c) a prescrição de que “ninguém será submetido (...) a tratamento desumano e degradante”.

imprescindível para tratar de doença médica, dessarte, um direito de personalidade que, como já salientado, gera atenção não somente em legislação Federal brasileira, mas também em direito Internacional (MALAURIE, 2003), a exemplo, a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pelas Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, estabelece em seu artigo 7º que a criança desde o nascimento tem direito a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer e ser cuidada por seus pais, e o artigo 8º acrescenta que os Estados Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, incluindo nacionalidade, nome e relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências, proporcionando, até mesmo, assistência e proteção apropriadas para restabelecer prontamente sua identidade (NAÇÕES UNIDAS, 1989).

Ainda, cabe reforçar que o estudo não se restringe a apontar o direito à identidade biológica cujo objetivo é de conhecimento pessoal e a maneira como isso delimita e define as próprias características físicas e comportamentais, mas, apenas a sopesar os valores da intimidade e da veracidade biológica de pessoa gerada por Reprodução Humana Assistida com intuito terapêutico, e se nesses casos poder-se-ia quebrar o segredo para evitar um mal maior. Neste anseio, percebe-se que as premissas do Reino Unido são compatíveis com os valores universais, porquanto, esta é a fonte e a razão pela qual se justifica o direito de saber a carga genética originária, fundada no melhor interesse da criança e no possível risco à vida humana em seu aspecto mais íntimo, logo, nota-se que os conceitos éticos, legais e jurídicos-filosóficos brasileiros parecem não dialogar diretamente com esses valores maiores, quando obriga as pessoas a procurar o judiciário mesmo em circunstâncias especiais, com a finalidade de garantir a administração terapêutica preservando o anonimato (UK, 1990).

Por outro lado, de acordo com Dias (2009), o direito à intimidade está consagrado pelas convicções da filiação, ao passo que na doação anônima de gametas (espermatozoide ou óvulos), ou na gestação sub-rogada não há os laços de afetividade e relação de parentesco, portanto, o quesito "veracidade genética" deixa de ser o pressuposto para a paternidade. Não obstante, Diniz (2000) pensa diferente, para ela a filiação decorre do vínculo que existe entre pais e filhos, proveniente da consanguinidade ou daqueles que lhe deram a vida, ou então, da relação socioafetiva,

noção conceitual que se aproxima da possibilidade de quebra do anonimato para conhecer o material genético do (a) doador (a).

Assim, mediante as sucintas ponderações efetuadas, em que pese haver decisões judiciais contrárias à possibilidade quebra do direito à intimidade a fim de tratar medicamente uma pessoa<sup>26</sup>, através do critério e dos valores em jogo em concreto, como a "vida e integridade física e mental da pessoa a ser medica" e de outro, o resguardo ao anonimato (direito à intimidade), mediante as possibilidades fáticas e jurídicas, como, por exemplo, a indicação preventiva para o câncer; a realização do direito ao acesso à carga genética compõe-se de peso consideravelmente maior, devendo-se as medidas serem aplicadas sem a necessidade de processo judicial, mediante justificação plausível e particularizada, uma vez que a morosidade judicial pode colocar a termo a vida.

As premissas levantadas podem ser solucionadas, consoante a teoria do Alexy, sob o auxílio unicamente dos critérios da adequação e necessidade do caso particular<sup>27</sup>.

## 5 CONCLUSÃO

As reflexões expostas no presente artigo objetivam analisar o direito da criança em conhecer a origem biológica – quando há Reprodução Humana Assistida

---

<sup>26</sup> Ver: Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento Nº 70052132370**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/04/2013; Supremo Tribunal Federal (STF). **Reclamação 2040 QO / DF**. Questão de ordem na reclamação. Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA. Julgamento: 21/02/2002. Publicação: 27/06/2003; e Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Agravo em Recurso Especial n. 1.042.172-SP**. Ministra Assusete Magalhães. Publicação 11/10/2017. Ainda, "o STJ sedimentou o entendimento de que "em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva". (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Recurso Especial n. 1059214/RS**, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 12/03/2012).

<sup>27</sup> Segundo Alexy (2009, p. 104), a necessidade decorre da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso e, que, intervenha de um modo menos intenso, como descrito, hipótese de risco à vida para conhecer a carga genética, mas preservando o anonimato. Em relação à adequação, o meio escolhido justifica-se por ser a única maneira pela qual pode a pessoa prevenir-se ou prolongar a sua vida, além do mais, essa ideia não se trata nada afora da expressão de Pareto: em que uma posição pode ser melhorada sem que outra seja piorada.

–, para tratamento terapêutico, só que preservando o anonimato do participante, oportunidade em que se chocam valores fundamentais, quer dizer, de um lado encontra-se o direito à intimidade (anonimato) do (a) doador (a) de material genético; e por outro, o direito à veracidade biológica. Ao mais, a construção dos argumentos organiza-se em uma sequência lógica de assuntos que permitem chegar na melhor resolução acerca do tema.

Quanto ao roteiro desenvolvido, em um primeiro momento examinou-se a Reprodução Humana Assistida sob o paradigma brasileiro no que toca à (im) possibilidade de acessar a carga genética do (s) pai (s) biológico (s), instante em que se percebe a necessidade da petição judicial para obter o alcance de tais informações. Depois, passou a averiguar o direito a conhecer a origem biológica no Reino Unido – havendo Reprodução Humana Assistida –, para, então, constatar que nas nações insulares o acesso dos dados biográficos e de patrimônio genético se dá em cartório de registro de pessoas de cada país, bastando, cumprir o requisito etário requerido em conformidade com cada Estado – tudo isso justificado segundo o princípio do melhor interesse da criança, que decorre de Pactos e Convenções Internacionais, aos quais, o Reino Unido é parte. Por último, ao considerar o embate de princípios (intimidade x veracidade biológica) sincronizou-se a regulamentação do Reino Unido para auxiliar em uma resposta em panorama brasileiro, ocasião em que utiliza da teoria de Alexy para tentar responder o seguinte questionamento: seria plausível acessar as informações genéticas do (s) pai (s) biológico (s) para tratamento terapêutico da criança, esta, fruto de reprodução assistida, mas preservando o anonimato do (a) doador (a)?

A estipulação de uma concretude balizadora decisória leva em consideração justamente tal face paradoxal, compreendendo a grandeza dos valores envolvidos. Assim, por intermédio da aplicação da teoria de Alexy, constata-se que existe necessidade e adequação do médico ao direito da criança em conhecer a origem biológica com a finalidade terapêutica, porém, preservando o anonimato do pai (s) biológico (s), condição que beneficiaria a criança sobremaneira, e em nada prejudicaria o doador (a) de material genético, além de tudo, em vista do valor fundamental superior vinculado à vida presente e futura da criança, a medida ética, jus-filosófica e moral deveria ser no sentido em proporcionar de plano, inclusive

dando prioridade em casos mais graves, dado que em muitas situações a vida da criança não pode aguardar para ser analisada pelo órgão julgador. No mais, o exemplo do Reino Unido no que tange à possibilidade de acesso à biografia e patrimônio genético em Reprodução Humana Assistida, mostra-se compatível com os valores descritos na Constituição Federal brasileira e Cartas Internacionais, as quais, este Estado ratificou.

Ademais, ante as considerações feitas, não se pode mais admitir a morosidade em se resolver esses pontos sensíveis sob a condição da criança, não pode a saúde ser ameaçada por motivo de intimidade, como acontece, atualmente, com a necessidade de dirigir o pedido ao judiciário para, possivelmente, ver deferido um direito que é fundamental à toda a pessoa humana.

Por fim, como método de pesquisa adotou-se o fenomenológico-hermenêutico, por meio de pesquisa em legislação, doutrina e jurisprudência, com intuito de promover e explorar o diálogo entre diferentes autores, visualizando o entendimento e as constatações de cada teórico aduzido na pesquisa.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual**. Revista de Derecho Privado, n. 24, Enero – Junio de 2013, pp. 81 a 111.

BARRENA, Cristían Eduardo Aedo; MIRANDA, Alexis Mondaca. **Estudios de derecho de familia IV: cuartas jornadas nacionales facultad de ciencias jurídicas Universidad Católica del Norte**. Thomson Reuters, 2019.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 4 de outubro de 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 5 de outubro de 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996.** Regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm). Acesso em: 4 de outubro de 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 4 de outubro de 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009.** Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm). Acesso em: 8 de outubro de 2022.

BUNDESGERICHTSHOF. **Urteil XII ZR 71/18.** K pferle, Justizamtsinspektorin als Urkundsbeamtin der Gesch ftsstelle, Verk ndet am: 23. Januar 2019.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL – CJF. **Enunciado n. 106.** I Jornada de Direito Civil. Família e Sucessões. Coordenador-Geral Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>. Acesso em: 4 de outubro de 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Adota as normas éticas para a utiliza o de reprodu o assistida – sempre em defesa do aperfei amento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolu o CFM n  2.168, publicada no DOU de 10 de novembro de 2017, Se o 1, pág. 73.** Resolu o n  2.294/2021. Brasília: Diário Oficial da União, 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2021 / Conselho Nacional de Justiça.** – Brasília: CNJ, 2021.

\_\_\_\_\_. **Provimento n. 63 de 14/11/2017.** Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em 5 de outubro de 2022.

CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA (CGJ). **Normas de serviço extrajudiciais Tomo II (São Paulo)**. Provimento n. 58/89. Desembargador Milton Evaristo dos Santos, 1989.

DAVIES, Miranda. ***Babies for Sale? Transnational Surrogacy, Human Rights and the Politics of Reproduction*** was first published in 2017 by Zed Books Ltd, The Foundry, 17 Oval Way, London SE11 5RR, UK.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **A ectogêne e seus problemas jurídicos**. *Justitia*. São Paulo, v. 62, jan./dez. 2000.

GRAHAM, Rebecca, J. ***Citizenship and the stateless child: obligations of the European Union***. Unpublished Master of Law in Human Rights Law thesis. Chapters 3 and 4. University of Ulster, UK. 2014.

MALAURIE, Philippe. ***La cour Européenne des droits de l'homme et le "droit" de connaitre ses origines – l'affaire Odièvre***. In *JCP*, 13.2003.

NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal. Foi ratificado por 196 países. Adotada pela ONU em 20 de novembro de 1989. Entrou em vigor em 2 de setembro de 1990.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Capítulo I – p. 3.24.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento Nº 70052132370**, Oitava Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/04/2013.

SARAVANAN, Sheela. ***A Transnational Feminist View of Surrogacy Biomarkets in India***. (2018-A). Publisher: Springer, 2018.

\_\_\_\_\_. ***Socio-ethics of surrogacy in India and reproductive justice***. (2018-B) *India Foundation Journal*, 2018. 6 (6): 23-31.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Agravo de em Recurso Especial n. 1.042.172-SP**. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES. Publicação 11/10/2017.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial n. 833.712/RS**. Ministro Relator Nancy Andrichi. Brasília (DF), 17 de maio de 2007 [data do julgamento].

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial n. 1059214/RS**, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 12/03/2012.



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Reclamação 2040 QO / DF**. Questão de ordem na reclamação. Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA. julgamento: 21/02/2002. Publicação: 27/06/2003.

\_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário n. 363889/DF**. (2011-A). Ministro Dias Toffoli. Brasília, 02 de junho de 2011 [data do julgamento].

\_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário n. 649154/MG**. (2011-B). Ministro Celso de Mello. Brasília (DF), 23 de novembro de 2011 [data do julgamento].

UK (legislation). **Surrogacy arrangements Act 1985**. Chapter 49, Passed 16 July 1985.

\_\_\_\_\_. **Human Fertilisation and Embryology Act 1990**. Chapter 37, Passed 1 November 1990.

\_\_\_\_\_. **Human Fertilisation and Embryology Act 2008**. Chapter 22, Passed 13 November 2008.



## 24. SISTEMAS INTERAMERICANO E EUROPEU DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS



<https://doi.org/10.36592/9786554601153-24>

*Caroline Dimuro Bender D'Avila*<sup>1</sup>

*Daniel Piñeiro Rodriguez*<sup>2</sup>

### 1 INTRODUÇÃO

As constituições criadas após a Segunda Guerra são marcadas pela abertura aos princípios e valores internacionais. O constitucionalismo contemporâneo aproxima o direito interno e o internacional e reconhece a jurisdição de tribunais transnacionais, os quais influenciam a aplicação do direito nos Estados. Esse cenário se desenvolve em razão da evolução do Direito Internacional Público no pós Guerra, com a criação da Organização das Nações Unidas e, sob a sua égide, da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948. Nessa perspectiva de valorização do ser humano, surgem também instrumentos de proteção regional dos direitos humanos – sistema europeu, interamericano e africano – coexistentes e complementares.

Tendo em vista que o sistema africano é o mais recente dos três e apenas seis Estados reconhecem a competência do Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos para acolher queixas individuais e de Organizações não governamentais<sup>3</sup>, o presente artigo tem como propósito fazer uma análise comparativa da origem, da estrutura e do funcionamento de apenas dois sistemas regionais de proteção dos

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Porto Alegre. Brasil. Professora do Curso de Direito da Atitus/POA. Doutoranda na PUCRS com bolsa do Programa Institucional para incentivo a Pós-Graduação Stricto (PRO-Stricto).

E-mail: [carolinebdavila@gmail.com](mailto:carolinebdavila@gmail.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3874-1643>.

<sup>2</sup> Doutorando e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Porto Alegre. Brasil. Procurador Federal (PGF/AGU). E-mail: [pineiro.rodriguez@gmail.com](mailto:pineiro.rodriguez@gmail.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5981-7718>.

<sup>3</sup> A Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, conhecida também como Carta de Banjul, constitui o principal documento normativo do sistema africano de direitos humanos e entrou em vigor no ano de 1986, cinco anos após ter sido adotada. Em 1998, por meio de Protocolo à Carta Africana, foi instituído o Tribunal Africano, que só veio a entrar em funcionamento em 2006. Dos trinta e um Estados que ratificaram o Protocolo, os seis que permitem o acesso direto a particulares e organizações não governamentais, atualmente, são: Mali, Burkina Faso, Gana, Gâmbia, Tunísia, Malawi, Níger e Guiné Bissau. Corte Africana de Direitos Humanos. Disponível em: [www.african-court.org/](http://www.african-court.org/). Acesso em 27 set 2022.

direitos humanos: europeu e interamericano. Ademais, também pretende discorrer sobre a interação entre eles, a fim de demonstrar que o diálogo jurisdicional constitui um mecanismo importante para a interpretação e a promoção dos direitos humanos nos âmbitos internacional e interno.

A ideia é contribuir, diante das semelhanças e das diferenças identificadas entre os dois sistemas objeto de análise, para a difusão e melhor aplicação dos direitos humanos. Por meio do diálogo jurisdicional entre os sistemas interamericano e europeu de direitos humanos, é possível alargar os horizontes para além das fronteiras continentais que abrangem os sistemas e alcançar um grande número de países.

Justifica-se o estudo comparativo para que, a partir das experiências e das peculiaridades de cada um dos sistemas objeto de análise, seja possível verificar até que ponto convém uma convergência maior entre eles para avançar na proteção dos direitos humanos em ambos os continentes, especialmente no americano – sobretudo no espaço latino-americano –, que ainda não atingiu o mesmo estágio de evolução que o europeu.

Para tanto, em um primeiro momento, busca-se apresentar, em linhas gerais, a origem e o funcionamento dos sistemas, os quais contam com cortes com jurisdição supranacional constituída. Após, é feita uma análise comparativa entre eles e, por fim, são trazidas reflexões sobre o papel que eles exercem como irradiador de influências.

## **2 SISTEMA REGIONAL EUROPEU DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

Entre os três grandes sistemas regionais protetivos dos direitos humanos – europeu, americano e africano – o mais antigo, que iniciou a partir da celebração da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos, no ano de 1950, é o europeu. Por determinação do parágrafo 2 do artigo 59, o documento só entraria em vigor quando alcançasse o número mínimo de 10 Estados ratificantes, o que veio a ocorrer em 1953.

Em um período histórico pós Segunda Guerra, inspirado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o Conselho da Europa pretendeu, ao editar

a Convenção, garantir coletivamente padrões mínimos de proteção dos direitos e liberdades fundamentais entre os Estados-parte. Cabe ressaltar que o Conselho da Europa, instituído em 1949, tem como seus principais objetivos a promoção e a defesa dos direitos humanos e das liberdades públicas e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Seus pais fundadores, Winston Churchill (Primeiro Ministro do Reino Unido), Konrad Adenauer (Chanceler e Ministro das Relações Exteriores da Alemanha), Robert Schuman (Ministro das Relações Exteriores da França), Paul-Henri Spaak (Primeiro Ministro e Ministro das Relações Exteriores da Bélgica), Alcide de Gasperi (Primeiro Ministro da Itália) e Ernest Bevin (Secretário de Estado dos Negócios Estrangeiros do Reino Unido), são autoridades que vivenciaram os horrores das duas guerras mundiais e aspiravam pelo estreitamento dos laços entre os países europeus.<sup>4</sup>

Sistematizada em três títulos, a Convenção Europeia dispõe, respectivamente, sobre: a) direitos e liberdades (art. 2 ao 18); b) Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (art. 19 ao 51); c) Disposições diversas (art. 52 ao 59). Ao longo dos anos, diversos protocolos introduziram modificações no texto da Convenção, seja reconhecendo direitos substantivos (Protocolos n. 1, 4, 6, 7, 12, 13), seja aperfeiçoando os mecanismos de operação no âmbito do sistema (Protocolos n. 3, 5, 8, 9, 10, 11, 14, 15, 16).

No seu desenho original, a Convenção Europeia de Direitos humanos estabeleceu três órgãos: a) a Comissão Europeia de Direitos Humanos, b) a Corte Europeia de Direitos Humanos<sup>5</sup>, sede na cidade francesa de Estrasburgo e c) o Comitê de Ministros do Conselho da Europa. A Comissão, extinta em 1998, basicamente exercia o juízo de admissibilidade dos casos, enquanto a Corte fazia o juízo de mérito. Ao Comitê, composto pelos Ministros de Relações Exteriores de cada Estado membro, cabia a função contenciosa nos casos submetidos a ele pela Comissão

---

<sup>4</sup> Conselho da Europa. Disponível em: <https://www.coe.int/pt/web/about-us/founding-fathers>. Acesso em 03 out 2022.

<sup>5</sup> A Corte Europeia de Direitos Humanos não pode ser confundida com o Tribunal de Justiça da União Europeia, que tem como função assegurar a interpretação e a aplicação uniforme da legislação da União Europeia em todos os países membros da organização. Criado em 1952 e com sede em Luxemburgo, sua competência abrange os 27 Estados que compõem a União Europeia. Conselho da Europa. Disponível em: [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_6999/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/pt/). Acesso em 21 set 2022.

quando não o tivessem sido à Corte, que foi abolida em 1998, e de supervisão das sentenças da Corte, função que exerce até hoje.

Em razão da adesão de novos países membros à Organização a partir de 1980, aumentou a quantidade de petições que chegavam à Comissão e, com isso, o funcionamento do sistema teve que ser alterado para responder mais efetivamente às demandas diante de sua nova configuração. Por intermédio do Protocolo n. 11, aberto à assinatura em 1994 e em vigor desde 1998, se criou uma Corte única e permanente, que passou a ter competência tanto para receber as denúncias de violação dos direitos previstos na Convenção – e, portanto, realizar os juízos de admissibilidade – como para julgar o mérito dos casos. A partir dessa modificação, ficou assentada a possibilidade de peticionamento direto do indivíduo perante a Corte. (DRZEMCZEWSKI, 1999, p. 224).

Antes de 1998, a Corte se reunia em sessões esparsas e julgava aproximadamente 5 casos por ano. De 1959 a 1998, ou seja, nos primeiros 39 anos de funcionamento, foram proferidos 837 julgamentos. Após as modificações implementadas pelo Protocolo n. 11, houve um aumento expressivo do número de casos que a Corte passou a receber. De 1999 a 2021, em 22 anos, a Corte julgou 24512 casos (Overview 1959-2021, 2022, p. 4.).

A Convenção Europeia de Direitos Humanos abrange 46 Estados<sup>6</sup> e aproximadamente 820 milhões de pessoas, sem contar os refugiados e estrangeiros que se encontram sob a jurisdição dos Estados e também estão protegidos. Fazem parte da Convenção os 27 Estados membros da União Europeia e mais 20 países - a grande Europa. Nas palavras de Nussberger (2014, p. 2), ex-juíza da Corte, enquanto a União Europeia compreende a pequena Europa, uma comunidade economicamente forte, o Conselho da Europa representa quase o dobro de países, com a difícil missão de unir diferentes culturas e perspectivas em defesa dos valores europeus.

Acerca da composição da Corte Europeia de Direitos Humanos, convém lembrar que o número de juízes é igual ao número de Estados membros, os quais são eleitos pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa para um mandato não

---

<sup>6</sup> Em 16 de março de 2022, por decisão do Comitê de Ministros, a Rússia deixou de ser um Estado membro do Conselho da Europa. Disponível em: [www.coe.int/pt/web/about-us](http://www.coe.int/pt/web/about-us). Acesso em 27 set 2022.

renovável de nove anos (artigo 23.1 da Convenção). As sentenças proferidas pela Corte têm, via de regra, natureza declaratória – estabelecem se houve ou não violação da Convenção – e determinam, se for o caso, compensação monetária à vítima ou seus representantes, deixando para os Estados a escolha dos meios para implementá-las de acordo com seus sistemas jurídicos internos. Nas últimas duas décadas, a Corte tem adotado um papel mais proativo e, em certos casos, indica medidas em prol do indivíduo para restituir a situação anterior ao ilícito e medidas gerais para a não repetição da violação. (KELLER & MARTI, 2015, p. 835-836).

Como a jurisdição internacional é subsidiária à interna, os requisitos de admissibilidade previsto no artigo 35 da Convenção precisam ser atendidos para que uma queixa não seja rejeitada. Entre as condições de admissibilidade estão: o esgotamento de todas as vias de recurso internas, o prazo de 4 meses a contar da data da decisão interna definitiva e a inexistência de litispendência internacional.

Com a entrada em vigor, em 2010, do Protocolo n. 14, a Corte passou a funcionar com a seguinte estrutura: Juiz singular, Comitê (formado por três juízes), Câmara (composta por sete juízes) e Tribunal Pleno, também chamado de Grande Câmara (integrado por dezessete juízes). O juiz singular examina a admissibilidade do caso conforme os requisitos previstos no artigo 35 da Convenção e sua decisão é irrecorrível e definitiva. Caso não declarada a inadmissibilidade nem arquivada a queixa, o caso é submetido ao Comitê, que tem competência para proferir sentença sobre a admissibilidade e o mérito de processos cujo objeto seja de jurisprudência bem consolidada na Corte. Não havendo consenso entre os três juízes, encaminha-se o caso para a Câmara. Após a decisão da Câmara, as partes envolvidas no processo – requerente e Governo – podem solicitar, no prazo de três meses, a devolução do caso para o Tribunal Pleno. Por fim, importa registrar que a própria Câmara pode remeter o caso diretamente ao Tribunal Pleno quando existir o risco de contradição com uma sentença já proferida pela Corte ou o assunto suscitar uma questão grave quanto à interpretação da Convenção. (Convenção Europeia de Direitos Humanos, 1950).

Além da função contenciosa, a Corte também exerce a função consultiva, por meio da qual emite pareceres, mediante solicitação do Comitê de Ministros, sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e dos seus protocolos.

Porém, conforme o artigo 47.2, esta função é restrita e limitada, pois «tais pareceres não podem incidir sobre questões relativas ao conteúdo ou à extensão dos direitos e liberdades definidos no título I da Convenção e nos protocolos, nem sobre outras questões que, em virtude do recurso previsto pela Convenção, possam ser submetidas ao Tribunal ou ao Comitê de Ministros». (Convenção Europeia de Direitos Humanos, 1950).

O Protocolo n. 16 à Convenção Europeia – conhecido como Protocolo do Diálogo – entrou em vigor em 2018 e ampliou o mecanismo consultivo no âmbito do sistema europeu de direitos humanos ao permitir que órgãos jurisdicionais de cúpula dos Estados parte solicitem pareceres à Grande Câmara. Para Posenato (2018, p. 325), com esta inovação, cria-se uma expectativa positiva para avançar na «interação entre a Corte e autoridades nacionais e, assim, estabelecer standards jurisprudenciais mais claros, favorecer a interpretação harmônica da Convenção EDH e, dessa forma, reforçar a observância e a proteção dos direitos humanos em geral».

Milhares de casos já foram objeto de análise pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que, com sua extensa jurisprudência, irradia sua influencia para os demais sistemas protetivos do ser humano. As violações mais comuns constatadas pela Corte dizem respeito ao direito a um processo equitativo, devido à falta de equidade ou à morosidade processual, mas a Corte também se manifesta frequentemente sobre os direitos à liberdade, à segurança e à propriedade e já emitiu decisões sobre questões sociais, como aborto, suicídio assistido, adoção por homossexuais e dados genéticos. Além disso, ressalte-se que o sistema europeu está continuamente sofrendo alterações para melhor exercer seu papel inegavelmente relevante na afirmação dos direitos humanos dentro e fora do bloco regional.

### **3 SISTEMA REGIONAL INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

Em 1948, na capital da Colômbia, foi criada a Organização dos Estados Americanos (OEA), com a aprovação do seu tratado institutivo – conhecido como Carta da OEA. Na ocasião também foi assinada pelos 21 Estados participantes da IX Conferência Internacional Americana, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Tendo como propósito unir os Estados Americanos em busca de uma



ordem de paz e de justiça e de promover a solidariedade, a colaboração e a defesa da sua integridade territorial, a OEA criou órgãos com poderes específicos para concretizar seus objetivos.

Um desses órgãos é a Comissão IDH, que teve seu Estatuto aprovado em 1960 pelo Conselho da OEA, um ano após o seu estabelecimento, em 1959, por ocasião da Quinta Reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores. Em 1966, seu Estatuto foi alterado e, desde então, a entidade passou a ter competência para examinar denúncias de qualquer pessoa, grupo de pessoas ou associações contra a violação de direitos humanos perpetradas pelos Estados membros da OEA e para formular recomendações aos Governos denunciados.<sup>7</sup>

No ano de 1969 foi firmada a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, por ser o lugar da sua celebração.<sup>8</sup> O documento entrou em vigor internacional somente em 1978, quando atingiu o número mínimo de 11 Estados ratificantes, conforme previsto no seu artigo 74.2. (Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969). À época, os Estados que ratificaram a Convenção o fizeram por razões de natureza política, já que a maioria não tinha governos democráticos e trata-se de uma região reconhecidamente marcada por exclusão e desigualdade social, pela cultura de violência e impunidade e pela precária tradição de respeito aos direitos humanos. Atualmente esse cenário mudou e a redemocratização de grande parte dos países permitiu o funcionamento do sistema interamericano de direitos humanos.

Com o advento da CADH, dois sistemas protetivos se formaram no âmbito do sistema interamericano. Um deles, conhecido como sistema geral, é composto pela Carta da OEA, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (DADDH, de 1948) e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Nesse sistema, a Comissão monitora a situação dos direitos humanos nos Estados que são parte da OEA - ainda que não tenham ratificado a CADH - e pode dar recomendações - ainda que os Estados não se submetam à jurisdição da Corte. Além disso, também emite

---

<sup>7</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em:

<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/a.Introd.Port.htm>. Acesso em 06 mai 2021.

<sup>8</sup> O Brasil internalizou a CADH em 1992, por meio do decreto executivo n. 678 e reconheceu, de pleno direito e por prazo indeterminado, a jurisdição contenciosa da CIDH em 1998, pelo decreto legislativo n. 89.

relatórios anuais e temáticos. Quando a CADH tiver sido ratificada por todos os Estados que compõem a OEA e a jurisdição contenciosa da Corte IDH tiver sido aceita por todos eles, esse sistema poderá ser extinto, uma vez que é inferior: abrange menos direitos e as recomendações da Comissão não são vinculativas, enquanto as da Corte IDH são. (MAZZUOLI, 2015, p. 983-984).

O outro sistema é formado pela Comissão e pela Corte IDH, que atuam em conjunto na proteção dos direitos, conforme estabelece a CADH. Nota-se que, com o advento da CADH, a Comissão IDH passou a ter funções «ambivalentes» ou «bifrontes», nas palavras de Mazzuoli (2015, p. 979), pois atua como órgão de vocação geral – da OEA – e órgão processual – conforme determina a CADH.

A Comissão IDH tem sua estrutura prevista entre os artigos 34 e 51 da CADH. Com sede em Washington D.C., nos EUA, e sete membros de nacionalidades diferentes eleitos pela Assembleia Geral da OEA para um período de 4 anos, permitida uma única reeleição, a Comissão possui diversas atribuições na esfera de sua competência. Uma das suas principais funções é a de receber denúncias de violação de direitos humanos supostamente perpetradas por Estados-parte da CADH. Dessa forma, funciona como porta de entrada de indivíduo, grupo de pessoas ou entidade não governamental no procedimento próprio do sistema interamericano.

Passo seguinte ao recebimento da petição, cabe à Comissão IDH verificar os requisitos de admissibilidade estabelecidos no art. 46, parágrafo primeiro (esgotamento dos recursos da jurisdição interna, prazo de 6 meses a partir da data da notificação da decisão definitiva e inexistência de litispendência internacional), da Convenção e investigar os fatos a fim de chegar a uma solução amistosa. Não tendo êxito na fase conciliatória, a Comissão redige um relatório apresentando os fatos e as suas conclusões e o Estado tem o prazo de três meses para cumprir as recomendações feitas no relatório. No caso de não cumprimento desse prazo pelo Estado, a Comissão leva o caso à Corte, desde que o Estado reconheça, expressamente, a competência da Corte no que tange à interpretação e aplicação do Pacto de San Jose.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Vinte dos trinta e cinco Estados membros da OEA reconheceram a competência contenciosa da Corte. São eles: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador,

Dos arts. 52 ao 65, a CADH dispõe sobre a Corte IDH, cuja composição, de sete juízes (cada um de uma nacionalidade), se dá por meio de eleição, para um período de seis anos, com possibilidade de uma única reeleição sucessiva, no âmbito da Assembleia Geral da OEA. A Corte IDH exerce duas competências: a consultiva, por meio da qual emite pareceres no que se refere à interpretação da CADH e de outros tratados internacionais protetivos dos direitos humanos, e a contenciosa, de caráter jurisdicional. Ademais, a Corte IDH também é encarregada de supervisionar o cumprimento de suas sentenças e de emitir medidas provisórias para proteger pessoas quando a situação é extremamente grave, urgente ou há risco de dano irreparável.

Dois Protocolos substanciais foram adicionados à CADH, um em 1988, em matéria Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecido como Protocolo de San Salvador, e outro em 1990, adotado em Assunção, referente à Abolição da Pena de Morte. Além desses, outros existem outros documentos normativos que compõem o sistema interamericano, por exemplo: Declaração de Cartagena sobre Refugiados (1984), Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), Convenção Interamericana Sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (1994) e Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (1994).

Em 1980, a Corte IDH emitiu sua primeira opinião consultiva e em 1987, sua primeira sentença. No ano de 2010 foi introduzida no Regulamento da Corte a figura do Defensor Público Interamericano, que presta assistência jurídica gratuita à suposta vítima perante a Corte, em caso de hipossuficiência ou quando esta não tenha representação e defesa legal constituída. A incorporação do defensor interamericano ao sistema se tornou possível em razão de uma reforma estrutural que permitiu o *locus standi* das vítimas ou de seus representantes no processo perante a Corte. (MACHADO, 2017, p. 1).

Do momento da sua colocação em funcionamento, em setembro de 1979, até o final de 2021 – em 42 anos – foram submetidos 377 casos contenciosos à Corte

---

Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname e Uruguai.

IDH, dos quais 314 tinham sido resolvidos até dezembro de 2021.<sup>10</sup> Parte expressiva das decisões da Corte trata de violações relacionadas ao direito à vida, o que se justifica por conta do legado dos regimes ditatoriais na região, marcados pelo arbítrio e pelo uso excessivo do poder estatal.

No exercício das suas competências, a Corte IDH atua de forma consistente e efetiva, aplicando e interpretando a Convenção Americana em inúmeros casos. Em conjunto com a Comissão IDH, que se consolidou como órgão de enfrentamento a graves e sistemáticas violações de direitos humanos, a Corte IDH criou um espaço favorável ao fortalecimento de uma cultura de direitos humanos na região.

#### **4 PONTOS DE CONVERGÊNCIA E DE ASSIMETRIA ENTRE OS SISTEMAS REGIONAIS EUROPEU E INTERAMERICANO**

Em relação à origem dos sistemas interamericano e europeu de proteção dos direitos humanos, destaca-se que o primeiro nasceu na vigência de regimes político-jurídicos ditatoriais enquanto o segundo derivou do acordo de vontades entre democracias – recentes e frágeis à época – mas com o objetivo de reconstruir a integração entre os países no pós Segunda Guerra. Mazzuoli (2017, p. 35-36) destaca que, diferentemente do sistema regional europeu, em que a Convenção europeia teve o seu texto normativo originário estendido por meio de vários protocolos, – os quais garantiram a atualização e a ampliação do documento ao longo do tempo – a Convenção Americana de Direitos Humanos conta com apenas dois protocolos adicionais substanciais: o de 1988, sobre direitos econômicos, sociais e culturais, e o de 1990, referente à abolição da pena de morte.

Da mesma forma que a Convenção Europeia, a Convenção Americana também definiu as competências de dois órgãos com o objetivo de assegurar a concretização dos direitos humanos por parte dos seus Estados-membros: a Comissão IDH e a Corte IDH. A Comissão Europeia de Direitos Humanos tinha um papel muito próximo daquele que hoje compete à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Portanto, apesar de possuir outras atribuições, a principal delas era apreciar

---

<sup>10</sup> 2021 - Relatório Anual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. p. 42. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/informe2021/portugues.pdf>. Acesso em 21 set 2021.

denúncias de violação dos direitos previstos na Convenção. No entanto, desde 1998 a Comissão Europeia foi extinta e os indivíduos passaram a peticionar diretamente à Corte, o que não ocorre no sistema interamericano, lamentavelmente. Cançado Trindade (2010, p. 44) reconhece e afirma a plena personalidade e capacidade jurídica dos indivíduos no direito internacional e, dessa forma, seu acesso direto aos tribunais internacionais dedicados à defesa dos direitos humanos, como sujeitos ativos na busca pela proteção dos seus direitos.

Outra diferença que deve ser lembrada é em relação à existência, no sistema europeu, do Comitê de Ministros, órgão que recebe a sentença definitiva da Corte e vela pela sua execução. Não há órgão equivalente no sistema interamericano, onde é a própria Corte a responsável pelo monitoramento e pela supervisão do cumprimento de suas sentenças.

Sobre a extensão das sentenças de ambos tribunais regionais, Alcalá (2021, p. 562) refere que a Corte IDH, por força do artigo 63 da Convenção Americana, aplica as medidas de reparação e determina de que forma elas devem ser concretizadas, ao passo que a Convenção Europeia não consagra normativamente a perspectiva de reparação integral. Ainda que a jurisprudência da Corte Europeia tenha evoluído nesse aspecto, determinando para além de indenização, também medidas de reparação, essas medidas, na maioria das vezes, são mais gerais e permitem uma maior discricionariedade dos Estados em relação aos meios específicos que serão adotados para o cumprimento das sentenças.

Com efeito, Ramires (2016, p. 187-193) salienta as seguintes diferenças entre os sistemas interamericano e europeu de direitos humanos: a) a função consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos é mais ampla e sua atuação na função contenciosa abrange outros tratados, não se restringindo apenas à interpretação e aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos; b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem poder para, na sentença, determinar medidas mais invasivas, que vão além da fixação de indenização para o Estado transgressor; c) os indivíduos não podem submeter, diretamente, casos à apreciação da Corte Interamericana, como acontece no ambiente europeu; d) não se valoriza tanto, no sistema interamericano, o "consenso regional", já que os abusos sistemáticos dos direitos humanos resultariam em parâmetros baixos na promoção desses direitos.

Na Europa, a doutrina da 'margem de apreciação nacional', que é referida no Preâmbulo da Convenção Europeia desde a entrada em vigor do Protocolo n. 15, em 2021, mas utilizada desde o início do funcionamento da Corte, concede deferência aos sistemas jurídicos nacionais. A Corte se auto restringe para que, dentro de um espaço de discricionariedade limitado, o Estado avalie, considerando as práticas locais (consenso regional), se violou ou não suas obrigações convencionais em determinado caso. Tal concepção está diretamente ligada ao princípio da subsidiariedade que orienta o sistema europeu de direitos humanos. (SPIELMANN, 2012, p. 415-416).

Já no sistema interamericano de direitos humanos se desenvolveu o controle de convencionalidade (MAC-GREGOR, 2015, p. 97-98) instituto que caminha em direção contrária à doutrina da margem de apreciação europeia, uma vez que impõe a compatibilização do ordenamento jurídico interno à interpretação que a Corte IDH faz da Convenção Americana e do correspondente *corpus iuris* interamericano. Merece ser abordado o motivo para essa diferença: enquanto o sistema europeu foi criado para manter os estados democráticos, o interamericano emergiu em ambiente antidemocrático, em que os casos de violações de direitos eram manifestamente graves (desaparecimentos forçados, execuções sumárias, prisões ilegais), e, evidentemente não havia como permitir qualquer margem de apreciação nacional (TEDESCO, 2018, p. 23). Além disso, ressalte-se que há mais resistência por parte dos países latino-americanos na aplicação direta da Convenção Americana de Direitos Humanos do que na Europa, em relação à Convenção Europeia.

Expressões como  *europeização do sistema interamericano e interamericanização do sistema europeu* (PIOVESAN, 2012, p. 92) são utilizadas para demonstrar a aproximação entre os dois sistemas regionais. Após o restabelecimento dos regimes democráticos nos países latino-americanos, novos temas passaram a ser objeto de apreciação pela Corte IDH, como questões concernentes à independência e à imparcialidade do poder judiciário, liberdade de expressão, livre consentimento informado em tratamento médico, direitos reprodutivos e igualdade de grupos – aproximando a pauta interamericana da europeia. Assim como o ingresso de países do leste europeu, a partir da década de

1990, no sistema europeu, fez com que a Corte Europeia se deparasse com problemas semelhantes àqueles enfrentados pela Corte Interamericana.

No tocante à estrutura, os sistemas se diferem bastante. O europeu contabiliza 46 juízes e funciona de forma permanente, enquanto o interamericano tem apenas 7 e se reúne em sessões ordinárias. Portanto, o volume de casos julgados no sistema interamericano é muito inferior. Porém, apesar das assimetrias constatadas entre os sistemas, como seus propósitos últimos são similares – a promoção e a efetivação dos direitos humanos – o diálogo entre eles consiste na melhor estratégia para a consecução dos seus objetivos.

## **5 DIÁLOGO JURISDICIONAL EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS**

A multiplicidade de tribunais internacionais que existe hoje é, na perspectiva de Cançado Trindade (2010, p. 61), um fenômeno positivo para a busca da realização da justiça internacional. Ademais, esses tribunais devem atuar de forma coordenada e complementar, na base do diálogo interinstitucional e do alinhamento da jurisprudência. Esta visão prevaleceu no encontro entre Cortes de Luxemburgo, em 2002, e de Manágua, em 2007. Este último, inclusive, teve como resultado final a elaboração do Comunicado de Manágua, que reforçou a contribuição dos tribunais internacionais para o fortalecimento do direito internacional, para a proteção do ser humano e para a busca da justiça. O autor sustenta, ainda, que a jurisdição internacional deve atuar como co-partícipe da jurisdição nacional, pois «(...) não são concorrentes ou conflitivas, mas sim complementares, em constante interação na proteção dos direitos da pessoa humana (...)». (CANÇADO TRINDADE, 2010, p. 61).

O sistema internacional de direitos humanos dialoga com a jurisdição constitucional interna, ainda que não tenha o poder de, diretamente, revogar ou alterar atos internos contrários aos seus preceitos. Facchini Neto e Sbrogio'galia (2022, p. 79-80) referem que várias constituições estatais apresentam cláusulas de abertura ao direito internacional, dispondo que os direitos fundamentais previstos nos textos constitucionais devem ser interpretados de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos, o que amplia o bloco de

constitucionalidade. A título exemplificativo, podem ser citadas as constituições alemã (1949), portuguesa (1976), espanhola (1978), brasileira (1988), peruana (1992), argentina (1993) e sul africana (1996).

Neste contexto de integração entre as ordens constitucional e internacional, Piovesan (2012, p. 70-72) identifica um novo paradigma – *human rights approach* – pautado pelo diálogo entre jurisdições e pela força expansiva do princípio da dignidade humana<sup>11</sup>. Para a autora, a efetividade dos diálogos jurisdicionais no âmbito sistema interamericano de direitos humanos envolve a consolidação do fenômeno do controle de convencionalidade<sup>12</sup> como importante ferramenta para o fortalecimento dos regimes democráticos regionais e dos direitos humanos sob a perspectiva de um sistema multinível. (PIOVENSAN, 2014, p. 89-100).

As sentenças dos tribunais regionais de direitos humanos não se restringem ao efeito de coisa julgada no caso concreto, mas vinculam todos os demais Estados parte aos padrões protetivos mínimos dos direitos humanos estabelecidos em suas decisões. Este impacto político e jurídico nos Estados nacionais possibilita o desenvolvimento de um *ius commune regional*, assim como a transformação e a compatibilização dos ordenamentos jurídicos internos aos *standards* mínimos convencionais assegurados pelos sistemas regionais. (ALCALÁ, 2021, p. 549-555).

Como bem observa Ramires (2016, p 183-186), os tribunais internacionais têm o papel de exportação de influências, tendo em vista que sua jurisprudência reflete no âmbito interno dos Estados, à medida em que, nas palavras do autor, forma um “denominador comum” de entendimentos jurídicos. Entretanto, não se

---

<sup>11</sup> Sarlet (2007, p. 363-383), ao discorrer sobre as dimensões da dignidade humana e a complexidade de sua definição jurídico-constitucional, esclarece que a dignidade constitui característica inerente ao ser humano, mas também apresenta uma dimensão comunitária e uma dimensão política. Além disso, seu conteúdo está constantemente em processo de construção, especialmente quando se considera a sua concretização pela via interpretativa na *práxis* constitucional. O autor conceitua dignidade como «a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.»

<sup>12</sup> Importa esclarecer, sobre o instituto, que tanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos pode exercer o referido controle, na modalidade concentrada, como os juízes domésticos ou qualquer outra autoridade pública do Estado, na modalidade difusa. (Borges, B. B., & Piovesan, F., 2019, p. 13).



pode olvidar que também se constata a importação de influências por parte desses tribunais, tanto de precedentes de outras jurisdições na esfera internacional – o que se denomina diálogo horizontal<sup>13</sup> – como de tribunais internos.<sup>14</sup> Isso porque, a fim de facilitar o consenso entre os países para a adoção dos tratados internacionais, as normas tendem a ter um caráter mais aberto e indeterminado, o que, por sua vez, faz com que os intérpretes busquem comparações e inspirações em outros órgãos para justificar e legitimar suas decisões.

De acordo com Neves (2014, p. 207), «o caminho mais adequado em matéria de direitos humanos parece ser o modelo de articulação ["engagement model"], ou melhor, de entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas (...).» Para o autor, como existe uma convergência entre a temática dos problemas tratados nas diferentes esferas internacionais, não há outra alternativa senão o aprendizado constante e recíproco com as experiências que cada ordem jurídica pode oferecer.

Tonet e Souza (2018, p. 126-142) referem a expressão «racionalidade transversal» para demonstrar a necessidade de diálogo entre as diferentes ordens jurídicas no paradigma atual do constitucionalismo, situado na sociedade moderna multicêntrica, globalizada e interdependente. Sob essa conjuntura, a Constituição perde seu protagonismo – embora permaneça exercendo papel importante no Estado – diante de problemas jurídicos que atingem múltiplos níveis.

Nessa lógica de cooperação, se estabelece uma relação heterárquica – não de subordinação – entre as ordens interna e internacional. Sendo assim, eventuais conflitos entre normas internas e internacionais relativas aos direitos humanos

---

<sup>13</sup> Em março de 2021, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos celebraram o II Foro Internacional de Direitos Humanos, ocasião em que Juízes das três Cortes dialogaram sobre temas de relevância para a gestão dos seus respectivos tribunais regionais e trocaram ideias sobre o diálogo jurisprudencial. Existe um Diálogo Permanente entre as três Cortes Regionais de Direitos Humanos e já foram realizados Foros em San José, Costa Rica (2018) e Kampala, Uganda (2019). Relatório Anual da Corte Interamericana de Direitos Humanos - 2021. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/informe2021/portugues.pdf>. Acesso em 19 set 2022.

<sup>14</sup> A fim de fortalecer o diálogo com a Corte Europeia de Direitos Humanos, em 2016, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro firmou um acordo com a organização internacional para a troca de informações jurisprudenciais. O STJ se comprometeu a enviar à CEDH seu Informativo de Jurisprudência, ao passo que a CEDH remeterá, de forma sistemática, dados sobre seus julgamentos mais importantes ao STJ. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Relacoes-internacionais/Cooperacao-Internacional/Cooperacao-entre-o-STJ-e-a-Corte-Europeia-de-Direitos-Humanos>. Acesso em 22 set 2022.

devem ser resolvidos com base no princípio *pro homine*, ou seja, a primazia da norma mais favorável ao ser humano. (NEGISHI, 2017, p. 471).

## 6 CONCLUSÃO

A partir da comparação realizada entre os sistemas europeu e interamericano de proteção dos direitos humanos, pode-se afirmar que ambos, ao longo do tempo, estão se fortalecendo no propósito de promoção e de defesa dos direitos humanos. Acerca do funcionamento e da estrutura dos sistemas, com o objetivo de aprimoramento mútuo, as experiências positivas de cada um devem ser consideradas reciprocamente.

Por exemplo, o sistema interamericano deveria adotar, assim como o sistema europeu, a possibilidade de acesso direto do indivíduo à Corte, para ampliar a participação do sujeito na esfera internacional. E no que tange à função consultiva, o sistema europeu poderia ampliá-la, tendo como referência o sistema interamericano.

Ainda que tenham histórias diferentes, sejam baseados em normas distintas e tenham procedimentos próprios de funcionamento, os sistemas interamericano e europeu podem e devem interagir, já que a máxima que os une é a proteção do ser humano e da sua dignidade. O impacto e o alcance dessa interação são significativos, tendo em vista que ambos os sistemas se relacionam diretamente com os Estados que estão sob a sua jurisdição, isto é, com as autoridades nacionais, com os tribunais internos e com os poderes legislativo e executivo.

Estados que se submetem aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e à jurisdição das cortes internacionais devem observar a interpretação e o entendimento fixado nas decisões e opiniões consultivas dos órgãos intergovernamentais. Portanto, medidas administrativas, legislativas e judiciais devem ser adotadas para a necessária convencionalização do sistema jurídico interno. Observa-se, nesse cenário, que o Estado não tem mais o monopólio dentro de seu próprio território quando se compromete com a promoção dos direitos humanos.

Ao passo que os tribunais internacionais irradiam sua influência, também recebem dos tribunais nacionais, em um diálogo no qual deve prevalecer o

entendimento mais favorável ao ser humano em caso de eventuais conflitos. Nesse diálogo constante e permanente entre cortes, que pode assumir diferentes modalidades, ainda que os sistemas regionais de proteção de direitos humanos sejam complementares, coadjuvantes e subsidiários aos sistemas nacionais, exercem um papel indispensável na formação do bloco constitucional dos direitos humanos e no estabelecimento de padrões protetivos mínimos que devem ser observados pelos Estados em matéria de direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

Alcalá, H. N. (2021). La jurisprudencia en el derecho internacional general y el valor e impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 11(2). 545-567. Doi: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v11i2.7826>

Borges, B. B., & Piovesan, F. (2019). O diálogo inevitável interamericano e a construção do *ius constitutionale commune*. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, 24(3), 5–26. <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i31328>

Cançado Trindade, A. A. (2010). Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. *Rev. Fac. Direito UFMG*, 57, 37-68. Recuperado de <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/124>

Drzemczewski, A. (1999). The European Human Rights Convention: Protocol No. 11- Entry into force and first year of application. *Documentação e Direito Comparado*, 79/80, p. 221-267. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/13600.pdf>

Facchini Neto, E., & Sbrogio'galia, S. (2022). Direitos humanos na globalização: sem espaço para isolacionismos - diálogos legislativos e jurisprudenciais em perspectiva comparada. En Sarlet, Veneral, Pagliarino (Orgs.) *Jurisdição e filosofia dos direitos humanos e fundamentais* (pp. 70-102). Curitiba: Editora Intersaberes.

Keller, H. & Marti, C. (2015). Reconceptualizing Implementation: The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights' Judgments, *European Journal of International Law*, (26)4, 829–850, doi: <https://doi.org/10.1093/ejil/chv056>.

Mac-Gregor, E. (2015). Conventionality Control the New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights. *AJIL Unbound*, 109, 93-99. doi:10.1017/S2398772300001240

Machado, I. (2017). Defensores Públicos Interamericanos: novos horizontes de acesso à justiça. *Jornal da Escola Superior da Defensoria Pública da União*, (8)3, 1-3. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36624.pdf>

Mazzuoli, V. de O. (2015). *Curso de Direito Internacional Público*. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Mazzuoli, V. de O. (2017). O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos. *Cadernos Da Escola De Direito*, 2(13). Recuperado de <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2684>

Negishi, Yota. (2017). Pro Homine Principle's Role in Regulating the Relationship between Conventionality Control and Constitutionality Control. *European Journal of International Law*, 28(2), 457–481, <https://doi.org/10.1093/ejil/chx030>

Neves, M. (2014). Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, 51(201), 193-214. Recuperado de <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502958>

Nussberger, A. (2014) Palestra proferida na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT. Transcrição realizada pela Divisão de apoio e registro taquigráfico do TST. Revisão final do texto pela assessoria da Direção da ENAMAT. p. 2. Recuperado de <http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2014/09/Palestra-AngelikaNussberger.pdf>.

Piovesan, F. (2012). Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, 19, 67-93. Recuperado de <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/176>

Piovesan, F. (2014). Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, 3(1), 76–101. <https://doi.org/10.5902/2316305416282>

Posenato, N. (2018). O "Protocolo do Diálogo" entra em vigor. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, 19(2), 325–328. <https://doi.org/10.18593/ejll.v19i2.18875>

Ramires, M. (2016). Diálogo judicial internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Sarlet, Ingo. (2007). As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, 09, 361-388. <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137/131>

Spielmann, D. (2012). Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review? *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 14, 381-418. Doi: 10.5235/152888712805580570

Tedesco, T. F. (2018). The Inter-American Court of Human Rights and Regional Consensus. *Revista Eletrônica Sapere Aude*, 1(1), 19-35. <http://Revistaeletronicasapereaude.emnuvens.com.br/sapere/issue/view/1>

Tonet, F., & Souza, M. F. N. de. (2018). Problemas jurídicos multifacetados: como conciliar o diálogo entre cortes em múltiplos níveis? *Caderno De Relações Internacionais*, 9(16), 121-145. <https://doi.org/10.22293/2179-1376.v9i16.701>

Torelly, M. (2017). Controle de Convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos?/Conventionality Control: regional human rights constitutionalism?. *Revista Direito e Práxis*, 8(1), 321-353. doi: <https://doi.org/10.12957/dep.2017.23006>

Relatório Anual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. (2021). Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/docs/informe2021/portugues.pdf>.



## 25. TRIBUTAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS, O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE E O SIGILO DE DADOS PESSOAIS

*TAXATION OF CRYPTOCURRENCY, THE FUNDAMENTAL RIGHT TO PRIVACY AND  
THE CONFIDENTIALITY OF PERSONAL DATA*



<https://doi.org/10.36592/9786554601153-25>

*Isadora Beatriz Teixeira Carlos<sup>1</sup>*

### 1 INTRODUÇÃO

Desde o ano de 2017 as criptomoedas, que são meios de pagamentos e transferências financeiras eletrônicas sem a intermediação de instituições financeiras, ganharam destaque. O mercado de criptomoedas no Brasil apresentou grande crescimento e, segundo dados da Secretaria da Receita Federal do Brasil ainda em 2017 «os clientes de *exchanges* superaram o número de usuários inscritos na bolsa de valores de São Paulo» (Piscitelli, 2018, p. 574).

Essa nova tecnologia para a realização de operações financeiras vem, como visto, ganhando cada vez mais espaço, e é um tema de estudos e trabalhos em diversas áreas. No Direito, a percepção quanto ao estudo e debate dessas novas tecnologias que surgem é sempre de que eles ocorrem ou muito cedo, quando ainda não existe regulação e legislação sobre o tema e que as análises não fornecem muitas respostas, ou muito tarde, haja vista essa legislação e certeza só ocorrem depois de já introduzida a nova tecnologia e diversos embates e problemas concretos já chegaram até os tribunais (Follador, 2017, p. 81). Além disso, outra adversidade enfrentada na análise das novas tecnologias pelo Direito é a rapidez com que elas surgem e evoluem.

Especificamente no âmbito do Direito Tributário, que trata da tributação sobre contribuintes como meio essencial de financiamento das atividades estatais, é

---

<sup>1</sup> Doutoranda e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil (Curitiba-PR, Brasil). Bolsista CAPES/PROSUP. Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pela Universidade Positivo. Integrante do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional – NUPECONST. Advogada. E-mail: isadorateixeira.c@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9952-3263>.

possível perceber que as criptomoedas são tema necessário de debate, visto o aumento das transações sem o intermédio de instituições financeiras e, portanto, sem a fiscalização e regulação do Banco Central do Brasil e sem incidência tributária, o que pode ser percebido como uma fuga da tributação.

Essa percepção não ocorre apenas em território nacional, mas verificou-se em diversos outros países, os quais, poucos, já estabeleceram uma regulamentação para conter esse relevante efeito na tributação.

Entretanto, apesar da característica global das criptomoedas, não se objetiva aqui fazer uma análise de direito comparado, mas apenas enfrentar o esforço de desenvolver um panorama geral sobre as criptomoedas tomando por base o ordenamento jurídico brasileiro e a realidade nacional, especialmente frente ao imprescindível direito à privacidade, cada vez mais à tona na sociedade informacional.

Para isso, mediante revisão bibliográfica dos artigos jurídicos mais relevantes sobre o tema, através de abordagens indutiva e dedutiva, buscar-se-á destacar o desafio que as criptomoedas apresentam à tributação brasileira, mormente considerando o direito fundamental à privacidade e o sigilo de dados. Primeiro, intentando extrair uma conceituação e classificação das criptomoedas no ordenamento jurídico brasileiro; na sequência apresentando considerações sobre a tributação das criptomoedas no Sistema Tributário Nacional; e, por último, tecendo considerações sobre o direito fundamental à privacidade e o sigilo de dados pessoais e o desafio que eles estabelecem frente à tentativa de tributação das criptomoedas, a fim de contribuir com o debate sobre o assunto e, quem sabe, auxiliar na sua futura regulamentação, que deve respeitar os mandamentos constitucionais.

## **2 CONCEITUAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS**

Apesar de terem crescido e alcançado maior notoriedade a partir de 2015 como uma nova forma de investimento (Vasconcelos, 2019, p. 266), diz-se que o surgimento das criptomoedas data de 31 de outubro de 2008, através da divulgação



do artigo '*Bitcoin: a peer-to-peer<sup>2</sup> electronic cash system*' em um portal de discussões sobre criptografia, escrito por Satoshi Nakamoto, que não se sabe se é uma pessoa ou um grupo de pessoas (Zilveti & Nocetti, 2020, p. 494-495).

Assim, as criptomoedas surgiram da ideia e busca por meios de realizar pagamentos e transferências financeiras eletrônicas sem a intermediação de instituições financeiras, mas com segurança. Elas são, realmente, uma expressão da evolução da economia em conjunto e articulada através do desenvolvimento tecnológico, uma vez que emergem da atividade de programadores, que utilizam uma rede de computadores e a criptografia para registrar e proteger, digitalmente, esses ativos virtuais (Morais & Brandão Neto, 2014, p. 42).

Essas moedas digitais conquistaram um grande espaço no mercado financeiro, pois, como dito, são consideradas um bom investimento, especialmente por conta da valorização que tiveram nos últimos anos, e, também, um meio de pagamento eficiente (Zilveti & Nocetti, 2020, p. 493). Diante dessa importância e pela ausência de regulação em muitos países e a parca regulação em outros, nunca abrangendo toda a complexidade e alcance desses criptoativos, é que uma análise se faz necessária e pertinente.

Significativo ter em conta que as criptomoedas são espécies do gênero criptoativo, e são a representação digital de valores transacionados, protegidos por criptografia, os quais só existem em registros digitais. Por tudo isso, são conhecidas como uma variedade de moeda virtual (diferentemente das moedas eletrônicas).

As moedas virtuais podem ser classificadas entre as centralizadas ou descentralizadas. As centralizadas são as moedas nas quais existe a intermediação entre pagador e recebedor, ou seja, uma parte (que não se confunde com uma instituição financeira, importante ressaltar) que emite, regula, controla as transferências e registros e, até mesmo, seu preço, talvez o próprio criador da moeda. Já as descentralizadas, tem sua emissão, preço, transferências não controladas por

---

<sup>2</sup> «P2P, ou *peer-to-peer* (ponto a ponto, em livre tradução) é uma rede de computadores que compartilham arquivos pela internet. Não há um servidor geral que os armazene e sim usuários que ao mesmo tempo que fazem download, os disponibilizam para que outros busquem arquivos em sua máquina. Nesse sistema cada computador funciona como servidor e cliente ao mesmo tempo». Cf. Furtado, T. (2012). *O que é P2P?*. <https://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2012/05/o-que-e-p2p.html>

uma parte específica, mas sim por todos os indivíduos que operam essa criptomoeda, simultaneamente, por meio do que conhecemos como *Blockchain* (Follador, 2017, p. 83-84).

O *Blockchain* pode ser definido como «uma rede pública e compartilhada de computadores [...] na qual as transações com criptomoedas são registradas e verificadas», ou seja, uma cadeia ou conjunto de pessoas que faz o registro, verificação e controle da lisura de todas as transações; sendo que essa verificação se realiza «pelos chamados 'mineradores', que validam a transação pela checagem da conformidade com as regras da rede», através da «confirmação dos dados pela solução de um problema matemático encriptado» (Piscitelli, 2018, p. 577).

Desse procedimento conhecido como mineração, podemos perceber a participação humana e, também, a noção que está em voga nos últimos anos de mineração como ocupação/ofício, visto que essa atividade gera um certo tipo de rendimento e/ou retorno ao minerador, pois, em regra, «Aquele que primeiro resolve o problema e valida as informações adiciona a operação aos blocos anteriores, confirmando-a. Como resultado, obtém um determinado número de criptomoedas geradas pelo sistema» (Piscitelli, 2018, p. 577).

Frente a esse destaque à atividade humana desenvolvida em todo o procedimento necessário para a validação de uma transação por meio de criptomoedas, podemos visualizar essa tendência da economia digital em utilizar e remunerar os trabalhadores de uma forma diferente, ainda não abrangida pelas regulações existentes (ao menos no Brasil), seja na área do Direito do Trabalho, seja na seara da tributação.

Dessa consideração, é possível avistar outra característica significativa das criptomoedas, qual seja, a possibilidade de troca e aquisições por indivíduos que não constam na *Blockchain*, um investidor mesmo, que apenas «usa a moeda para fins especulativos», e/ou um indivíduo que procura a criptomoeda como meio de pagamento para bens e serviços, para efetuar ou receber (Piscitelli, 2018, p. 578).

Considerando todo o exposto, podemos finalmente extrair um conceito de criptomoedas: moeda virtual descentralizada, espécie do gênero criptoativo, que se configura em uma representação digital de valores transacionados, ou seja, ativos virtuais, sem intermediação de instituição financeira, controlada por seus próprios

operadores, protegida por criptografia, que apenas existe em registros digitais e possui regime jurídico próprio.

Outra característica significativa sobre esses ativos virtuais, é de que cada criptomoeda funciona com base em regras próprias, que são definidas pelos criadores e desenvolvedores delas, ou seja, possuem uma regime próprio de regulamentação, o que acaba por estabelecer a imensa dificuldade em regular e introduzir tais tecnologias na legislação de qualquer país, tanto pela versatilidade de modalidades, quanto pelo sua considerável volatilidade, pois as criptomoedas estão em constante mudança e a cada minuto uma nova moeda pode ser criada.

Todos esses atributos das criptomoedas tornam-na difícil de classificar no mundo jurídico. Uma vez que elas, ao mesmo tempo, apresentam qualidades já conhecidas e que conseguimos identificar em uma certa classificação já existe, e revelam peculiaridades ainda não reconhecidas como instituições jurídicas. Porém, quanto a classificação das criptomoedas, duas ocorrências são constantes: a certeza quando a dificuldade e consciência dos erros cometidos na tentativa de encontrar uma solução.

São diversas as tentativas de classificação dos criptoativos, evidenciando o desafio de enquadrar essa tecnologia nos conceitos e classificações existentes na jurisdição brasileira.

A tentativa de classificação que mais fácil surge é a de enquadrar as criptomoedas no conceito de moeda. Entretanto, essa solução não parece ser a mais acertada (Zilveti & Nocetti, 2020, p. 494-495).

Em todo o mundo, as moedas são emitidas, controladas e regulamentadas pelos Estados; no Brasil não é diferente. Nossa moeda é o Real, que é emitido e controlado pelo Banco Central, possuindo uma regulamentação específica, constando no ordenamento jurídico e não podendo ser tiradas de circulação a qualquer momento; já no que se refere as criptomoedas, é impossível falar o mesmo (Follador, 2017, p. 87).

Ademais, as criptomoedas não possuem, ao contrário das moedas em sua perspectiva jurídica e sentido estrito, a característica de aceitação geral e da disponibilidade imediata, pois não é qualquer débito que aceita o pagamento em

criptomoeda e ainda necessitam de um sistema monetário estabelecido, podendo ser consideradas um «instrumento acessório» (Zilveti & Nocetti, 2020, p. 496-498).

Essa é uma das importantes características que faz com que as criptomoedas (moedas virtuais) se diferenciem das moedas eletrônicas, uma vez que essas (eletrônicas) podem ser consideradas correspondentes da moeda oficial nacional, ainda mais na realidade em que a maioria do dinheiro está em formato eletrônico, como conta eletrônica e cartões de débito e crédito; sendo que o uso do formato eletrônico é regulado no Brasil por Lei Federal (Morais & Brandão Neto, 2014, p. 43).

Do ponto de vista dos institutos existentes no Direito Civil, as criptomoedas encaixam no conceito de «bem incorpóreo», uma vez que são imateriais, tem existência abstrata, mas que contém valor econômico e podem ser apropriadas, assim como o crédito (Morais & Brandão Neto, 2014, p. 48).

Já no que se refere à classificação como valores mobiliários, que «podem ser definidos como instrumentos de captação de recursos pela sociedade empresarial emissora e representam, para quem os subscreve ou adquire, uma alternativa de investimento», a dificuldade para enquadrar as moedas digitais repousa na «ausência de direito de participação, de parceria ou de remuneração» uma vez que «eventuais rendimentos obtidos com negociação da criptomoeda não decorrem de esforços de terceiros empreendedores, mas apenas da interação de oferta e demanda pela criptomoeda». E no ano de 2018, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) fez um alerta, deixando «claro que a CVM não regula esse mercado de criptomoedas» (Zilveti & Nocetti, 2020, p. 497-498). Ademais, a CVM também declarou sobre as criptomoedas que «tais ativos podem representar valores mobiliários, nos termos do art. 2º da Lei n. 6.385/1976 e, nessa hipótese, a emissão deve respeitar as regras próprias desse mercado» (Piscitelli, 2018, p. 574-575).

Diante disso, é possível considerar que as criptomoedas, nesse momento, no ordenamento jurídico brasileiro, podem ser classificadas com convicção apenas como ativos virtuais.

### 3 TRIBUTAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS

A evidenciada ausência de uma classificação na qual as criptomoedas se enquadrem complexifica sua análise por e em todas as áreas do Direito, uma vez que inexistente certeza quanto à sua natureza jurídica (Lobo & Uhdre, 2019, p. 5).

Entretanto, como o recorte aqui proposto, analisaremos esse ativo virtual do ponto de vista do Direito Tributário e, no que se refere a tributação das criptomoedas no Brasil, existem diversas dificuldades para a sua determinação, sendo que algumas são latentes, fazendo da tributação sobre as criptomoedas no ordenamento jurídico brasileiro um desafio por si só, mesmo sem levarmos em conta a agilidade na criação e modificação desses ativos.

A primeira grande dificuldade enfrentada pelos doutrinadores e pelo Estado na tentativa de atribuir uma tributação às criptomoedas é a dificuldade de enquadrar as criptomoedas na legislação tributária atual, tanto pela rigidez da Constituição Federal quando esta traça as regras matrizes de incidência tributária e de competência tributária, quanto por conta da tal versatilidade e fácil mutabilidade que as criptomoedas representam na realidade. Para ponderarmos a incidência de tributação sobre as operações com criptomoedas, é possível identificar três formas de aquisição desses ativos virtuais: a mineração, a troca ou a aquisição.

Existiram algumas manifestações oficiais sobre a tributação das criptomoedas, ou seja, tentativas de cobrir essa lacuna legislativa, haja vista a sua cada vez maior relevância econômica na realidade brasileira. Uma delas foi declaração da Receita Federal do Brasil, em seu site oficial, no campo específico no qual responde perguntas e respostas sobre o Imposto de Renda da Pessoa Física, de que as criptomoedas podem ser comparadas a ativos financeiros e devem ser declaradas como 'outros bens e direitos' na Declaração de Imposto de Renda e estariam sujeitas à tributação pelo ganho de capital (Lobo & Uhdre, 2019, p. 11-12).

Entretanto, essa manifestação da Receita não consegue resolver nenhum problema, pois «não deve ser considerada uma regulação tributária, mas apenas uma orientação não vinculante para fins de preenchimento» (Zilveti & Nocetti, 2020, p. 499-500) da Declaração do Imposto de Renda não possuindo qualquer característica

imperativa e absoluta, o que gera clara insegurança jurídica e, caso haja a tributação, violação ao princípio da legalidade.

As questões da legalidade e da segurança jurídica, na tributação, perpassam pela importante noção e consideração da Regra Matriz de Incidência Tributária, o esqueleto trazido pela Constituição Federal de quando deve ocorrer a tributação, trazendo o fato jurídico que faz incidir a tributação, em que território, em que período de tempo, sobre qual valor e qual a alíquota da tributação, que possibilita e limita a tributação de forma a respeitar todos os princípios constitucionais tributários e, conseqüentemente, proteger o contribuinte dos eventuais abusos que podem ocorrer por parte do Estado no exercício de seu poder de tributar.

Dessa forma, a Regra Matriz de Incidência Tributária é extremamente vinculada a segurança jurídica, protegendo os contribuintes da imprevisibilidade da tributação, servindo «de suporte para a proteção dos direitos fundamentais dos contribuintes, de modo a conformar e limitar a atividade tributária» (Fischer & Maliska, 2017, p. 275).

A fim de preencher essa lacuna legislativa, alguns Projetos de Lei sobre as criptomoedas foram apresentados, mas nenhum ainda teve qualquer avanço real. Cabe agora aguardar o desdobramento dos Projetos de Lei em tramitação, a fim de, quem sabe, enfim, termos uma conceituação oficial e classificação das criptomoedas, assim como sua regulamentação, a fim de verificar e atender os princípios constitucionais, em especial da legalidade, trazendo maior segurança jurídica aos contribuintes.

Mas, independentemente do Projeto e da legislação que prospere na realidade brasileira, temos que ter em conta um alerta do Fundo Monetário Internacional (FMI) sobre a regulação das criptomoedas: os «instrumentos regulatórios que venham a ser criados devem permitir a manutenção da inovação»; assim, «além do desafio de se estabelecer uma regulação eficaz que limite a prática de atos ilícitos por meio desse tipo de instrumento acessório e crie balizas ao seu desenvolvimento» deve-se levar em consideração ainda «a existência de um ponto ideal de regulação, que minimize riscos para os interessados e, ao mesmo tempo, permita a inovação» (Zilveti & Nocetti, 2020, p. 498).

Outro imenso desafio à tributação das criptomoedas é a característica aqui já mencionada de que elas possuem um regime jurídico próprio, pois seus criadores podem regular como quiserem esses criptoativos, criando regulamentação sem qualquer parâmetro de exigência conhecido e, como não são emitidas pelo Banco Central do Brasil, não são registradas ou mesmo controladas, assim, todas as transações que ocorrem por essa modalidade ficam além do controle do Banco Central e sua fiscalização torna-se até impossível, especialmente quando inexistente legislação específica.

Essa questão quanto ao registro e controle, traz um relevante desafio à tributação brasileira das criptomoedas, especialmente na sociedade informacional: a análise, fiscalização e controle das transações por criptomoedas, por precisarem de informações privadas e acessos que não são regulamentados no ordenamento jurídico brasileiro, podem configurar invasão de privacidade e a violação de alguns direitos fundamentais, pois como não existe qualquer regulamentação sobre isso no Brasil, a alegação de violação aos particulares é provável e plausível, como veremos na sequência.

#### **4 DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE E SIGILO DE DADOS**

A sociedade informacional e digital, que emergiu através dessa significativa revolução tecnológica e que está em constante transformação, apresenta desafios, os quais ainda estamos assimilando, como sociedade e como juristas.

Os desafios que a sociedade cada vez mais tecnológica enfrenta frequentemente culminam nas noções de privacidade e segurança das informações. O Direito, na atual sociedade informacional, enfrenta um cenário consideravelmente complexo, no qual conceitos como privacidade e intimidade estão sendo cada vez mais revisitados e reformulados, a fim de abarcar a realidade e todas as suas constantes transformações e evoluções tecnológicas, pois mesmo quanto a informações e transações no mundo virtual, o ordenamento jurídico é válido e deve ser respeitado.

Assim, todo o ordenamento jurídico brasileiro é afetado pelas constantes mudanças e inovações, surgimento de novas tecnologias ou mesmo no uso das

tecnologias que já conhecemos. Essa considerável dificuldade, como vimos, alcança também a tributação e, em especial quanto ao recorte aqui intentado, a dificuldade de fiscalização das operações com criptomoedas, uma vez que, como sabemos, elas ocorrem somente *online* e de forma criptografada.

O conceito de privacidade, levando em conta sua importância, especialmente agora na sociedade informacional que presenciamos, foi se alterando com o tempo, sofrendo diversas modificações quanto ao seu conceito e alcance. «Tornou-se insuficiente, nos dias atuais, imaginar que o direito à privacidade se restringe à ideia tradicional de invasão de privacidade, sintetizada no 'direito de estar só' (*'right to be let alone'*)» (Tomasevicius Filho, 2018, p. 134), concebida pelos autores Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis em 1890, marco do surgimento do direito à privacidade, especialmente considerado no âmbito dos direitos pessoais (Sarlet & Ruaro, 2021, p. 92-93); assim, evoluímos da aceção tradicional de privacidade, que referia-se a manipular informações sobre a vida de alguém, para uma aceção mais contemporânea, que considera que a própria pessoa como central, uma vez que as informações podem ser consideradas como elemento da personalidade dos indivíduos que compõe essa sociedade informacional, sendo eles as vítimas potenciais ou reais de violações à privacidade (Tomasevicius Filho, 2018, p. 134).

O direito à privacidade foi foco de uma importante regulação da Organização das Nações Unidas (ONU); em 21 de novembro de 2016, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas (CDH) aprovou Resolução sobre o direito à privacidade na era digital, um projeto que foi apresentado pelo Brasil, Alemanha e outros países, que reafirmou «o direito à privacidade conforme previsto na Declaração Universal de Direitos Humanos e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos», a fim de acabar com as violações e promover medidas para reparar e assegurar o direito à privacidade, em respeito à legalidade e proporcionalidade (Sarlet & Ruaro, 2021, p. 88).

No ordenamento jurídico interno brasileiro, a privacidade e o sigilo de dados são constitucionalmente assegurados pela Constituição Federal de 1988 (Art. 5º, X e XII), sendo que a Lei Máxima brasileira «não se restringe apenas ao direito à privacidade, apresentando abrangência em relação à preservação da vida privada e



da intimidade da pessoa» e da inviolabilidade das comunicações, estipulando também o sigilo de dados (Boff & Fortes, 2014, p. 119).

O direito à privacidade tutelado pela Constituição está inserido no rol dos direitos de personalidade, sendo intimamente ligado à noção de dignidade da pessoa humana, que nessa sociedade informacional, se liga tanto a sua interioridade de indivíduo consigo mesmo, quanto em sua exterioridade de pessoa humana parte de uma coletividade; portanto, a esfera privada e da intimidade não se limitam mais apenas ao indivíduo singularmente considerado, mas também devem considerá-lo enquanto componente da sociedade (Sarlet & Ruaro, 2021, p. 92-93).

Nesse sentido contemporâneo que os dados pessoais devem ser considerados na noção de privacidade, pois parte do indivíduo; violando os dados, é como violar a própria pessoa detentora desses dados, assim deve-se considerar o sigilo de dados pessoais. Esse sentido mais atual de privacidade, que ainda está em «franca reconfiguração no sistema jurídico e na vida cotidiana» (Sarlet & Ruaro, 2021, p. 93-94), pois incorpora a privacidade informacional ou o direito à autodeterminação informativa, que é a garantia do controle do cidadão titular sobre o domínio de seus dados pessoais, suas próprias informações (Maria & Picolo, 2021).

Ademais, o direito à privacidade e sigilo de dados consta no rol dos direitos e garantias fundamentais. O direito fundamental à privacidade liga-se com o uso de ferramentas para coleta de dados e transmissão de dados sem o amparo de lei, sem regulamentação, violando direitos individuais e a privacidade dos indivíduos (Assis & Schramm, 2020, p. 44).

Assim, «a proteção de dados pessoais é, em síntese, a proteção da pessoa humana, mormente quanto ao resguardo do livre desenvolvimento de sua personalidade e, em particular, por meio da centralidade da garantia da sua autodeterminação informacional» ((Sarlet & Ruaro, 2021, p. 85). Nesse cenário surge a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei Federal nº 13.709 de 14 de agosto de 2018.

Emergiu no Brasil, no ano de 2014, uma legislação que estabeleceu disposições gerais, princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet, a Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril, conhecida como Marco Civil da Internet. Mas esse diploma normativo não sistematizou as questões relacionadas aos dados

personais e a utilização desses. Assim, a LGPD, inspirada na Diretiva Europeia que vigorou de 1995 a 2018, depois substituída pelo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (*General Data Protection Regulation* - GDPR), foi a resposta a essa lacuna legislativa (Sarlet & Ruaro, 2021, p. 83).

A LGPD dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, seja por pessoa jurídica de direito público ou privado, a fim de proteger o direito fundamental de privacidade, entre outros, fundamentando-se, em especial, no respeito à privacidade e na autodeterminação informativa, aqui já examinados.

«Em linhas gerais, a LGPD assegura a integralidade da proteção à pessoa humana na medida em que consagra a obrigatoriedade do gerenciamento seguro do início até ao fim da operação que envolve os dados pessoais» (Sarlet & Ruaro, 2021, p. 86), garantindo a privacidade e a intimidade dos indivíduos.

Considerando isso, resta claro que o Estado, especialmente aqui considerado como Administração Pública ao exercer a atividade e poder de tributar, está vinculado à proteção, direitos e deveres dispostos na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, pois o direito à privacidade é um direito fundamental e pode ser tido como instituto e instrumento jurídico «que supera a dicotomia entre direito público e privado», uma vez que é «Essencial à formação da pessoa humana e indispensável na construção da identidade pessoal», sendo inegável sua relação intrínseca com a dignidade da pessoa humana (Sarlet & Ruaro, 2021, p. 95-96).

De acordo com a LGPD (Art. 5º), os dados pessoais são as informações personalíssimas identificadas ou identificáveis, sendo que, como vimos, «o conceito de dados pessoais está incluso na noção de privacidade» (Camurça & Matias, 2021, p. 9).

A LGPD adota como parâmetro de proteção o consentimento (Art. 7º e 5º), não limitando-se a isso para determinar quando os dados podem ser tratados. Mas o consentimento deve ser livre e esclarecido, o que resgata as bases do pensamento liberal de valorização da autonomia privada e do direito fundamental de liberdade, determinando o consentimento como devendo «ser efetuado nos moldes de um ato jurídico pleno, respeitando-se a ampliação de uma perspectiva de validade e de perfectibilidade em um panorama em que novos atores, advindos da era informacional», a fim de trazer segurança, liberdade, compreensão do sistema e

verdadeira acessibilidade das informações, em uma via de mão dupla, uma vez que deve-se ter o consentimento para uma finalidade determinada e informada (Sarlet & Ruaro, 2021, p. 96-97).

Ademais, também se ressalta que os dados pessoais devem, além do consentimento, ter a determinação de uma finalidade específica a qual eles serão empregados, não podendo ser só uma fiscalização sem respaldo legal, o que fere a legalidade em sua dimensão mais ampla e também mais restrita, que é a existência de lei para que se exija algo do cidadão.

Nesse sentido, quando consideramos os dados das criptomoedas, em que os indivíduos ou empresas esperam existir certa privacidade quanto as suas operações, uma vez que ocorrem *online*, com uma identificação feita de acordo com a escolha de cada operador das criptomoedas e que, por serem consideradas bens, são propriedade, ou seja, um direito fundamental que deve ser respeitado também, o direito fundamental à propriedade, e assim, a privacidade mostra-se um imponente desafio à tributação das criptomoedas no Brasil, por ser um obstáculo à fiscalização das operações com criptomoedas.

Diante do exposto, é possível constatar de forma inequívoca que a tributação das criptomoedas no Brasil enfrenta desafios muito mais vastos e imponentes do que simplesmente a adversidade apresentada na tentativa de enquadramento na tributação do Sistema Tributário Nacional.

Por tudo isso, é manifesto que a privacidade e o sigilo de dados são limites à tributação das criptomoedas que devem ser considerados, seja na atualidade, de inexistência de regulamentação das transações com criptomoedas e da sua fiscalização, seja na futura regulamentação que existirá para tributar essas transações de ativos virtuais, pois a privacidade, como direito fundamental e o sigilo de dados pessoais, como uma prerrogativa do cidadão, devem ser respeitados, independentemente da necessidade arrecadatória e frente a qualquer atividade administrativa exercida pelo Estado.

A tributação deve respeitar a Constituição e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, haja vista ser imprescindível para a dignidade da pessoa humana e para o respeito a todos os direitos fundamentais, o cumprimento dos mandamentos constitucionais de proteção à privacidade e sigilo de dados pessoais.

O direito fundamental à privacidade e o sigilo de dados pessoais mostram-se limites à tributação das criptomoedas no Brasil, por serem obstáculo à fiscalização das operações com criptomoedas, uma vez que não se pode tributar algo que não tem como fiscalizar para saber quando ocorre a operação que determina a incidência da tributação.

## 5 CONCLUSÃO

O Direito, como sabe-se, é ramo que estuda as normas (regras e princípios), entre outros desdobramentos, e como eles se aplicam na sociedade. As fontes do direito nos ensinam a importância da sociedade na formação e determinação das normas e não é diferente quando abordamos a tecnologia.

As novas tecnologias, que advém do que conhecemos popularmente como quarta revolução industrial, trazem desafios imensos e impactos nas relações sociais, econômicas e jurisdicionais, afetando o Direito, como o conhecemos e como o estabelecemos. Assim, sabe-se que a tentativa de encaixar essa nova tecnologia nos institutos existentes não se dá pela incongruência das criptomoedas, mas pela evolução da sociedade e o Direito, como reflexo da sociedade, deve evoluir junto, mas isso ocorre de forma um pouco mais lenta do que as novas tecnologias estão surgindo e se desenvolvendo.

Apesar disso, do esforço aqui intentado, conseguimos extrair um conceito de criptomoedas que parece ser fundamental para o início das discussões de sua regulamentação. Dessa forma, entendemos que criptomoeda é um tipo de moeda virtual descentralizada, espécie do gênero criptoativo, que se configura em uma representação digital de valores transacionados, ou seja, ativos virtuais, sem intermediação de instituição financeira, controlada por seus próprios operadores, protegida por criptografia, que apenas existe em registros digitais e possui regime jurídico próprio.

Depois de alcançarmos essa conceituação, traçamos um caminho na tentativa de entender melhor como pode se dar a tributação das criptomoedas no âmbito nacional brasileiro, fazendo considerações sobre a tributação das criptomoedas frente ao Sistema Tributário Nacional.

A partir dessas considerações quanto a tributação, avançamos em nossa análise e constatamos que a tributação das criptomoedas no Brasil enfrenta desafios muito mais relevantes e intimidantes do que apenas a dificuldade de enquadrar as operações com criptomoedas no Sistema Tributário Nacional.

O primeiro desafio que traçamos foi o da falta de regulamentação, de legislação específica, para tratar sobre as criptomoedas, deixando um vácuo para análise dessa nova tecnologia e seus impactos sobre a realidade jurídica brasileira. Esse desafio desdobra-se em outros tão relevantes quanto: a legalidade, a segurança jurídica e os contornos constitucionais estabelecidos que devem ser atendidos para que se exerça o poder de tributar sobre os contribuintes, a fim de que se respeite a capacidade contributiva e salve-se a justiça.

Mas o desafio mais impactante à tributação das criptomoedas dá-se ao consideramos a questão da fiscalização, do direito fundamental à privacidade e o sigilo de dados pessoais. Esse desafio se mostra de singular cautela, uma vez que não se pode tributar algo que não tem como fiscalizar para saber quando ocorre a operação que determina a incidência da tributação. Dessa questão, a privacidade possui destaque, pois sabe-se que cada vez mais a privacidade individual e dos dados é uma consideração no estudo do Direito e que deve ser considerada em todas as suas vertentes.

De todo aludido, torna-se inquestionável que a tributação das criptomoedas no Brasil enfrenta barreiras muito mais vastas e imponentes do que a adversidade apresentada na tentativa de enquadramento no Sistema Tributário Nacional e de sua classificação frente aos institutos jurídicos brasileiros. O desafio à tributação brasileira das criptomoedas converge-se na própria fundamentação da tributação e nas determinações constitucionais que a estabelece, especialmente considerando o direito fundamental à privacidade e o sigilo de dados pessoais, protegidos pela Constituição Federal e pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Portanto, o direito fundamental à privacidade e o sigilo de dados pessoais mostram-se limites à tributação das criptomoedas no Brasil, por serem obstáculo à fiscalização das operações com criptomoedas, uma vez que não se pode tributar algo que não tem como fiscalizar para saber quando ocorre a operação que determina a incidência da tributação. Além disso, esses institutos jurídicos devem ser

considerados na atualidade e também em um futuro (próximo, esperamos), em que existirá uma regulamentação que respeite o princípio da legalidade e todos os mandamentos constitucionais das transações e das criptomoedas em si.

## REFERÊNCIAS

- Assis, G. L. & Schramm, J. K. A. (2020). A proteção da privacidade como direito fundamental e seus desafios frente as novas tecnologias. En BERBERI, M. A. L., *Direitos fundamentais e tecnologia* (pp. 39-62). Curitiba: Íthala.
- Boff, S. O. & Fortes, V. B. A Privacidade e a Proteção dos Dados Pessoais no Ciberespaço como um Direito Fundamental: perspectivas de construção de um marco regulatório para o Brasil. *Seqüência*, n. 68, pp. 109-127. <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p109>
- Camurça, L. C. V. & Matias, J. L. N. Direito à privacidade e à proteção de dados pessoais: análise das práticas obscuras de direcionamento de publicidade consoante a Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 26, n. 2, pp. 6-23. <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v26i21590>
- Fischer, O. C. & Maliska, M. A. Regra Matriz De Incidência Tributária – Segurança Jurídica e a base de cálculo do IPTU. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 22, n. 3, pp. 272-293. <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v22i31212>
- Follador, G. B. Criptomoedas e competência tributária. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, pp. 79-104. <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4925>
- Furtado, T. (2012). *O que é P2P?*. <https://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2012/05/o-que-e-p2p.html>
- Lobo, C. V. & Uhdre, D. C. Um overview regulatório e tributário das criptomoedas. *ELSA Portugal Law Review Direito Tributário*, n. 4, pp. 4-12. <http://elsa-portugal.org/wp-content/uploads/2019/03/EPTLR-n4.pdf>
- Maria, I. Picolo, C. (2021). *Autodeterminação informativa: como esse direito surgiu e como ele me afeta?*. <https://lapin.org.br/2021/04/27/autodeterminacao-informativa-como-esse-direito-surgiu-e-como-ele-me-afeta>
- Morais, C. Y. A. & Brandão Neto, J. B. Tributação das operações com criptomoedas. *Arquivo Jurídico*, v. 1, n. 7, pp. 41-60. <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/3343/1909>
- Piscitelli, T. Criptomoedas e os possíveis encaminhamentos tributários à luz da legislação nacional. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 40, pp. 572-590.

<https://ibdt.org.br/RDTA/criptomoedas-e-os-possiveis-encaminhamentos-tributarios-a-luz-da-legislacao-nacional/>

Sarlet, G. B. S. & Ruaro, R. L. A proteção de dados sensíveis no sistema normativo brasileiro sob o enfoque da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – L. 13.709/2018. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 26, n. 2, pp. 81-106. <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v26i22172>

Tomasevicius Filho, E. Inteligência artificial e direitos da personalidade: uma contradição em termos? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 113, pp. 133-149. <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v113i0p133-149>

Vasconcelos, P. E. A. A tributação das criptomoedas e o uso da inteligência artificial nas energias renováveis. *Revista Videre*, v. 11, n. 22, pp. 264-276. <https://doi.org/10.30612/videre.v11i22.10516>

Zilveti, F. A.; Nocetti, D. A. Criptomoedas e o Sistema Tributário do Século XXI. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 44, pp. 491-510. <https://ibdt.org.br/RDTA/wp-content/uploads/2020/05/fernando-e-daniel.pdf>







