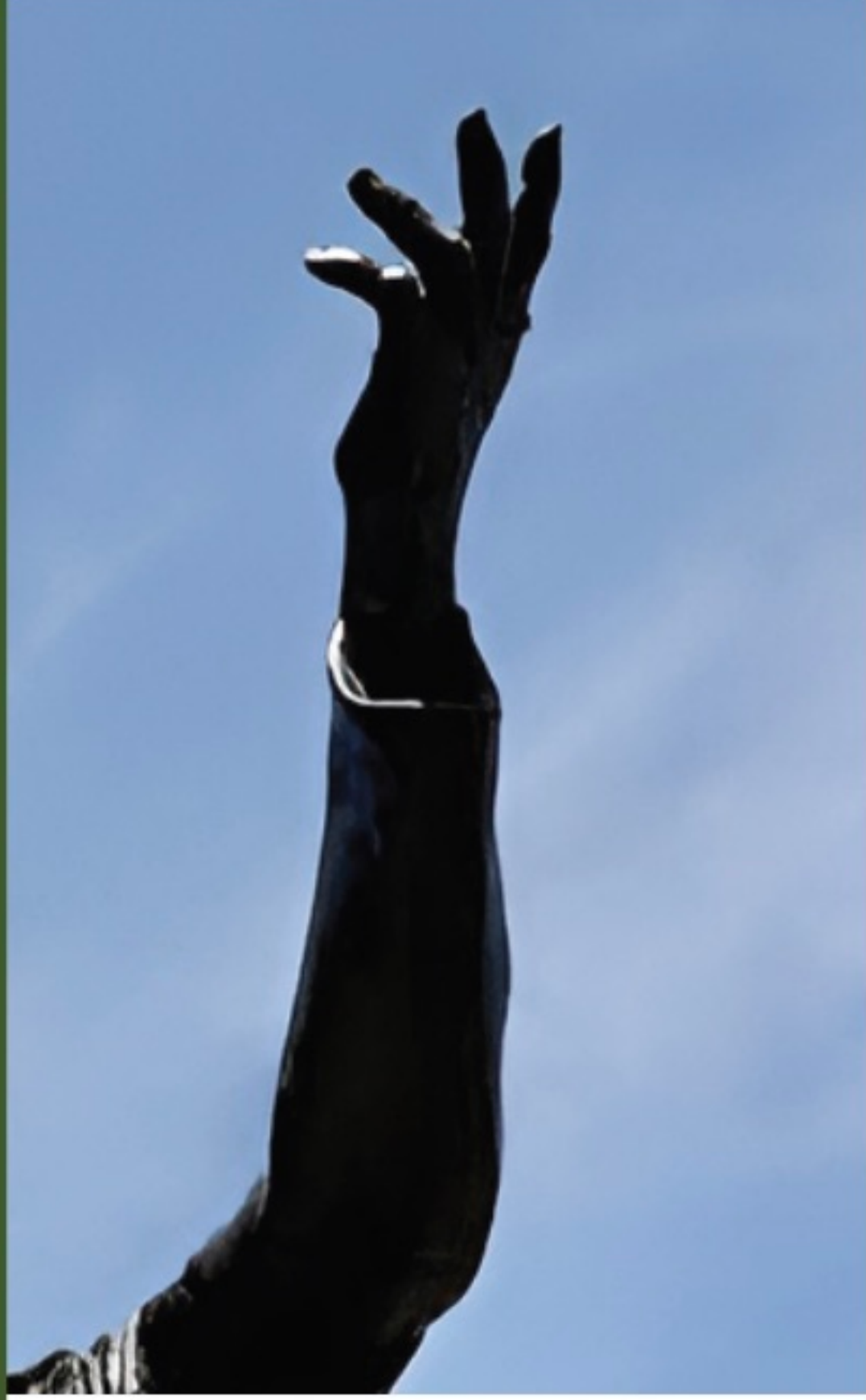


THEMIS: REVISTA DA ESMEC



v. 22, n. 1, janeiro-junho, 2024

ISSN (IMPRESSO) 1808-6470
ISSN (ELETRÔNICO) 2525-5096



THEMIS

REVISTA DA ESMEC

Publicação Oficial da Escola Superior da
Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC



Themis | Fortaleza | V. 22 | N. 1 | jan./jun. 2024

Pede-se que acusem o recebimento deste volume.

Rogamus ut acceptionem nunties.

Se ruego acusar recibo dei presente numero.

Con preghiera di accusare ricevuta dei presente numero.

On prie de vouloir accuser reception de cette revue.

Please acknowledge receipt of this exemplar.

Bitte, den Empfang dieser Zeitschrift zu bescheinigen.

Oni peats konfirmi la ricevon.



Acesse a
versão
eletrônica

THEMIS : Revista da Esmec / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. – v. 1, n. 1, (1997-) –. Fortaleza : Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, 2024.
v. 22, n. 1, 2024.

Semestral.

A partir do v. 15 com periodicidade semestral.

A partir de 2011 passou a ser publicada também em formato eletrônico.

Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/>.

ISSN (versão impressa): 1808-6470

ISSN (versão online): 2525-5096

1. Direito – Periódico. 2. Doutrina. 3. Jurisprudência. I. Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará.

CDDir: 340.04

Ficha Catalográfica Elaborada Por
Jackson Clayton dos Anjos Lima (CRB - 3/1686)

Permuta

Solicita-se permuta/exchange requested/on prie échange/we request exchange/on demande l'échange/wir erbitten Austausch/se solicita canje/si chiede lo scambio/se pide intercambio.

Endereço para permuta

Biblioteca Juiz Roberto Jorge Feitosa de Carvalho

Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70, Água Fria

CEP 60.811-670 - Fortaleza, Ceará, Brasil

Telefone (85) 3108-1696

E-mail: esmec@tjce.jus.br

Site: www.tjce.jus.br/esmec

Correspondência

Diretoria da ESMEC

Editor (a) da THEMIS – Periódico Científico da

Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)

Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70 - Água Fria

CEP 60.811.670 - Fortaleza - Ceará - Brasil

Telefone: (85) 3108-1707

E-mail: revista.themis@tjce.jus.br

Site: revistathemis.tjce.jus.br

Permitida a reprodução desde que citada a fonte.

THEMIS – Periódico Científico da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC) possui tiragem de 50 exemplares.

Distribuída gratuitamente aos autores, avaliadores, editores.

Consulte a versão eletrônica da THEMIS – Periódico Científico da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)

em: <http://revistathemis.tjce.jus.br>

Copyright © THEMIS
Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará

Todos os direitos desta edição reservados à
EDITORA DO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DO CEARA.
A reprodução de qualquer parte desta publicação será permitida desde
que citada a obra. Reproduções para fins comerciais são proibidas.
Disponível também em: <http://www.tjce.jus.br>

Conselho Editorial

Desembargador Mário Parente Teófilo Neto - Presidente
Desembargadora Maria de Fátima de Melo Loureiro
Desembargadora Andréa Mendes Bezerra Delfino
Juiz Francisco Eduardo Fontenele Batista
Juiz Antônio Carlos Pinheiro Klein Filho

Capa, Projeto Gráfico e Diagramação

Hugo Leonardo Guedes Monteiro

Impressão e Produção

Coordenadoria de Apoio Operacional
do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Endereço

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Centro Administrativo Governador Virgílio Távora
Avenida General Afonso Albuquerque de Lima S/N
Cambeba - Fortaleza - CE - CEP: 60.822-325
Fone: (85) 3207.7000

www.tjce.jus.br

E-mail: editoratjce@tjce.jus.br / biblioteca@tjce.jus.br

Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará
Edifício Desembargador Júlio Carlos de Miranda Bezerra
Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70, Água Fria
CEP 60.811-670 - Fortaleza, Ceará, Brasil
Telefone (85) 3218.6188 / 6157
E-mail: esmec@tjce.jus.br
www.tjce.jus.br/esmec

DIREÇÃO

Desembargador Francisco Luciano Lima Rodrigues

COORDENAÇÃO

Juiz Francisco Anastácio Cavalcante Neto

EDITOR-CHEFE

Juiz Marcelo Roseno de Oliveira

EDITOR-ADJUNTO

Flávio José Moreira Gonçalves

ORGANIZAÇÃO E REVISÃO

Flávio José Moreira Gonçalves

NORMALIZAÇÃO

Bibliotecário: Jackson Clayton dos Anjos Lima (CRB - 3/1686)

Biblioteca Juiz Roberto Jorge Feitosa de Carvalho

REVISÕES DE TRADUÇÃO

Eric Renan Tabosa dos Reis

Camila Barbosa dos Santos

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Coutinho Pagliarini, Dr.
(Centro Universitário Internacional Uninter)

Alexandre Freitas Câmara, Dr.
(Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro)

César Oliveira de Barros Leal, Dr.
(Instituto Brasileiro de Direitos Humanos)

Dimas Macedo, Me.
(Universidade Federal do Ceará)

Edilson Baltazar Barreira Júnior, Dr.
(Centro Universitário Fametro)

Fernando Luiz Ximenes Rocha, Me.
(Universidade Federal do Ceará)

Flávio José Moreira Gonçalves, Dr.
(Universidade Federal do Ceará)

Francisco de Assis Filgueira Mendes, Me.
(Universidade Federal do Ceará)

Francisco Luciano Lima Rodrigues, Dr.
(Universidade de Fortaleza)

Fredie Didier Júnior, Dr.
(Universidade Federal da Bahia)

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet, Dra.
(Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)

Hugo de Brito Machado, Dr.
(Universidade Federal do Ceará)

Hugo de Brito Machado Segundo, Dr.
(Universidade Federal do Ceará)

Ingo Wolfgang Sarlet, Dr.
(Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)

Isabelle Maria Campos Vasconcelos Chehab, Dra.
(Escola Superior Associada de Goiânia)

João Paulo Braga Cavalcante, Dr.
(Escola Superior da Magistratura do Ceará)

José Filomeno de Moraes Filho, Dr.
(Universidade de Fortaleza)

José Luiz Quadros de Magalhães, Dr.
(Universidade Federal de Minas Gerais/
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Leonardo Nemer Caldeira Brant, Dr.
(Universidade Federal de Minas Gerais/
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Leonardo Pasquali, Dr.
(Facoltà di Giurisprudenza da Università di Pisa, Itália)

Lenio Luiz Streck, Dr.
(Universidade do Vale do Rio dos Sinos)

Leonel Gois Lima Oliveira, Dr.
(Escola Superior da Magistratura do Ceará)

Luiz Rodrigues Wambier, Dr.
(Instituto de Direito Público)

Marcelo Roseno de Oliveira, Dr.
(Universidade de Fortaleza)

Maria Glaucíria Mota Brasil, Dra.
(Universidade Estadual do Ceará)

Mário Lúcio Quintão Soares, Dr.
(Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Mário Parente Teófilo Neto, Me.
(Universidade de Fortaleza)

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Dr.
(Universidade de Fortaleza)

Mércia Cardoso de Souza, Dra.
(Escola Superior da Magistratura do Ceará)

Monica Teresa Costa Sousa, Dra.
(Universidade Federal do Maranhão)

Tenile Mascolo Gil, Dra.
(Université de Strasbourg, França)

Theresa Rachel Couto Correia, Dra.
(Universidade Federal do Ceará)

Waldimeiry Corrêa da Silva, Dra.
(Universidad de Sevilla, Espanha)

AVALIADORES(AS) CONVIDADOS(AS)

Bruno Cunha Weyne
Carlos Mometti
Carolina Maria Campos de Saboya
Claudio Lóssio
Cristiane Leal de Moraes e Silva Ferraz
Daiana Allessi Nicoletti Alves
Erick de Sarriune Cysne
Guedes Basilio Mechisso
Glauro Terra Coêlho
Lenio Luiz Streck
Maralice Cunha Verciano
Marcelo Leandro Pereira Lopes
Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson
Rogério Borba da Silva
Wiliander França Salomão

LINHA EDITORIAL

A revista publicará artigos selecionados pelo sistema duplo cego, dentro da linha editorial “Justiça, Gestão Pública, Direitos Humanos, Educação e Políticas Públicas”, bem como artigos científicos, resenhas e/ou monografias oriundas de concursos realizados pela ESMEC ou de interesse desta Escola.

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Des. Heráclito Vieira de Sousa Neto

Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Desa. Maria Edna Martins

Corregedor Geral da Justiça do Estado do Ceará

TRIBUNAL PLENO

Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes – Presidente

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha

Desa. Maria Iracema Martins do Vale

Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira

Des. Emanuel Leite Albuquerque

Des. Durval Aires Filho

Des. Francisco Gladyson Pontes

Des. Francisco Bezerra Cavalcante

Des. Inácio de Alencar Cortez Neto

Des. Washington Luis Bezerra de Araújo

Des. Carlos Alberto Mendes Forte

Desa. Maria Iraneide Moura Silva

Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite

Desa. Lisete de Sousa Gadelha

Des. Raimundo Nonato Silva Santos

Des. Paulo Airtton Albuquerque Filho

Desa. Maria Edna Martins

Des. Mário Parente Teófilo Neto

Desa. Tereze Neumann Duarte Chaves

Des. José Tarcílio Souza da Silva

Desa. Maria de Fatima de Melo Loureiro

Desa. Lígia Andrade de Alencar Magalhães

Desa. Lira Ramos de Oliveira

Des. Heráclito Vieira de Sousa Neto
Des. Francisco Carneiro Lima
Des. Francisco Mauro Ferreira Liberato
Desa. Marlúcia de Araújo Bezerra
Des. Henrique Jorge Holanda Silveira
Des. Sérgio Luiz Arruda Parente
Des. Francisco Luciano Lima Rodrigues
Desa. Maria do Livramento Alves Magalhães
Des. José Ricardo Vidal Patrocínio
Desa. Joriza Magalhães Pinheiro
Des. Carlos Augusto Gomes Correia
Des. José Evandro Nogueira Lima Filho
Desa. Maria Ilina Lima de Castro
Desa. Rosilene Ferreira Facundo
Desa. Jane Ruth Maia de Queiroga
Desa. Andréa Mendes Bezerra Delfi no
Desa. Silvia Soares de Sá Nóbrega
Des. André Luiz de Souza Costa
Des. Everardo Lucena Segundo
Desa. Vanja Fontenele Pontes
Des. Francisco Eduardo Torquato Scorsafava
Desa. Ângela Teresa Gondim Carneiro Chaves
Des. Benedito Helder Afonso Ibiapina
Des. Djalma Teixeira Benevides
Des. Francisco Jaime Medeiros Neto
Desa. Cleide Alves de Aguiar
Des. Marcos William Leite de Oliveira
Dra. Maria Regina Oliveira Câmara – Juíza convocada
Dr. Paulo de Tarso Pires Nogueira – Juiz Convocado
Dr. Mantovanni Colares Cavalcante – Juiz Convocado
Dra. Fátima Maria Rosa Mendonça – Juíza Convocada

RELAÇÃO DOS DIRETORES E COORDENADORES DA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ (ESMEC)

Diretor Atual: Desembargador Francisco Luciano Lima Rodrigues

Ex-Diretores

Des. Heráclito Vieira de Sousa Neto (2016-2021)
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte (2015 - 2016)
Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo (2013 – 2014)
Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva (2011-2012)
Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira (2009-2010)
Des. João Byron de Figueiredo Frota (2007 - 2008)
Des. Ademar Mendes Bezerra (2005-2006)
Des. Francisco Hugo Alencar Furtado (2005)
Des. José Cláudio Nogueira Carneiro (2003-2004)
Desa. Gizela Nunes da Costa (2001-2002)
Des. Raimundo Bastos de Oliveira (1999-2000)
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha (1997-1998)
Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque (1995-1996)
Des. José Maria de Melo (1993-1994)
Des. Ernani Barreira Porto (1991-1992)
Des. Julio Carlos de Miranda Bezerra (1987-1990)

Coordenador Atual

Juiz Francisco Anastácio Cavalcante Neto

Ex-Coordenadores

Juiz Alexandre Santos Bezerra Sá (2021-2022)
Juiz Ângelo Bianco Vettorazzi (2017-2021)
Juiz Marcelo Roseno de Oliveira (2016 – 2017)
Juiz César Belmino Barbosa Evangelista Júnior (2016)

Juiz Aluisio Gurgel do Amaral Júnior (2015 - 2016)
Juiz Antonio Carlos Pinheiro Klein Filho (2013 – 2014)
Juiz Emilio de Medeiros Viana (2011-2012)
Juiz Durval Aires Filho (2009-2010)
Juíza Sérgia Maria Mendonça Miranda (2009)
Juiz Washington Luís Bezerra de Araújo (2007-2008)
Juiz Haroldo Correia de Oliveira Máximo (2007)
Juiz Marcelo Roseno de Oliveira (2006-2007)
Juiz Roberto Jorge Feitosa de Carvalho (2005)
Juiz Mantovanni Colares Cavalcante (2003-2004)
Juiz Francisco Luciano Lima Rodrigues (2001-2002)
Juiz Francisco de Assis Filgueira Mendes (1988-2000)

SUMÁRIO

ARTIGOS CIENTÍFICOS

VAQUEJADA, BACKLASH E O PARADOXO POLÍTICO-JURÍDICO DA
PONDERAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA 17

Rômulo Guilherme Leitão

Igor Moura Rodrigues Teixeira

Natallie Alves de Almeida

REFLEXÕES SOBRE A TAXATIVIDADE DO ROL DOS DADOS PESSOAIS
SENSÍVEIS 45

André Luiz Schneider

Priscila Zeni de Sá

PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO,
RESILIÊNCIA E AUTONARRATIVA: NARRATIVAS FEMININAS TÊM
VALOR! 71

Deise Brião Ferraz

Marli Marlene Moraes da Costa

O REGISTRO EXTRAJUDICIAL DE PARENTALIDADE POR CASAIS
HOMOAFETIVOS DIANTE DA REPRODUÇÃO CASEIRA 97

Ana Carla Harmatiuk Matos

Karine Corrêa

O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO E SUA RECEPÇÃO INADEQUADA
NO BRASIL 119

Diego Ferreira dos Santos

Marcelo Schenk Duque

O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA COMO MECANISMO DE CON-
CRETIZAÇÃO DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINO-
AMERICANO: UM ESTUDO ACERCA DA APLICAÇÃO DA RECOMENDAÇÃO
N. 123/2022 PELOS TRIBUNAIS FEDERAIS NO BRASIL 157

Anderson Carlos Bosa

Mônia Clarissa Hennig Leal

O CASO CAMBRIDGE ANALYTICA E A SOCIEDADE DE RISCO 197

Heloísa Daniela Nora

Cinthia Obladen de Almendra Freitas

Helene Sivini Ferreira

O ABUSO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA REFORMA
DO CONAD: O PODER EXECUTIVO A SERVIÇO DA ADMINISTRAÇÃO
MONOLÓGICA 227

Doacir Gonçalves de Quadros

Helio Gustavo Mussoi

JUÍZO 100% DIGITAL: A VISÃO DE JUÍZES E ADVOGADOS SOBRE O
ATENDIMENTO POR CANAIS REMOTOS 253

Jayder Ramos Araújo

ENSINO JURÍDICO NO BRASIL: UMA REFLEXÃO HISTÓRICA E AS ATUAIS
DIRETRIZES CURRICULARES NACIONAIS 281

Beatriz Castro Rosa

Denise Almeida de Andrade

VAQUEJADA, BACKLASH E O PARADOXO POLÍTICO-JURÍDICO DA PONDERAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA

VAQUEJADA, BACKLASH AND THE POLITICAL-LEGAL PARADOX OF PRINCIPIOLOGICAL WEIGHT

Rômulo Guilherme Leitão

Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, com doutorado-sanduiche na Boston University, Massachusetts (EUA) e Pós-Doutorado em Ciência Política pela Boston University, Massachusetts (EUA). Atualmente é professor e coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. Procurador do Município de Fortaleza. E-mail: romuloleitao@unifor.br

Igor Moura Rodrigues Teixeira

Doutorando e Mestre em Direito da Universidade Federal do Ceará. Pós-Graduado em Direito Constitucional. Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza. Advogado. Professor universitário. E-mail: igormoura.r@gmail.com

Natallie Alves de Almeida

Mestra pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Público e Teoria Política da Universidade de Fortaleza. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Administração Pública e Tributação no Brasil - GEPDAT (CNPq/UNIFOR). Especialista em Direito Tributário com capacitação para Ensino no Magistério Superior. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza. Professora universitária. E-mail: almeidanatallie@gmail.com

Resumo

A vaquejada carrega consigo base cultural forte, contrapondo-se à obrigação estatal de proibição às práticas que submetam os animais à crueldade. Objetivou-se um perpasso sobre os institutos da vaquejada e do efeito *backlash*, em face da legislação atinente e possibilidade de ocorrência deste. Abordou-se, criticamente, o exercício do poder judicante quando da condução processual da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.983, ausente de legitimação social, acarretando no efeito retromencionado. Por fim, teceram-se considerações à ponderação principiológica realizada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro na colisão principiológica atinente ao caso que trata sobre direitos fundamentais coletivos utilizando-se preponderantemente a Teoria do Sopesamento de Robert Alexy. O trabalho pautou-se na metodologia por meio de um procedimento descritivo e exploratório, pela pesquisa qualitativa e análise investigativa teórica de fontes de pesquisa históricas e jurídicas, com amparo no arcabouço normativo, documental, bibliográfico e jurisprudencial. Justificou-se a temática em face à repercussão jurídica do julgamento em controle concentrado exarado, ensejando o efeito *backlash* na legislação atinente à vaquejada. O desempenho da competência constitucional do STF, dissociado de amparo social, impactou na edição da Emenda Constitucional n.º 96, eivada de inconstitucionalidade material, tratando-se de dissenso o qual já exige e continuará a exigir da comunidade jurídica importantes reflexões.

Palavras-chave: *Backlash*. Vaquejada. Ponderação principiológica.

Abstract

The vaquejada has a strong cultural base, opposing the state prohibition of practices that subject animals to cruelty. The article seeks to legally analyze the practice of vaquejada and the backlash effect, in view of the relevant legislation and the possibility of its occurrence. The exercise of judiciary power was critically approached when the procedural conduction of Direct Action of Unconstitutionality No. 4,983, absent from social legitimation, resulting in the effect backlash. The present

study also makes considerations to the principiological weighting carried out by the Brazilian Federal Supreme Court (STF) in the collision between collective fundamental rights using Robert Alexy's theory, known as sopesamento or balancing of principles. The study was based on the methodology through a descriptive and exploratory procedure, through qualitative research and theoretical investigative analysis of historical and legal research sources, supported by the normative, documentary, bibliographic and jurisprudential framework. The thematic was justified in view of the legal repercussion of the judgment in concentrated control, giving rise to the backlash effect in the legislation that deals with vaquejada. The performance of the constitutional jurisdiction of the Supreme Court (STF), without social protection, had an impacted on the edition of Constitutional Amendment No. 96, which has material unconstitutionality, which is a dissent which already requires and will continue the important legal reflections on the legal community.
Keywords: Backlash. Vaquejada. Principle weight.

1 INTRODUÇÃO

A saga de um vaqueiro, seja quando do exercício do seu ofício, seja quando romanceada e até quando musicada, notadamente se relaciona a uma vida que carrega consigo perdas e glórias. A vaquejada carrega consigo base cultural forte, a qual é constitucionalmente tutelada. O meio ambiente, incluindo-se neste a fauna, requer do poder estatal proibição quanto às práticas que submetam os animais a crueldade. Trata-se de querela delicada, a qual se propôs discutir em âmbito de controle concentrado de constitucionalidade frente ao Supremo Tribunal Federal (STF).

Objetiva-se, inicialmente, realizar um perpasso sobre os institutos da vaquejada e do efeito *backlash*, por meio de embasamento constitucional e infraconstitucional que circundam a matéria e a possibilidade de ocorrência. Tratar-se-á da evolução legislativa cuja temática da vaquejada será o objeto central, atendo-se à declaração de inconstitucionalidade da Lei Cearense n.º 15.299

por meio da Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 4.983 julgada pelo STF em 06 de outubro de 2016 que proibirá a prática da vaquejada. Atentar-se-á à edição da Emenda Constitucional n.º 96 em 06 de junho de 2017 a qual versará sobre a temática na contramão do julgamento proferido pela Suprema Corte.

Abordar-se-á, em seguida, acerca da função político-jurídica desempenhada pelo STF em âmbito das ações do controle concentrado de constitucionalidade. Considerar-se-á que, por previsão constitucional, a Suprema Corte é detentora da possibilidade em se exercer o poder contramajoritário no Estado brasileiro e a sua atuação obrigatória no que atine ao respeito ao devido processo legal, incluso no que se dispõe à participação da sociedade por meio de instrumentalizações processuais atinentes. Pretende-se verificar esta conjectura, em específico, quando do julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade acima mencionada. A ausência da participação social como instrumento legitimador da decisão judicial será questionada e proposta como objeto de crítica em face da concretização do efeito *backlash* verificado no ordenamento jurídico brasileiro.

Propõe-se, por fim, tecer considerações no que toca à ponderação principiológica realizada pelo STF na colisão vislumbrada dentre dois princípios que tratam sobre direitos fundamentais coletivos, quando do julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 4.983. Buscar-se-á, com base na teoria de Robert Alexy ponderar o direito fundamental à coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito fundamental ao pleno exercício dos direitos culturais, considerando a decisão proferida pela Suprema Corte, acarretando críticas à edição da Emenda Constitucional n.º 96, discutindo-se acerca da sua possível inconstitucionalidade material.

A realização do trabalho utilizará da metodologia por meio de um procedimento descritivo e exploratório, norteado, essencialmente, pela pesquisa qualitativa, composta pela análise investigativa teórica de fontes de pesquisa históricas e jurídicas com amparo no arcabouço normativo, documental, bibliográfico e jurisprudencial. Evidencia-se a relevância da temática, justificando a pesquisa em comento, em face da repercussão jurídica concretizada por meio

do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.983 de 17 de junho de 2013 associada à atuação político-jurídica do STF de ponderação principiológica, a qual ensejará o efeito *backlash* na legislação atinente à vaquejada.

O desempenho da competência constitucional da Suprema Corte, dissociada de amparo social, impactará na edição da Emenda Constitucional n.º 96, alvo de severas críticas e objeto de outras 2 (duas) ações do controle concentrado as quais impõem sua inconstitucionalidade material, tratando-se de dissenso o qual já exige e continuará a da comunidade jurídica importantes reflexões. Tratar-se-á de problemática que exige zelo extremo por envolver situação delicada e que, independente do argumento que prevaleça, reverberará em face de número significativo de pessoas e comunidades, atingindo interesses coletivos, quais sejam, a cultura e o meio ambiente, o que acaba, por fim, atingindo a todos em níveis de individualidade.

2 VAQUEJADA E O EFEITO *BACKLASH*

A vaquejada, considerada como prática desportiva e expressão do patrimônio cultural imaterial brasileiro, em especial nordestino, consiste em um evento competitivo no qual o animal bovino é perseguido, com intuito de dominá-lo ao puxá-lo pela cauda, por uma dupla de vaqueiros montados a cavalo, configurando-se “uma tradicional prática ocorrida na região Nordeste do Brasil [...] Em tal espécie de jogo dois vaqueiros montados ocupam uma pista e, em parelha, fazem ‘correr os bois’ até certa área dentro de faixas paralelas caiadas, local onde tentam abater o boi” (MELO, 2018, p. 234).

Referida prática possui suas raízes em uma necessidade antiga, tratando-se de técnica para reagrupar o gado que resistisse em acompanhar o rebanho (MELO, 2018, p. 234). Cabia aos fazendeiros a reunião do gado, o que com o transcurso temporal transformou-se em espetáculo desportivo movimentando a economia, gerando renda, empregabilidade e desenvolvimento do turismo local, considerando-se, ainda, que cidades menores veem sua subsistência diretamente atrelada à prática mencioanda (MELO, 2018, p. 235).

Em que pese os critérios cultural, econômico e profissional que envolvem a prática da vaquejada, “a Constituição de 1988 (CF/88), no artigo 225, inciso VII, elevou a proibição das práticas que submetam os animais à crueldade à categoria de norma constitucional, o que lhe conferiu eficácia jurídica e aplicabilidade imediata, no mínimo para invalidar leis que lhe sejam contrárias” (GUERRA, 2018, p. 322). Tais informações são essenciais à complexidade jurídica que passa a se consolidar. Necessário se faz analisar cronologicamente edições legislativas que permeiam a presente temática. A Lei n.º 15.299 de 08 de janeiro de 2013, proveniente do Estado do Ceará, a qual regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 06 de outubro de 2016 por meio da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.983 de 17 de junho de 2013, em votação equilibrada, a dizer 6 votos a 5 votos.

Frise-se que interposto agravo regimental diante da decisão acima mencionada, o mesmo não foi provido, em 16 de dezembro de 2016. Opostos embargos de declaração em 12 de maio de 2017, os mesmos não foram conhecidos. Opostos novos embargos de declaração, os mesmos não foram, novamente, conhecidos, findando-se com o trânsito em julgado da ADI n.º 4.983 em 06 de dezembro de 2021 perante o STF. Ocorre que, em 1º de novembro de 2016, apenas alguns dias após a declaração de inconstitucionalidade da Lei Cearense pelo STF, a Comissão de Educação, Cultura e Esporte do Senado aprovou Projeto de Lei da Câmara (PLC) n.º 24 de 18 de maio de 2016 o qual elevou o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial, originando assim a Lei Federal n.º 13.364 de 29 de novembro de 2016. Tratou-se de reação política exarada pelo Poder Legislativo ao entendimento versado pela Suprema Corte.

Posteriormente, o Congresso Nacional aprovou em 06 de junho de 2017 a Emenda Constitucional n.º 96 para fins de acrescentar o parágrafo 7º ao artigo 225 da CF/88, determinando que as práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica, permitindo,

assim, a ocorrência das vaquejadas. Constatou-se clara tentativa de se superar a jurisprudência do STF por meio de poder político. Frise-se que tal articulação legislativa gerou reação imediata, concretizando-se no trâmite de 2 (duas) Ações Diretas de Inconstitucionalidade frente à Suprema Corte alegando inconstitucionalidade da referida Emenda Constitucional n.º 96. A primeira, a ADI n.º 5.728, encontra-se sob relatoria do Ministro Dias Toffoli. A segunda, a ADI n.º 5.772, encontra-se sob relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.

Discutem-se em ambas as ações a inconstitucionalidade da alteração constitucional por meio da Emenda supramencionada, assim como edição de legislação infraconstitucional, instante em que referido arcabouço normativo estaria em colisão com normas constitucionais de proteção ao ambiente, especificamente, com as do artigo 225, parágrafo 1º, que impõe ao Poder Público a proteção da fauna e da flora e veda práticas que submetam animais a crueldade, dentre outros argumentos.

Na ADI n.º 5.728, a Procuradoria-Geral da República, em 03 de maio de 2018, emitiu parecer no sentido de que referida ação fosse julgada procedente, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade da EC n.º 96. Ainda quando na análise do trâmite processual sob tela, verificou-se o deferimento do pleito de ingresso de interessados na figura de *amicus curie* no controle de constitucionalidade sob análise, em 18 de maio de 2021, associado ao indeferimento de outros, o que ensejou agravo regimental, o qual não foi conhecido, mantendo-se o indeferimento.

Por sua vez, na ADI n.º 5.772 houve manifestação da Procuradoria-Geral da República, em 10 de setembro de 2019, no sentido do julgamento procedente da referida ação para fins de que seja declarada a inconstitucionalidade da EC n.º 96/2017, bem como das expressões “vaquejada”, constante dos artigos 1º, 2º e 3º da Lei n.º 13.364/2016 e “as vaquejadas”, presente no art. 1º, parágrafo único, da Lei n.º 10.220/2001, requerendo, por fim, o julgamento conjunto à ADI n.º 5.728, face a identidade parcial do objeto existente entre ambas as ações.

Considerada a evolução cronológica imperativa na presente discussão, tem-se que o efeito *backlash* caracteriza-se por reação política contrária a uma linha ideológica adotada pelo Poder Judiciário, protagonismo judicial ou ordem judicial específica. Trata-se de conjectura semântica atual direcionada à “esfera pública para designar a reação negativa e violenta a condutas, omissões ou decisões, sobretudo de autoridades públicas, mas que pode ser aplicado a pessoas privadas também” (CHUEIRI; MACEDO, 2018, p. 126).

Um fenômeno de via recíproca é identificado: pode-se ocorrer frente a um Poder Legislativo mais “progressista” e um Poder Judiciário mais “conservador”. De outra monta, em efeito contrário, uma jurisdição mais “progressista” associada a uma legislação mais “conservadora”. Não se trata de fácil correlação, justificando-se aqui as aspas impostas às terminologias. Vem a se tratar desses termos no presente escrito de forma simplória apenas para fins de discussão do efeito que está ora sob análise. O que se pretende é aperfeiçoar a ideia de que nem sempre é do Poder Judiciário que provém o ideário liberal, por vezes a postura mais liberal pode advir do Poder Legislativo.

Tais poderes precisam dialogar. Isso não lhes impõe o dever de concordância, mas o equilíbrio de forças transmuta-se na possibilidade de consensos, inclusive. De outra monta, tais poderes necessitam estabelecer diálogos com a sociedade, razão maior de existirem. Por não se exigir concordância, resta a possibilidade de diálogo, instante em que toda a sociedade ganha, visto que nenhum dos poderes fica alheio à sociedade. Cabe ao STF “ouvir a população através de plebiscito, realizar audiências públicas, estabelecer um diálogo com o Legislativo, [...] medidas que podem incrementar a participação social e beneficiar o jogo democrático” (ZAGURSKI, 2017, p. 105). A sociedade tende a ganhar.

O *backlash*, segundo Zagurski (2017, p. 89), “ou, numa tradução livre, rejeição das decisões judiciais, foi inicialmente estudado no direito constitucional americano, tendo como origem o caso *Roe versus Wade*, julgado em 1973, onde se discutiu a legalização do aborto”. A Suprema Corte, no referido caso,

decidiu pela descriminalização do aborto, sob o argumento de que se tratava de um direito conferido às mulheres com fundamento na Emenda n.º 14 da Constituição norte-americana (ZAGURSKI, 2017, p. 94). Referido julgamento é, ainda, estudado como parâmetro em face de casos nos quais gerem polêmicas e contradições, situações em que se busquem confrontar teorias e explicitar possibilidades nas quais o Poder Judiciário tenha que se portar e que produzam grandes repercussões sociais e morais.

Trata-se de situação em que existe decisão judicial sob determinada linha ideológica e, em contrapartida, há reação política a essa determinada linha ideológica. Isso gera ascensão política do grupo contrário ao conteúdo exarado por força da atuação judicial, fazendo com que haja aprovação de medidas políticas que tornam a situação jurídica e social mais delicada. Há, portanto, uma decisão judicial, uma reação política e um retrocesso à reação judicial: essa é a lógica do *backlash* e que pôde ser verificada no caso envolvendo a vaquejada. Reconheça-se de pronto, que tal efeito não se pauta por seu aspecto negativo, apenas. É imperativo reconhecer desdobramentos benéficos para fins, a dizer, necessidade de organização e efetivamente participação da sociedade nos processos decisórios, fortalecendo-se a democracia e a Constituição (ZAGURSKI, 2017, p. 104).

Houve exercício legítimo do Poder Constituinte Derivado Reformador ao promulgar a Emenda Constitucional n.º 96, ainda que se possa considerar os fins tendenciosos nos quais se embasou e averiguar a sua constitucionalidade, sob seu aspecto formal e material. O exercício legislativo contra o entendimento exarado judicialmente quando da decisão em ADI n.º 4.983/13 não possui retranscas, não havendo necessidade de respeitá-lo, ainda que se queira considerá-lo manobra desvirtuada de boa-fé. Há real necessidade de consideração às normas constitucionais, as quais devem ser efetivamente resguardadas em seu núcleo essencial, não se verificando materialmente quando da edição da Emenda Constitucional mencionada.

3 FUNÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM ÂMBITO DAS AÇÕES DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

A atuação do STF é também política. Ainda que haja discussão sobre o ativismo judicial e a judicialização da política, necessariamente, já que o STF ocupa a posição de guardião da CF/88, ela atua politicamente, em maior ou em menor grau. Isso é demonstrado mais especificamente no controle concentrado de constitucionalidade, porque nesse tipo de processo objetivo a Suprema Corte estará desconstruindo a atuação legislativa do Estado brasileiro. É dizer: o Poder Legislativo produz a lei em decorrência do processo político para o qual os representantes foram legitimamente eleitos; e, o STF, por meio de um poder contramajoritário instituído constitucionalmente, desconstrói aquela decisão política que venha a malferir o bloco de constitucionalidade brasileiro utilizado como parâmetro.

A Suprema Corte brasileira, por previsão constitucional, coloca-se como poder contramajoritário, sendo-lhe obrigatório o respeito ao devido processo legal, inclusive no que se dispõe à participação da sociedade por meio de instrumentalizações como o *amicus curiae* e ocorrência de audiências públicas. Isso atrairia a simpatia social, frente a qualquer possível ardil congressual em promulgação de Emenda Constitucional que contradiga a decisão judicial, em que há “o desejo de um povo livre para influenciar o conteúdo de sua Constituição, é onde a integridade do Estado de direito colide com a necessidade de legitimidade da nossa ordem constitucional democrática” (ZAGURSKI, 2017, p. 95).

O STF, portanto, atua também por meio desse poder político-jurídico. Há, ainda, uma limitação político-jurídica enfrentada pelo Poder Legislativo, o qual não atua apenas sob o viés político. O Poder Legislativo encontra limites e regramentos estabelecidos na CF/88 a serem seguidos, isso porque o Direito disciplina atuação política do Estado. A atuação política não é totalmente livre

ou descompromissada com o amparo jurídico, visto que aquela será restrita aos parâmetros estabelecidos pela norma constitucional. É interessante que não se olvide quanto à natureza da Constituição: trata-se de documento político-jurídico que visa garantir a legitimidade não somente no aspecto meramente formal ou em decorrência da norma jurídica, mas também sob o aspecto material diante de um conteúdo político acerca da temática discutida.

Em decisão interlocutória, o Ministro Marco Aurélio nos autos da ADI n.º 4.983/13 admite, após solicitação, a participação por meio de manifestações da Associação Brasileira de Vaquejada (ABVAQ) para que esta atuasse como *amicus curiae*. No mesmo processo, foi indeferido pleito do Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal (FNPDA) para fins de que este atuasse como assistente processual. A partir deste instante o que se verifica durante o trâmite processual é a busca por fala em um processo que beira ao autoritarismo.

Em que pesem os argumentos trazidos pelo relator para a negativa produzida, a essencialidade do processo não fora atingida. O debate com a sociedade acerca do tema, confluência de ideias e a concretização dos papéis de fala da sociedade, essência e objetivos, tão caros às ações concentradas frente a um tema tão delicado e desta magnitude, não foram efetivados, visto que “o procedimento de tomada de decisão e ela mesma devem ser dotados de legitimidade e autoridade, manejo este complexo, mas necessário para uma devida justificação dos regimes políticos” (CHUEIRI; MACEDO, 2018, p. 146).

Embargos de Declaração foram opostos pelo FNPDA, na tentativa de se oportunizar a contribuição temática, contudo não foram providos. Posteriormente à negativa, deu-se a interposição de Agravo Regimental o qual não fora analisado em sua essência pelo colegiado da Suprema Corte. Ao reunir-se em plenário, em 06 de Outubro de 2016, o STF analisou o mérito constante na ADI n.º 4.983/13 acerca da constitucionalidade da referida Lei Cearense que tratava sobre a vaquejada, qual seja, Lei n.º 15.299/13, declarando-a inconstitucional, pautando-se no “posicionamento que busca estar em sintonia com um novo paradigma de Direito Ambiental e evidencia a necessidade de uma nova relação dos seres humanos com a natureza” (BÖLTER; DERANI, 2018, p. 236).

Em que pese considerar-se acertada a decisão no mérito proferido pela Suprema Corte, o trâmite processual merece severa crítica quanto à ausência de participação popular na sua tomada, prevendo-se, inclusive, a possibilidade de ocorrência do efeito *backlash*, o que veio a se concretizar. Crítica maior deve recair sobre a falsa perspectiva de que ao deferir-se a participação de *amicus curie* esta decisão tenha se tornado efetiva. Na contramão deste entendimento: tratou-se de mera perspectiva formal e que materialmente não logrou quaisquer efeitos práticos positivos e esperados do instituto processual. Tratou-se de mera fábula processual, falsa expectativa gerada à ABVAQ, que obteve sucesso formal no seu pleito frente à Suprema Corte, mas fora tolhida na tentativa de contribuir efetivamente com a decisão.

Acrescente-se a isto a impossibilidade do FNPDA em contribuir por meio cooperativo ao processo. Verificou-se desgaste processual desnecessário na busca em se atingir a autorização para participação no que atine ao mérito processual, não se obtendo êxito e tampouco tendo seu pleito convolado em requerimento para manifestar-se como *amicus curie*. Constatou-se total desrespeito às vertentes tão festejadas em face à legislação processual civil, no que toca ao princípio da instrumentalidade das formas, o que geraria, quando da aplicação no caso, celeridade e eficiência processual. Na contramão: priorizou-se um processo estático, rígido e que veio a priorizar uma sentença de mérito sem devida atenção aos envolvidos.

O efeito *backlash* era, portanto, previsível. Isso porque o diálogo constitucional que se aguardava em face da temática não foi realizado, ou, pouquíssimo realizado e tratava-se da essência da discussão, em especial, quando se refere à controvérsia em torno de direitos fundamentais. Desconsideraram que para que se evitasse esse tipo de reação era necessário estimular mecanismos que favorecerem o diálogo “entre os Poderes de Estado, e destes com a sociedade [...]”. A reação, embora ruim para os direitos, é salutar para a sociedade, na medida em que pressupõe cidadãos ativos e responsáveis, em um movimento social que vai fortalecer a democracia e a própria Constituição” (ZAGURSKI, 2017, p. 96).

Não houve instrumentalização do diálogo social no deslinde processual. Decidiu-se sobre o tema sem convocação da sociedade a participar desse julgamento, situação que poderia legalmente ser oportunizada e “as reações às decisões não só deslocam do Poder Judiciário a palavra final, mas desencadeiam eventos políticos, sociais e culturais” (CHUEIRI; MACEDO, 2018, p. 147). Não se buscou atrair a atenção da população para a situação que estava sob análise e discussão, assim como para as possíveis repercussões que tal temática poderiam acarretar e reverberar em parcela significativa de interessados.

Compreende-se que as democracias necessitam de um diálogo constitucional constate, instante em que “o governo, o congresso e os tribunais têm a responsabilidade de fazer cumprir o texto constitucional, interagindo com outros ramos do poder público (ZAGURSKI, 2017, p. 89). O STF acaba por agir utilizando-se do poder contramajoritário, acertando ao declarar a inconstitucionalidade da legislação cearense, em que pese largo pensamento em sentido contrário, mas comete deslize ao não convocar a sociedade ao debate, para fins de legitimação da decisão jurídica, possibilitando prolação de acórdão com legitimação político-jurídica.

Tal omissão judicial finda por ensejar o efeito *backlash*. Referido resguardo não eliminariam definitivamente os riscos do referido efeito tornar-se real, mas tais riscos seriam mitigados de forma considerável, já que ao se atrair a sociedade e sua atenção para fins de legitimação da decisão jurídica, evitariam, em certa medida, os riscos à concretização do efeito *backlash*, considerando que o Poder Legislativo não está vinculado a tal decisão judicial.

Associado ao arrefecimento dos riscos existentes, outro fator de impacto é verificado em caso de maior participação da sociedade na construção da decisão a ser proferida, qual seja, a existência dos reais interesses congressuais na edição de Emenda Constitucional, no caso em análise, que venha a contrariar uma decisão amplamente discutida com a sociedade, o que não se verificou na situação concreta. O STF, na possibilidade de ter-se utilizado adequadamente do instrumento do *amicus curiae* teria assegurado legitimidade política à sua decisão

jurídica e, conseqüentemente, às decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, em face da desconstrução pelo Poder Judiciário de um ato editado pelo Poder Legislativo.

Os legitimados à propositura das ações do controle concentrado são aqueles que detêm legitimidade política representativa ou institucional, conferidas pela CF/88. Exemplos desta legitimidade institucional podem ser verificados na previsão constitucional que confere legitimidade ativa à propositura de ações do controle concentrado ao Procurador Geral da República, o qual não possui legitimidade política em si, já que não fora eleito pela sociedade, mas representa a sociedade como um todo, em face do cargo que ocupa, não se tratando de uma representação política, mas de uma representação institucional. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) é galgada à legitimada ativa no processo objetivo constitucional em face da sua representação não apenas da classe de advogados, mas da sociedade amplamente considerada, legitimidades essas conferidas pela Constituição em face do aspecto institucional.

Os demais legitimados possuem natureza representativa, participantes do processo legislativo. A mesa da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, a qual participou do processo legislativo para elaboração da norma que regulamentou a vaquejada no Estado do Ceará, é também legitimada para propor a ADI em face da mesma lei, em outro momento. Há, portanto, representatividade política para tanto, o que volta a acontecer quando se refere ao Presidente da República, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa do Senado Federal, Mesa da Assembleia Legislativa do Estado ou Distrito Federal, Governador do Estado, partido político com representação no Congresso Nacional, Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, tanto as patronais como as laborais, de acordo com o artigo 103 da CF/88, todos representativos de dada coletividade.

Trata-se de idêntico fundamento à necessária representação política no âmbito das ações do controle concentrado, perfazendo-se a essencialidade para que o instituto do *amicus curiae* fosse instituído como instrumento de abertura do Tribunal ao se proferir uma decisão política-jurídica. Constitui-se razão,

portanto, para que o tal instrumento viesse a ser absorvido pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, tratando-se de uma forma de se garantir legitimidade às decisões políticas e combater este encastelamento que se estabelece institucionalmente e historicamente no âmbito do STF.

Necessário compreender que considerando o aspecto democrático no qual a sociedade brasileira encontra-se inserida, verifica-se que o STF, ao ausentar-se de discussão em conjunto com a coletividade, não tornou o “debate mais ampliado com a comunidade envolvida, seja nos meios institucionais pela via das audiências públicas, seja nos meios socialmente organizados [...], como também nas comunidades em que tal prática ocorre” (CHUEIRI; MACEDO, 2018, p. 144), objeto da presente crítica. Verifica-se necessidade de participação da comunidade no processo da tomada de decisão, o que reflete no grau de democratização de uma sociedade, de acordo como expõe Aguillar Cavallo (2019, p. 49).

O *amicus curiae* garante essa amplitude institucional para que o STF possa ouvir os anseios, opiniões e perspectivas das entidades, com caráter apenas consultivo e não vinculativo, quando comprovados os requisitos para sua admissibilidade. Permite-se, assim, a representatividade política da decisão judicial, necessária no âmbito do debate político, visto que o STF não está excluído do mesmo. Extrai-se que no âmbito do controle concentrado há atuação política do guardião constitucional. Contudo, tal interpretação não é monopólio, podendo (devendo) ser compartilhada (CHUEIRI; MACEDO, 2018, p. 147). Trata-se de questão política subjacente à produção da decisão jurídica, objeto do controle concentrado.

Ao STF, enquanto guardião da Constituição, cabe a proteção deste documento político-jurídico, não se tratando apenas de um tribunal jurídico, atraindo características de Tribunal político. Enquanto Tribunal político cabe à Suprema Corte garantir a legitimidade política das suas decisões, em especial quando atua na seara política-jurídica, a exemplo da atuação no âmbito de ações do controle concentrado de constitucionalidade com apoio social, quando este for indispensável.

4 COLISÃO E PONDERAÇÃO DE VALORES CONSTITUCIONAIS COLETIVOS: AMBIENTE E CULTURA EM CONFRONTO

Cada sociedade encontra-se em certo grau de desenvolvimento. Quando um órgão do Poder Judiciário, no caso a Suprema Corte, manifesta-se em posição “vanguardista” ou “liberal” na tentativa de ditar valores na contramão daqueles que se buscam estabelecer, gera-se efeito de resistência. Apreende-se de forma mais comum a situação apresentada frente a situações ditas mais “conservadoras” em que o Poder Judiciário propõe soluções e visões ditas mais “progressistas” ou “liberais”. Em oposição à referida manifestação do Poder Judiciário verificam-se ações “conservadoras” manifestadas por meio do Poder Legislativo.

A sociedade brasileira ainda é permissiva e coaduna com a prática da vaquejada, situação constatada em face do quantitativo de votos a favor da referida prática desportiva quando do julgamento da ADI n.º 4.983 de 17 de junho de 2013, no qual houve posicionamento favorável à permanência da vaquejada em um total de 5 votos. Poder-se-ia configurar uma transição no pensamento que envolve a discussão, o que vem a ocorrer paulatina e lentamente.

Trata-se de situação jurídica que divide opiniões e encontra resistência na sociedade brasileira, ora a favor, ora contra a prática da vaquejada. O meio ambiente, tema pelo qual a prática esportiva perpassa, direciona-se “a ser devidamente reconhecido a partir do momento em que a degradação ambiental atingiu índices alarmantes e verificou-se que a conservação de um ambiente sadio está intimamente ligada à preservação da própria espécie humana” (GUERRA, 2018, p. 301). Existe incipiente cortejo social para que se considerem as justificativas à proibição, o que de nenhuma forma pode ocorrer sob o aspecto autoritário ou impositivo, em face do real conflito existente entre as normas que fundamentam querela jurídica. Contudo, não se verificou o zelo necessário quando do julgamento da supracitada ADI.

A decisão do Supremo pela inconstitucionalidade da Lei Cearense firmou-se em argumentos em defesa dos animais que participam do evento desportivo. Inicialmente, tratar-se-ia de prática a configurar maus tratos aquela a se perseguir um animal quando o mesmo se encontra em movimento de alta velocidade. O bovino pode sofrer severas violências físicas e mentais, a exemplo de fraturas nas patas, ruptura de ligamentos, traumatismos e deslocamentos da articulação da cauda ou até seu rompimento, associado aos maus tratos também sofridos pelos cavalos utilizados nessa atividade (GRUBBA; CADORE, 2017, p. 210-211).

Outro argumento trazido versa acerca da situação em que o STF, ao ponderar sobre duas normas de direitos fundamentais coletivos previstas na CF/88, interpretou de forma mais favorável a defesa do meio ambiente. Seguido deste, a própria Suprema Corte já se posicionara de forma semelhante em casos análogos, tais como as situações que envolviam a briga entre galos e a denominada “farra do boi”. Nas referidas situações a Suprema Corte decidiu pelo afastamento das práticas, considerando-as prejudiciais aos animais, ainda que se vislumbrasse o contexto cultural, o qual indubitavelmente envolve a situação e não se pretende desconsiderar quando da análise. Trata-se, contudo, de característica que não desmerece a situação fática de maus tratos intrinsecamente relacionados.

A decisão prolatada pelo STF na análise da prática da vaquejada não foi unânime, caracterizando-se controversa, em certa medida, em especial pela ausência de participação social na discussão. A Suprema Corte furtou-se de oportunizar à sociedade um debate mais amplo por meio de instrumentos, a exemplo do *amicus curiae* e da realização de audiências públicas acerca da matéria. Chueiri e Macedo (2018, p. 147) verificam, portanto, existir um “movimento regressivo da teoria e da prática constitucional. Por regressivo refere-se às restrições de direitos e suas garantias, ao arbítrio institucional de governantes, parlamentares e juízes cujas decisões se divorciaram do compromisso com a Constituição”.

Alguns argumentos considerados na tentativa de se defender a prática da vaquejada sustentaram que a mesma possui técnicas e regras bem definidas as quais impõem sanções aos possíveis maus tratos sobre animais, inclusive com a

eliminação do participante, tratando-se de previsão legal constante no normativo cearense. É compreensível que em determinado momento histórico e jurídico a prática da vaquejada fosse recepcionada sem grandes questionamentos. Por compreender, contudo, a maleabilidade social, assim como jurídica, é necessário que se vislumbre constante e real adequação social às novas aplicabilidades das normas constitucionais, sob um parâmetro de maior defesa do meio ambiente.

Frente à nova perspectiva de aplicabilidade constitucional há necessária coexistência de valores e princípios, pautada por ponderação e proporcionalidade, instante em que a Constituição “para no renunciar a sus cometidos de unidad e integraci3n y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con car3ter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 14).

Argumentou-se, ainda, a ausência de provas suficientes que comprovem a prática de maus tratos aos animais ou de tortura em relação a eles. Arelados a este, existem fundamentos de ordem cultural, amparados pelo artigo 215 da CF/88; e, econômico, em face aos empregos gerados, turismo propagado e de relevo significativo à economia local. Definir o que seria considerado cultura para parcela da sociedade não se trata de tarefa confortável, de outra monta: é inquietante, é desbravador. Considere-se a força em tê-lo de ponderar em face de outro direito constitucionalmente assegurado. Para Aldo Vannucchi (2002, p. 23) “cultura é tudo aquilo que não é natureza. Por sua vez, toda ação humana na natureza e com a natureza é cultura. [...] Em resumo: tudo o que é produzido pelo ser humano é cultura”. Cunha Filho (2000, p. 28) concebe cultura “como a produção humana vinculada ao ideal de aprimoramento, visando à dignidade da espécie como um todo, e de cada um dos indivíduos”.

Miguel Reale (2002, p. 23-31) trata acerca da temática em razão da inter-relação entre natureza e o poder humano em transformá-la, o que seria, ainda, ação correlacionada entre realidades naturais e culturais a serem transmitidas. Tratar-se-ia “do conjunto de tudo aquilo que, nos planos material e espiritual,

o homem constrói sobre a base da natureza, quer para modificá-la, quer para modificar-se a si mesmo” (REALE, 2002, p. 25-26), ultrapassando concepções de matéria, atingindo ímpetos de memória. Necessário compreender e registrar a “importância da Constituição Federal de 1988, a ‘Constituição Cidadã’, no processo de valorização do patrimônio cultural imaterial (MELO, 2018, p. 231)”, diretamente ligado ao exercício da vaquejada. Há apreço constitucional às práticas culturais e à manutenção desta, o que se vislumbra em face do imperativo previsto na CF/88.

Diversas razões fazem com que a prática da vaquejada encontre-se envolvida em discussões recorrentes as quais dissipam opiniões. Parcela da sociedade reconhece na vaquejada prática de cunho desportivo e cultural, que visa fortalecer e perpetuar a cultura e tradição nordestina, por meio de um patrimônio imaterial. De outra monta, defensores dos direitos dos animais consideram a prática concretizadora de maus tratos em face dos abusos sofridos pelos bichanos, atitudes que são considerados cruéis em face desses seres, verificando-se a legislação existente acerca da autorização da vaquejada como inconstitucional.

Depara-se com cenário no qual se afere aparente conflito de normas constitucionais. Trata-se de questionamento que se propõe a ponderar valores e princípios, verificando qual norma constitucional é digna de prevalecer e ser considerada de maior tutela e proteção jurídica. Polarizam-se, portanto, o direito fundamental à coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII da CF/88 e o direito fundamental ao pleno exercício dos direitos culturais configurado no artigo 215 do mesmo diploma constitucional. A ponderação entre os direitos elencados é o critério a ser utilizado, e o que se considera ter ocorrido, em que pese o trâmite processual padecer, ainda, de certa crítica quanto à sua condução. Quando se profere decisão com impacto significativo como este, ainda que com base em laudos de maus tratos e tortura, impõe-se como necessária a análise do cenário cultural e desportivo, atrelada aos aspectos socioeconômicos envolvidos ao tema.

O exercício de ponderação é um exercício de racionalização de uma decisão a ser proferida, encontrando-se mais no âmbito de decisão jurídica do que no âmbito da decisão política. A decisão é integrada por essa fundamentação racional e jurídica. Normas não são entidades de natureza palpáveis ou que se consiga compilar legislativamente. A partir de um único texto podem-se atingir várias normas. A Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy (2015, p. 51) não irá conduzir sempre a uma única resposta quando de conflitos que envolvam direitos fundamentais. Podem haver várias normas, assim como interpretações diferentes.

Utilizando-se da Teoria alexiana no caso subjugado ao Poder Judiciário brasileiro, o qual envolveu a prática da vaquejada, há colisão entre dois princípios que tratam sobre direitos fundamentais coletivos, quais sejam, o direito fundamental à coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito fundamental ao pleno exercício dos direitos culturais. No caso envolto na ADI n.º 4.983 de 17 de junho de 2013, por se tratarem de dois princípios constitucionais, ambos ditos mandamentos de otimização (ALEXY, 2015, p. 146), os quais versam sobre direitos fundamentais coletivos, utilizou-se “histórico construtivo de tutela do meio ambiente em relação a outros direitos difusos, ainda que importantes como o livre exercício de manifestações culturais” (GRUBBA; CADORE, 2017, p. 210).

Tais princípios devem ser considerados frente ao caso em concreto para fins de avaliar a relação de prevalência condicionada de um em relação ao outro, o que foi fortemente ponderado e sopesado quando dos votos exarados pelos ministros da Suprema Corte (STF, 2016, *online*). Considera-se, portanto, que a decisão justificou-se por critérios de racionalidade e sopesamento, ambos propostos por Robert Alexy. Trata-se de norma que não é diretamente atribuída como prevalente no texto constitucional, necessitando da análise casuística do julgador, ampliando-se a discussão aos possíveis significados, embasando-se em critérios de racionalidade e correta aplicação de direitos fundamentais. Esclareça-se que pela Teoria ora adotada para análise, inicialmente tratou-se acerca da

colisão entre princípios, revestidos ambos de forte caráter axiológico. Contudo, quando da edição da Emenda Constitucional n.º 96, ao incluir o parágrafo 7º ao artigo 225, em clara demonstração de exceção à, agora, regra insculpida no *caput* do artigo em destaque, há uma alteração na ponderação a ser realizada.

Tratar-se-ia, agora, de conflito entre a regra insculpida no *caput* do artigo 225 e o princípio previsto no artigo 215, ambos da CF/88. Verifica-se, portanto, que o direito fundamental à coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ganha novos contornos, incrementando sua força, necessitando de nova ponderação, agora sob a perspectiva de norma-regra, frente ao princípio previsto no artigo 215. A força axiológica exercida pelo artigo 225 da CF/88 é tão forte, que necessitou de inclusão de cláusula de exceção para desconsiderar a previsão prevista no *caput*, hipótese esta prevista por Alexy (2015, p. 92-93) para as denominadas normas-regras.

A decisão pela inconstitucionalidade da Lei cearense exarada pelo STF pautou-se em critérios de ponderação e sopesamento, considerada acertada, conforme aplicação da Lei de Colisão proposta por Alexy. Utilizou-se de argumentação jurídica e não mero decisionismo, confrontando-se o direito a ser garantido pelo Estado do pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional ao direito à proteção ao meio ambiente e à proibição expressa na CF/88 de qualquer ato que submeta animais aos maus tratos. A superação de um paradigma dominante por um novo paradigma de defesa do meio ambiente, neste contexto configurando-se como emergente, congrega fatores de mudança epistemológica os quais não podem ser desconsiderados.

O paradigma cartesiano dominante vive momento de crise nesta transmutação de valores e lugares conceituais teóricos ancestrais (SANTOS, 2008, p. 50-59). Neste instante de crise e de desconstrução de um paradigma fortemente antropocêntrico direciona-se a um paradigma cuja racionalidade seja plúrima, ecocêntrica na perspectiva ora pautada e de busca não somente de um paradigma científico, mas também social. Trata-se de uma transição a ser vivenciada, sem ímpetos autoritários.

Sob esta perspectiva ecocêntrica não se vislumbra a possibilidade de desconsiderar a dor e os maus tratos sofridos pelos animais que venham a participar da vaquejada. Nos autos da ADI n.º 4.983 (STF, 2016, *online*) fora solicitado pela Procuradoria Geral da República laudo técnico acerca dos possíveis danos aos quais os animais envolvidos na prática da vaquejada poderiam estar submetidos. Referido laudo técnico fora subscrito por professora titular da Faculdade de Zootecnia e Medicina Veterinária da Universidade de São Paulo, citado, inclusive, em voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, o qual não faz restar dúvidas de que “além de dor física, os animais submetidos a esses procedimentos vivenciam sofrimento mental. A estrutura dos eqüinos e bovinos é passível de lesões na ocorrência de quaisquer procedimentos violentos, bruscos e/ou agressivos” (STF, 2016, *online*).

Ao se ponderar com base na proporcionalidade o caso concreto, vislumbra-se que o pleno exercício das manifestações culturais rompe com a possibilidade de proteção ao meio ambiente e à ocorrência de maus tratos, pois seria intrínseco à realização da vaquejada tais elementos. O critério interpretativo utilizado pelo STF coaduna-se ao “de que o princípio de proteção às manifestações culturais possui menor peso concreto que o princípio de proteção ao meio ambiente e, ainda, aos animais” (GRUBBA; CADORE, 2017, p. 216), considerando-se acertada, verificando-se a matéria em apreço, sem olvidar à crítica processual já realizada.

Rememore-se, contudo, de que a alteração constitucional promovida pela EC n.º 96 incrementou a força do direito fundamental previsto no artigo 225 da CF/88 tem e que tal acréscimo ocorreu em inobservância material às restrições existentes ao Poder Constituinte Derivado Reformador. A afronta constitucional ocorre considerando que a tutela do meio ambiente estaria em patamar elevado como direito fundamental da República Federativa do Brasil o que se evidenciou “não apenas violações sistemáticas a esse direito, mas o pior, a tentativa, por vezes, de buscar mitigar sua proteção chegando-se a ponto de alterar dispositivos constitucionais”, referindo-se Guerra (2018, p. 301-302) à prática da vaquejada.

A alteração constitucional atraiu a inconstitucionalidade material da EC nº 96 em desrespeito à cláusula pétrea prevista no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da CF/88, o qual preleciona que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais, hipótese aqui verificada. Logo após a edição da EC nº 96 foram interpostas 2 (duas) Ações diretas de inconstitucionalidade, alegando referida inconstitucionalidade da alteração constitucional, quais sejam, ADI nº 5.728 e ADI nº 5.772, como dantes mencionado.

Quando se referem aos direitos e garantias individuais, trata-se da própria identidade do ordenamento constitucional, tratar-se-iam de normas materialmente constitucionais, e não apenas formalmente, como se pode avaliar (SARLET; BRANDÃO, 2014, p. 1.129). Para que o Ordenamento Jurídico possa manter-se preservado em sua essencialidade, imperativo se faz que haja proteção ao preceituado no artigo 60, parágrafo 4º, aqui em específico, inciso IV da CF/88, o que se tentou alcançar (GUERRA, 2018, p. 327) por meio do Poder Constituinte Derivado Reformador. Ao se buscar tutelar o meio ambiente tal perspectiva encontra-se “intimamente ligada à proteção da pessoa humana, na medida em que não se pode imaginar o exercício dos direitos humanos sem que exista um ambiente sadio e propício ao bem-estar para o desenvolvimento pleno e digno para todos” (GUERRA, 2018, p. 311), no qual para que haja desenvolvimento existe necessária correlação à perspectiva sustentável em que exista zelo entre a humanidade em relação à natureza (BÖLTER; DERANI, 2018, p. 217).

Qualquer tentativa escusa em prejudicar, por mínimo que seja e por qualquer meio formal que se eleja, o critério axiológico firmado pela norma constitucional está eivada de vício, impondo-se necessária a sua declaração de inconstitucionalidade. Trata-se de situação na qual se vislumbra a Emenda Constitucional nº 96, a qual se impõe inconstitucionalidade material em face de malferimento ao artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da CF/88.

5 CONCLUSÃO

A vaquejada, considerada como prática desportiva e expressão do patrimônio cultural imaterial brasileiro, foi considerada pelo STF inconstitucional quando do seu questionamento por meio de controle concentrado de constitucionalidade, ADI n.º 4.983, em face da Lei Estadual cearense n.º 15.299, firmando-se em argumentos de defesa dos animais que participavam do evento desportivo. Referida decisão reverberou no cenário legislativo por meio do denominado efeito *backlash*, o qual traz consigo efeitos à democracia, imperativos de reflexão. Após a declaração de inconstitucionalidade da Lei Cearense a qual versava acerca da vaquejada, referido espetáculo fora elevado à manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial, por meio da Lei Federal n.º 13.364, de 29 de novembro de 2016.

Associada ao referido incremento normativo houve a edição da Emenda Constitucional n.º 96, acrescentando dispositivo o qual determinou que as práticas desportivas as quais utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica, permitindo, assim, a ocorrência das vaquejadas, em clara resposta à atuação do Poder Judiciário em declarar inconstitucional a Lei cearense. Não se conclui, contudo, quanto à totalidade negativa do referido efeito, sendo certo de que ele ocorreu.

Considera-se que a atuação do STF no que toca à condução do processo supramencionado caracterizou-se como antidemocrática ao se inutilizar de meios participativos sociais. Tais instrumentos de legitimação social, a exemplo do *amicus curiae* e da realização de audiências públicas acerca do tema proposto, seriam essenciais em razão do poder político-jurídico exercido pelo STF no que se refere aos processos do controle concentrado de constitucionalidade. A participação popular na construção dos argumentos delineados na decisão meritória mitigam as possíveis consequências do efeito *backlash*, visto que a ocorrência deste no caso concreto era aguardada. Contudo, não houve qualquer abertura ao diálogo social no deslinde processual, o que é alvo de crítica.

Ao confrontar-se em situação de colisão de princípios constitucionais coletivos a ponderação entre os direitos fundamentais colocados sob análise é o critério a ser utilizado, e o que se considera ter ocorrido, em que pese o trâmite processual padecer, ainda, de certa crítica quanto à sua condução. O exercício de ponderação é um exercício de racionalização de uma decisão a ser proferida, encontrando-se mais no âmbito de decisão jurídica do que no âmbito da decisão política, o que se fez, utilizando-se de critérios de proporcionalidade, com base na Teoria do Sopesamento de Robert Alexy.

Vislumbra-se frente à situação fática concreta que o pleno exercício das manifestações culturais rompe com a possibilidade de proteção ao meio ambiente e à ocorrência de maus tratos, pois estes estariam intrínsecos à realização da vaquejada. Portanto, há concordância material no julgamento proferido pelo STF considerando-se inconstitucional a prática da vaquejada. Contudo, mantém-se a crítica versada quanto à condução processual da Suprema Corte em face da ausência de participação social por meio de instrumentos legítimos e legalmente previstos no ordenamento jurídico.

Sob esta perspectiva ecocêntrica não se vislumbra a possibilidade de considerar a dor e os maus tratos sofridos pelos animais que venham a participar da vaquejada o que leva, ainda a considerar-se inconstitucional materialmente a Emenda Constitucional n.º 96 por clara demonstração de desrespeito a tal perspectiva epistemológica e em face do confronto direto ao artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da CF/88, o que já se encontra em discussão frente ao STF.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BÖLTER, Serli Genz; DERANI, Cristiane. Direito ambiental e desenvolvimento sustentável: uma análise da judicialização das relações sociais. **Veredas do**

Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. Belo Horizonte, v. 15, n. 33, p. 209-242, set/dez., 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 jun. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 96, de 06 de junho de 2017.** Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm>. Acesso em: 16 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016.** Eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm>. Acesso em: 16 jun. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 24, de 18 de maio de 2016.** Eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial. Brasília, DF. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125802>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.983. Brasília, DF, 06 de outubro de 2016. **Diário Oficial da União.** Brasília, DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4425243>. Acesso em: 16 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.728. Brasília, DF, 13 de junho de 2017. **Diário Oficial da União.** Brasília, DF. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5208901>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.772. Brasília, DF, 06 set. 2017. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5259991>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

CAVALLO, Gonzalo Javier Aguilar. El derecho humano a un medio ambiente sano, la participación pública y el ius commune. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**. Belo Horizonte, v. 16, n. 36, p. 41-66, set/dez., 2019.

CEARÁ. **Lei nº 15.299, de 08 de janeiro de 2013**. Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. Diário Oficial do Estado do Ceará, Fortaleza, 15 jan. 2013. Disponível em: <<https://www.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2013/15299.htm>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

CHUEIRI, Vera Karam de; MACEDO, José Arthur Castillo de. Teorias Constitucionais Progressistas, Backlash e Vaquejada. **Sequência**. Florianópolis, v. 1, n. 80, dez., p. 123-150, 2018.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

GRUBBA, Leilane Serratine; CADORE, Caroline Bresolin Maia. Proteção ao meio ambiente, aos animais e o direito à cultura: a aplicação da fórmula do peso refinada de Robert Alexy. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Salvador, v. 12, n. 2, maio/ago, p. 193-219, 2017.

GUERRA, Sidney. A proteção do meio ambiente na Constituição de 1988: Do seu reconhecimento como direito fundamental à sua mitigação? O desafio do Congresso Nacional imposto à autoridade do Supremo Tribunal Federal: o caso das vaquejadas. **Direito em Debate**. Ijuí, v. 1, n. 49, jan./jun, p. 299-330, 2018.

MELO, Vivianne Rodrigues de. “Valeu boi”: Vaquejada como patrimônio cultural imaterial no Brasil, ativismo congressual e efeito backlash. In: VEIGA, Fábio da Silva; GONÇALVES, Rubén Miranda (Org.). **Los nuevos desafíos del Derecho Iberoamericano**. Las Palmas de Gran Canaria: La Casa del Abogado, 2018. p. 231-246.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SARLET, Ingo W.; BRANDÃO, Rodrigo. Comentários ao art. 60, § 4o. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 1124-1138.

VANNUCCHI, Aldo. **Cultura brasileira: o que é, como se faz**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. 10 ed. Madrid: Trotta, 2011.

ZAGURSKI, Adriana Timoteo dos Santos. Backlash: Uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos. **Revista da AGU**. Brasília, v. 16, n. 3, jul./set, p. 87-108, 2017.

Submissão: 11.ago.23

Aprovação: 01.nov.23

REFLEXÕES SOBRE A TAXATIVIDADE DO ROL DOS DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS

REFLECTIONS ON THE DEFINITIVENESS OF THE LIST OF SENSITIVE PERSONAL DATA

André Luiz Schneider

Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB). Membro do Grupo de pesquisa Pluridimensionalidade do Direito Privado Contemporâneo, registrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ e certificado pela Furb. Data Protection Officer certificado Exin. Professor na Universidade Regional de Blumenau - FURB e UNIASSELVI nas disciplinas de Direito Penal e Direito Processual Penal. Ex-Coordenador da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados de Santa Catarina, subseção Blumenau (2019/2021). Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal, com formação e habilitação em Magistério Superior, pela Universidade Regional de Blumenau - FURB em parceria com a Fundação Fritz Muller (2012). Pós-graduando em LGPD, Privacidade e Proteção de dados - Escola Superior de Advocacia OAB/SP; Graduado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (2009); Sócio fundador do Schneider, Starke & Ruppel Advogados com sede no município de Blumenau/SC. Palestrante.
E-mail: andre@ssradv.com.br

Priscila Zeni de Sá

Doutora em Direito pela Unisinos. Mestra em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduada em Direito - Faculdades Integradas Curitiba. Professora titular da Fundação

Universidade de Blumenau FURB (PPGDireito e graduação). Professora convidada da PUC-PR. Advogada. Líder do Grupo de pesquisa Pluridimensionalidade do Direito Privado Contemporâneo , registrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ e certificado pela Furb. Ainda, é membro desde 2016 e líder desde 2021 da Rede Agendas do Direito Civil Constitucional.

E-mail institucional: priscilasa@furb.br

Resumo

O presente artigo apresentará reflexões sobre a possibilidade de ampliação do rol dos dados pessoais denominados sensíveis pela Lei Geral de Proteção de Dados. Para tanto, inicialmente apresentar-se-á a evolução da privacidade e a proteção dos dados pessoais, a fim de promover a introdução do conteúdo ao leitor. Depois abordar-se-ão breves noções entre dados pessoais e dados pessoais sensíveis fazendo a respectiva diferenciação. Ao final, far-se-á uma abordagem a fim de analisar se o rol dos dados pessoais sensíveis previstos pela Lei Geral de Proteção de Dados é passível de ampliação.

Palavras-chave: Proteção de dados. Dados Pessoais Sensíveis. Rol Taxativo.

Abstract

This article will present reflections on the possibility of expanding the list of personal data called sensitive by the General Data Protection Law. To do so, initially, the evolution of privacy and the protection of personal data will be presented, in order to promote the introduction of content to the reader. Afterwards, brief notions between personal data and sensitive personal data will be addressed, making the respective differentiation. In the end, an approach will be taken in order to analyze whether the list of sensitive personal data provided for by the General Data Protection Law is subject to expansion.

Keywords: Data Protection. Sensitive Personal Data. Closed List.

1 INTRODUÇÃO

Buscar-se-á através do presente artigo, elaborado para a disciplina de “Direitos Individuais: concreção na perspectiva constitucional” do Programa em Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Regional de Blumenau-FURB, apresentar breves reflexões sobre as hipóteses elencadas pela lei ao tratar dos dados pessoais sensíveis na Lei Geral de Proteção de Dados.

A proposta do presente artigo é apresentar o que vem a se entender por dados pessoais e a sua diferenciação com o elencado rol dos dados pessoais sensíveis a fim de demonstrar e despertar no leitor a importância da construção de paradigmas jurídicos mais próximos a *práxis*, sem esquecer da teoria e da lei.

Para tanto, buscar-se-á investigar sobre a possibilidade de ampliação das hipóteses previstas como dados sensíveis no rol delimitado no art. 5º, II, da Lei Geral de Proteção de Dados.

A relevância do tema da pesquisa fica clara com a constitucionalização da proteção dos dados como direito fundamental em razão da emenda constitucional 115, de fevereiro de 2022, observando-se assim a atualidade da pesquisa.

É sobre essa ótica que visa o artigo esclarecer os parâmetros que foram observados pelo legislador a fim de definir o rol dos dados pessoais de caráter sensível previstos na LGPD.

Assim, considerando a vigência do direito fundamental à proteção dos dados e da Lei Geral de Proteção de Dados, aliado a atualidade da temática e possibilidade de aplicação de sanções previstas na Lei Geral de Proteção de Dados ou mesmo condenações na esfera judicial diante do tratamento inadequado dos dados, de extrema importância e necessária contextualização o presente estudo a fim de buscarmos respostas coerentes e devidamente fundamentadas se o rol dos dados pessoais de caráter sensível é taxativo e a possibilidade de sua ampliação.

Portanto, em razão dos argumentos apresentados, fica demonstrada a relevância que a temática da proteção de dados tem ganhado na sociedade brasileira, havendo mínimos estudos que possam amparar os interessados, justificando a necessidade de aprofundamento sobre o tema.

Para tanto utilizou-se do método de pesquisa indutivo, partindo-se da análise do disposto na Lei 13.709/18 a fim de podermos evoluir para o aprofundamento na doutrina e decisões judiciais sobre a temática com o objetivo de fortalecer o pensamento crítico jurídico.

O artigo está dividido em três pontos, inicialmente apresentar-se-á a evolução da privacidade e a proteção dos dados pessoais, a fim de promover a introdução do conteúdo ao leitor. Depois abordar-se-ão breves noções dos dados pessoais e dados pessoais sensíveis fazendo a respectiva diferenciação. Ao final, far-se-á uma abordagem a fim de analisar se o rol dos dados pessoais sensíveis previstos pela Lei Geral de Proteção de Dados é passível de ampliação.

2 A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS

Praticamente nenhuma atividade humana atualmente fica alheia ao uso dos dados e, em muitos casos, pessoais. Isso ocorre desde o nascimento da pessoa na esfera particular, passando pela implementação de políticas públicas e nas mais diversificadas áreas do cotidiano humano (MALHEIROS, 2020, p. 25).

O acesso aos dados serve não tão somente para se ter informações sobre os fatos ocorridos no passado, mas possibilitando a parametrização de hábitos de consumo e gerando a possibilidade de induzimento das pessoas para hábitos futuros (MALHEIROS, 2020, p. 26).

Já nas décadas de 1960 e 1970, na Europa, iniciou-se o uso de sofisticados “cérebros eletrônicos” (conforme tradução do Autor) para a época e que permitiam o tratamento abundante de dados, tanto pelos órgãos públicos, como também pelas empresas privadas. Importante contextualizar que em dita época ainda era recente e muito presente na memória das pessoas as complexas experiências provenientes da vigilância decorrente do comunismo, do nazismo e da segunda grande guerra mundial. (MALHEIROS, 2020, p.28).

Nesse caminho é que começam a surgir as primeiras leis a respeito da temática na Europa, como é o caso da Lei de Hesse (1970), seguindo na esteira das

legislações protetivas em 1981 o Conselho da Europa criou, mediante a Convenção n. 108/81 de Strasbourg, princípios e direitos a serem observados pelas legislações europeias com o fito de proteger os dados de caráter pessoal (MALHEIROS, 2020, p.29).

Logo na sequência, dois anos mais tarde, em 1983 para ser mais preciso, o Tribunal Constitucional Alemão proferiu a decisão que foi um marco para a época e serve até hoje de referência, em que se manifestou a respeito da realização do censo no país, destacando a importância da observância da dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade. Inclusive, referida decisão proferida na Alemanha serviu de paradigma para o voto condutor da Ministra Rosa Weber no julgamento da ADI 6387:

No paradigmático Volkszählungsurteil (BVerfGE 65, 1), de 1983, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da chamada Lei do Censo alemã (Volkszählungsgesetz), que possibilitava que o Estado realizasse o cruzamento de informações sobre os cidadãos para mensuração estatística da distribuição especial e geográfica da população. Nesse julgado, a Corte Constitucional redefiniu os contornos do direito de proteção de dados pessoais, situando-o como verdadeira projeção de um direito geral de personalidade para além da mera proteção constitucional ao sigilo. [...] No caso concreto, o Tribunal entendeu que o processamento automatizado dos dados possibilitado pela Lei do Censo de 1983 colocaria em risco o poder do indivíduo de decidir por si mesmo sobre se e como ele desejaria fornecer a terceiros os seus dados pessoais. A situação de risco identificada pelo Tribunal referia-se à possibilidade concreta de, por meio de sistemas automatizados, as informações fornecidas sobre profissões, residências e locais de trabalho dos cidadãos serem processadas de modo a se formar um “perfil completo da personalidade” (BRASIL, 2020, p. 107).

No Direito Norte-americano a privacidade se desenvolveu com o alicerce dos direitos da personalidade no conhecido artigo “The Right to privacy” (1980) de Warren e Brandeis. Esse caso ganhou repercussão, na época, devido

ao fato de a filha de um dos autores ter sido fotografada durante o seu casamento e ter as imagens expostas pela imprensa, sem a sua autorização (MALHEIROS, 2020, p.27).

Assim, diante do conjunto evolutivo apresentado, fica nítido que os dados viraram um fenômeno mundial e ganharam maior força a partir dos anos 80 e 90 com a crescente utilização de grandes bancos de dados, também conhecidos por *big data* e a migração dos negócios para o mundo digital, aumentando os riscos e a necessidade de encontrar soluções seguras para a preservação da troca de informações.

Diante da necessidade de padronização normativa foi que nasceu na Europa a Diretiva 95/46 (1995), a qual objetivou evitar que os diversos países da união europeia continuassem a produzir leis esparsas sobre o tema. Logo, passou a Diretiva a servir de alicerce para a uniformização da regulamentação da proteção de dados na União Europeia (ALBUQUERQUE, 2021, p.16).

Nessa cadeia evolutiva em 2012 foi apresentado o projeto do novo Regulamento Geral de Proteção de Dados – GDPR que, após amplo debate, acabou entrando em vigor em 2016 e teve, por sua vez, a efetiva vigência diferida para 25.05.2018, passando então a revogar as disposições da Diretiva 95/46 (PALHARES, 2020, p. 287).

[...] cumpre observar que os requisitos estruturais criados pela Diretiva à época são os mesmos que hoje existem na GDPR - com exceção do avanço cunhado por este documento, que ampliou os institutos estabelecidos pela Diretiva ao conceder novos direitos aos titulares e prescrever penalidades mais severas aos violadores (Cunningham, 2016, p. 428). Logo, a miríade de exigências imposta aos processadores de dados contribuiu com a finalidade de garantir a maior e mais completa segurança aos titulares dos dados. A Diretiva assim como a GDPR, atualmente busca garantir que essas exigências sejam observadas, tanto pelo setor público quanto pelo privado. (ALBUQUERQUE, 2021, p.18).

Em 2000, a Carta de Direitos da União Europeia positivou como direito autônomo e independente a privacidade e o direito à proteção dos dados. Hoje os Estados-membros da União Europeia e mais Islândia, Noruega, Liechtenstein e Suíça possuem Autoridades de Proteção de Dados atuantes na fiscalização da utilização dos dados pessoais. Com relação ao Reino Unido, considerando a sua recente saída do bloco econômico, ainda não se sabe se permanecerá adotando as diretrizes do GDPR.

Na América do Sul, tanto Argentina como Uruguai tiveram suas legislações consideradas como adequadas em razão dos níveis de proteção pela Comissão Europeia. Inclusive o Uruguai foi o primeiro país fora do eixo europeu a ratificar a Convenção 108. (PALHARES, 2020, p. 160).

No Brasil diversas legislações que já abordavam a temática da privacidade dos dados, ainda que de forma indireta, antes mesmo da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados, como é o caso do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor, do Marco Civil da Internet, além de outras legislações menores e mais específicas como é o caso da lei acesso à informação, lei do cadastro positivo, lei das interceptações telefônicas, só para citar como exemplo.

Mas foi após o escândalo de espionagem mundial denunciado pelo analista de sistemas, ex-administrador de sistemas da CIA e ex-funcionário da agência de segurança nacional americana, Edward Snowden, que tornou públicos detalhes de vários programas de “vigilância” global e motivaram o Brasil a olhar ainda com maior cuidado os aspectos envolvendo a proteção de dados. Para se ter uma noção da dimensão do “caso Snowden” ele “denunciou o uso de servidores de empresas americanas como Google, Apple e Facebook, em diversos países, para o monitoramento de conversas” (PINHEIRO, 2021, p.80).

Nessa perspectiva é que, após o Marco Civil da Internet em 2014, foi promulgada pelo então Presidente da República, Michel Temer, a Lei nº 13.709/18, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, ou pela sigla LGPD, a qual tem por objetivo, garantir a segurança e a privacidade dos dados de pessoas físicas e dar maior transparência na gestão das informações das pessoas jurídicas, seja no âmbito público ou mesmo privado (PALHARES, 2020, p. 173).

Inspirada na legislação europeia do GDPR (sigla de “*General Data Protection Regulation*” ou Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) a LGPD almeja ajustar a legislação brasileira com a de mais de 130 países que já têm disposições legais sobre o tema (PALHARES, 2020, p. 154). Nesse sentido, referenda Leonardo Neves de Albuquerque:

O caminho traçado pela proteção de dados, portanto, culminou na edição dos principais diplomas normativos que atualmente regem o assunto, tanto no âmbito doméstico quanto no supranacional. O expoente legislativo, sucessora da Diretiva de Proteção de Dados, é a GDPR, que entrou em vigor na UE em 2018. Por conta da influência externa exercida pelo bloco europeu, a GDPR adquiriu um status coercitivo no ordenamento jurídico internacional, mesmo que de maneira velada. Essa influência chegou ao Brasil e inspirou a elaboração da LGPD — a Lei Geral de Proteção de Dados. (2021, p.71)

A LGPD, em conjunto com as demais normas correlatas, busca dar efetividade ao direito fundamental à privacidade, previsto no inciso X do art. 5º da Constituição Federal e que tratou de proteger a privacidade assim declarando como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Igualmente, no ano de 2022, foi promulgada a Emenda Constitucional 115 que passou a prever de forma expressa no inciso LXXIX do artigo 5º da Constituição Federal que “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”. Portanto, sedimentou a proteção de dados como um direito fundamental.

Essa imunidade, prevista na Constituição sob o prisma da inviolabilidade, consiste na impossibilidade de intromissão na intimidade e vida privada sem a devida ciência e anuência expressa por parte do seu titular, conforme é possível se extrair da interpretação do artigo 7º, I, Lei 13.709/2018, salvo em hipóteses previamente definidas pela lei. Logo, criando uma obrigação de não fazer / silenciar por parte de quem de alguma forma teve acesso a referidos dados, sob pena de vir a ser responsabilizado pelo uso indevido.

A lei, que tomou como base o regulamento de proteção de dados europeu, traz benefícios como: dar privacidade no uso de dados pessoais; obrigar as empresas a manter o mínimo de dados pessoais consentidos para sua atividade; regulamentar como proceder nos casos de exposição ou roubo de dados, bem como fiscalizar e aplicar sanções / multas na hipótese do não cumprimento ou omissão na proteção dos dados (artigo 7º da Lei 13.709/2018).

Feitas as devidas considerações iniciais sobre os caminhos trilhados pela proteção de dados até virar um direito fundamental positivado em nossa Constituição Federal, necessário aprofundarmos um pouco mais no que vêm a ser os chamados “dados pessoais” a que ela busca proteger.

3 A DISTINÇÃO ENTRE DADOS PESSOAIS E DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS

Como dados pessoais podemos entender, segundo apresentado no artigo 5º da Lei Geral de Proteção de Dados, aqueles dados pertencentes a pessoa física, o chamado “titular dos dados” e que permitem a sua identificação.

A LGPD tratou de estabelecer como sendo dados pessoais qualquer informação relacionada a pessoa natural identificada ou que seja passível de identificação (art. 5º, I, Lei 13.709/18). Nessa linha, leciona a ex-magistrada paulista e Professora Viviane Nóbrega Maldonado a respeito da conceituação de dados pessoais pela LGPD, bem como a forma que o assunto é tratado no regulamento europeu (GDPR):

“nem a LGPD nem o GDPR trazem uma listagem do que poderia constituir um dado pessoal, na medida em que a avaliação deve sempre ser levada a efeito de maneira contextual. Se uma determinada informação potencialmente é capaz de tornar uma pessoa identificável, então ela pode vir a caracterizar-se como dado pessoal naquele específico contexto.” (MALDONADO, 2019).

A esse respeito, o artigo apresentado por Guilherme Magalhães Martins e Newton de Lucca conceitua como sendo a “marca característica do dado pessoal é a identificabilidade da pessoa natural a que ele se refere, opondo-se ao dado anonimizado” (SCHREIBER, 2022, p. 8).

O próprio STF no julgamento da ADI 6387/2020 referendou o conceito de dado pessoal, inclusive fazendo menção à Convenção 108, de Strasbourg, do Conselho Europeu para a Proteção de Dados, estipulando que a informação pessoal é considerada “qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou susceptível de identificação”, ao mesmo tempo em que consagrou a imprescindibilidade de sua proteção (BRASIL, 2020, p. 80).

Importante ponto a ser apresentado é o que busca trazer a lei quando fala em dados “identificáveis”. Em sua obra Márcio Cots e Daniel Oliveira (2019, p. 162) ressaltam que “os dados só são identificativos se estiverem todos à disposição do mesmo controlador.” Portanto, como se pode chegar à conclusão, caso os dados em posse do controlador, mesmo se analisados de forma conjunta, não sejam capazes de identificar um indivíduo, esses dados não são considerados dados pessoais.

Necessário também registrar que o artigo 12, parágrafo único, da Lei Geral de Proteção de Dados dispõe que “poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada”.

Em resumo, pode-se concluir que “dado pessoal” é aquela informação ou conjunto de informações que, de forma ordenada e estruturada, permita a identificação do indivíduo.

E como já mencionado anteriormente, podemos citar como exemplos de dados pessoais de um titular: o seu nome, o número de um cartão de identificação, os dados de cadastro solicitados por uma loja ou mesmo um endereço de e-mail. Enfim, todos os dados que permitam identificar uma pessoa de forma inequívoca, sendo, portanto, inúmeras as hipóteses relacionadas.

No entanto, interessante afastar o mito de que o conceito de dados pessoais se limita a indicar dados que possam ser considerados prejudiciais à vida privada

e familiar da pessoa. De igual modo, importante ressaltar que também pouco importa o meio pelo qual o dado se propaga, seja por meio digital ou físico, como por exemplo: textos, figuras, fotografias, vídeos, desde que sempre seja respeitado os princípios da boa-fé objetiva e da finalidade no seu tratamento.

Como bem pontuado por Marcos Ehrhardt Júnior e Gabriela Buarque Pereira Silva, no artigo “Privacidade e proteção de dados pessoais durante a pandemia de Covid19”:

Qualquer atividade de tratamento de dados pessoais deverá observar a *boa-fé objetiva* e a *finalidade* do tratamento, vale dizer, sua realização, propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades. Apenas a finalidade não é suficiente. É preciso compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento, o que impõe a exigência de *adequação*. (p. 8).

Os articulistas do artigo acima citado são precisos ao destacar que o receio maior girava em torno de se verificar se as salvaguardas previstas na legislação atualmente em vigor, especialmente as leis e portarias criadas no momento da crise pandêmica, seriam suficientes para conter os abusos que poderiam acontecer com o uso dos dados após referido período.

Nesse contexto, é com esperança e alívio que foi recebida a decisão proferida no julgamento da ADI 6387/DF pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal que referendaram a decisão concedida liminarmente pela Ministra Rosa Weber para suspender a eficácia da Medida Provisória 954/2020, a qual determinava o compartilhamento de dados de milhões de brasileiros, usuários de telefonia fixa e móvel com o Instituto Brasileiro Geografia e Estatística (IBGE) sem apresentar um fundamento minimamente plausível.

No referido julgamento, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária virtual realizada no dia 7.5.2020 acabou por confirmar a decisão da Ministra Rosa

Weber nas diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas e que discutiam a possibilidade do compartilhamento de dados pelas operadoras de telefonia com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Referida decisão pode ser tida como um paradigma para confirmar a proteção dos direitos fundamentais e individuais do cidadão previstos na Constituição Federal, em especial, à intimidade, à vida privada e ao sigilo dos dados.

Deste modo, foi obstado cumprimento à Medida Provisória 954/2020 que buscava o compartilhamento de dados pelas operadoras de telefonia com o IBGE. Cabe mencionar que a decisão foi por ampla maioria dos votos (10x1).

O único voto divergente à decisão foi do Ministro Marco Aurélio no sentido de entender necessário aguardar o exame da MP 954/2020 pelo Congresso Nacional, que apreciaria a conveniência e a oportunidade da matéria. Em síntese, nenhum dos Ministros se manifestou contrário ao mérito da ADI.

Essa decisão vem a sedimentar sem sombra de dúvidas a importância da Lei Geral de Proteção de Dados e a certeza de que, ainda que a passos lentos, observa-se uma conformidade das decisões com os pilares da nossa Constituição Federal. Em seu voto, destacou a Ministra Rosa Weber:

“Reforço, em cumprimento ao dever de justificação decisória, no âmbito de medida liminar, que a adequada tutela do direito à intimidade, privacidade e proteção de dados pessoais é estruturada pela característica da inviolabilidade. Vale dizer, uma vez afrontada a norma de proteção de tais direitos, o ressarcimento se apresenta como tutela insuficiente aos deveres de proteção” (BRASIL, 2020, p. 14).

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal deixou claro que na “Era da Informação” não existem mais dados triviais ou insignificantes, uma vez que todo dado que possa conduzir à identificação efetiva ou potencial de uma pessoa pode gerar danos.

Sobre a decisão proferida pela Corte Constitucional, colhe-se trecho da doutrina a respeito: “A histórica decisão do STF de maio de 2020 foi um extraordinário passo para o fortalecimento da proteção de dados no Brasil, cujos

contornos e conteúdos precisam ser debatidos e sedimentados doutrinariamente e na jurisprudência” (SCHREIBER, 2022, p. 249).

Assim como já exposto, a legislação tratou de estabelecer como sendo dados pessoais aqueles possíveis de possibilitar a identificação pessoal.

Além dos nominados dados pessoais, apresentou a lei também uma classificação diferenciada para alguns tipos de dados, os chamados dados pessoais sensíveis, conforme previsão do art. 5º, II, da Lei 13.709/2018.

A lei tratou de modo diverso dados pessoais e dados pessoais sensíveis, ou seja, aqueles dados que tratam de aspectos pessoais sobre “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (art. 5º, II).

Nessa seara dos dados sensíveis completa Albuquerque (2021, p. 87) que “essa diferenciação se deve ao intuito de proteger o íntimo do titular de dados, de modo a garantir ao máximo a sua privacidade - que é o objetivo primordial da LGPD”.

Sobre a motivação que levou o legislador a elencar o rol dos dados trazidos na lei como dados sensíveis, extrai-se da obra de coordenação de Anderson Schreiber que: “são assim qualificados não só por conta de sua natureza intrinsecamente personalíssima ou existencial, de forma apriorística, mas devido ao uso e finalidade que é concedido a esse dado por meio de um tratamento que pode gerar uma potencialidade discriminatória abusiva” (2020, p.5).

Embora as considerações apresentadas pelos doutrinadores acima, o fato é que não há nenhuma especificação clara na lei dos motivos que levaram a definição dos referidos dados como sendo sensíveis.

Importante ressaltar que as legislações de proteção de dados como a LGPD, Marco Civil da Internet, Código de Defesa do Consumidor, Lei de Acesso à Informação, Lei do Cadastro Positivo ou mesmo a Constituição Federal não objetivam proibir o tratamento de dados pessoais, mas regulamentar a forma como esses dados vêm sendo disponibilizados, utilizados e tratados, trazendo uma maior credibilidade e segurança às relações pessoais e comerciais. Em síntese, se

não houver base legal, ou seja, fundamento/justificativa para a realização da troca de informações, ele não poderá ocorrer, sequer na forma de compartilhamento ou mesmo armazenamento.

Nesse ponto, como bem observado por Lúcia Maria Teixeira Ferreira, “a LGPD não pretende inviabilizar o desenvolvimento econômico, as novas tecnologias e os disruptivos modelos de negócio, mas, sim, ressignificá-los e buscar uma orientação para as atividades econômicas que preconizem valores existenciais sociais” (SCHREIBER, 2022, p. 252).

Diante das constatações apresentadas, não resta dúvida que a LGPD conceitua dado pessoal como a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (art. 5º, inc. I), ao passo que define dado pessoal sensível como o “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (art. 5º, inc. II).

Todavia, como bem apontado por Pablo Malheiros *et al*, a rígida separação e assunção de regimes jurídicos diferenciados a partir da qualificação de determinado dado como sendo meramente pessoal ou sensível, é justamente a dificuldade em se dimensionar se aquele dado pessoal não sensível, após o seu processamento, poderá gerar informações sensíveis e se essas informações poderão ter conteúdo de caráter discriminatório (MALHEIROS, 2020, p. 153).

Logo, parece claro a necessidade de aprofundamento na temática a fim de equalizar a forma como são conceituados e interpretados os rol dos chamados “dados sensíveis”.

4 A TAXATIVIDADE DO ROL DOS DADOS PESSOAIS DE CARÁTER SENSÍVEL

A Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil é clara ao firmar e distinguir o que vêm a ser dados pessoais e dados pessoais de caráter sensível. No entanto, a questão é assaz complicada, para não dizer controversa, quando se verifica que

enquanto a conceituação para dados pessoais é tratada de forma aberta pela lei, quando se fala em dados pessoais de caráter sensível ela apresenta um rol taxativo ou, como preferem alguns autores, exaustivo. Em síntese, que não admite ampliações ou interpretações.

Considera-se salutar a preocupação do legislador em abordar de forma mais cuidadosa a possibilidade do tratamento de dados pessoais sensíveis, que incluem, entre outros, informações sobre saúde, dados biométricos e/ou genéticos do titular. Igual tratamento diferenciado para alguns tipos de dados também é apresentado no regulamento europeu de proteção de dados.

Todavia, essa lista restritiva acaba por gerar distorções e não atender a dados que igualmente possuem informações delicadas e até discriminatórias. Aliado a isso, como bem pontuado pela doutrina, as bases de dados estão cada vez maiores e mais complexas, o que diante do cruzamento de dados pessoais simples como entre antecedentes criminais e renda, aliado a utilização de informações apresentadas por terceiros chegamos a pré-disposições sobre critérios de saúde e criação de um perfil histórico para avaliar a contratação, por exemplo, de planos de saúde, sem sequer haver a necessidade da realização de qualquer exame médico (GOODMAN; FLAMAN, 2016 citado por MALHEIROS [et al], 2020, p. 153).

Por corolário, analisando as considerações apresentadas por Albuquerque sobre as hipóteses previstas na LGPD para o tratamento de dados, parece-nos claro que o legislador não foi feliz ao tornar o rol dos dados sensíveis uma lista exaustiva. Isto porque, segundo ele, “limitar o escopo de proteção apenas às hipóteses previstas em lei produziria o efeito contrário, pois atividades de tratamento de dados podem ocorrer sem necessariamente encaixarem-se nos termos apresentados pela LGPD.” Portanto, em conclusão ele salienta que ter mantido o legislador a natureza exemplificativa das hipóteses de tratamento de dados garante a possibilidade de uma análise mais aberta pelo intérprete legal, circunstância que gera maior proteção aos titulares que tiverem os seus dados sob tratamento (ALBUQUERQUE, 2021, p.90). Esse entendimento amolda-se perfeitamente às hipóteses previstas para os dados sensíveis, mas não teve a mesma sensibilidade por parte do legislador.

Da mesma forma, outro exemplo que causa controvérsia são os dados pessoais tratados pelas serventias extrajudiciais como os Tabelionatos e Registros Cíveis. Vejamos a hipótese em que a publicização de dados pessoais com informações matrimoniais, sem a anuência do seu titular, proporciona o conhecimento a terceiros da orientação sexual (dado esse considerado sensível), gerando um verdadeiro choque legislativo que necessita ser analisado a partir da integração e aprofundamento nos marcos teóricos civil-constitucionais.

Outro aspecto que podemos apresentar como exemplo, diz respeito às informações financeiras, que, assim como os antecedentes criminais ou mesmo aspectos envolvendo gênero, não são previstos como hipóteses de dados sensíveis, mas por questões práticas ou culturais representam verdadeiro risco ao titular de dados (BLUM, 2020, p. 94).

Verifica-se que a lei permite o tratamento de dados pessoais sensíveis, ou seja, sem o consentimento do titular, na situação prevista no artigo 11, II, g, quando for para a garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º da LGPD e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais. Com base nesse fundamento, por exemplo, é que as casas bancárias se utilizam do emprego da biometria (dado sensível), com a utilização de impressão digital, sem o consentimento do titular. (SCHREIBER, 2020, p. 9).

Não se perquire que o legislador reconheceu a possibilidade de que as regras relativas ao tratamento de dados sensíveis aplique-se aos dados pessoais que, mesmo não sendo sensíveis, possam vir a revelar dados sensíveis (artigo 11, parágrafo primeiro, LGPD). (SCHREIBER, 2022, p. 8).

Todavia, essas questões ainda demandam uma maior atenção por parte do intérprete legal e não resolvem a interpretação fechada do rol dos dados apontados como sensíveis. Em recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo em Recurso Especial n. 2.130.619/SP de relatoria do Ministro Francisco Falcão ele destacou que “O vazamento de dados

peçoais, a despeito de se tratar de falha indesejável no tratamento de dados de pessoa natural por pessoa jurídica, não tem o condão, por si só, de gerar dano moral indenizável.” (BRASIL,2023).

A mesma decisão pontuou que entendimento diverso se aplicaria para a hipótese em que ficasse comprovado o compartilhamento não autorizado de dados sensíveis, esses como sendo aqueles elencados no rol do inciso II do artigo 5º da LGPD. No caso em apreço, foram compartilhados diversos dados pessoais de uma senhora idosa e informações de consumo, o que possibilitaria, por exemplo, a abertura de cadastro em lojas, instituições financeiras, bem como a criação de perfil de renda e consumo, mas no entendimento dos respeitáveis Ministros, por não se tratar de dados sensíveis efetivamente elencados no rol do art. 5º, II, da LGPD, não podemos interpretar a possibilidade de um dano reparável, quando não efetivamente comprovada a sua ocorrência (BRASIL,2023).

É com base em situações como a citada acima que o Tribunal Constitucional Federal alemão utiliza para a análise dos seus julgamentos o contexto quanto à qualidade dos dados para caracterizá-los como sensíveis (SCHWABE, 2005, p. 239 citado por MALHEIROS [et al], 2020, p. 153). Não basta a constatação de que os fatos sejam íntimos ou não, mas, também, a finalidade para a qual são solicitados, pois um dado aparentemente insignificante poderá merecer especial proteção a depender de como será armazenado e tratado, considerando que o resultado do referido processo pode ocasionar um dado sensível (SCHWABE, 2005, p. 239).

Logo, a efetiva separação prévia através de um rol fechado pelo ordenamento jurídico do que vêm a ser dados pessoais e dados pessoais sensíveis, gera dificuldade, uma vez que após o seu processamento podemos ter distorções que levam a informações sensíveis.

Portanto, parece claro que a delimitação criada pelo legislador do que sejam dados sensíveis permite interpretações divergentes: uma minimalista, restrita apenas aos casos em que há uso pelo algoritmo dos dados efetivamente elencados pela lei como sensíveis, e outra, maximalista, que abarca não somente

as previsões expressamente citadas na lei, mas também outras correlacionadas. (MALHEIROS, 2020, p. 153).

Nessa linha de pensamento, o Professor Luiz Edson Fachin, em sua obra “Direito Civil: Sentidos, Transformações e Fim”, leciona que não podemos mais admitir ficarmos fechados a pensamentos sem o aprofundamento do tema com a análise da perspectiva da teoria hermenêutica.

Como bem apresentado por Daniel Sarmento (2020, p. 165), os limites entre a liberdade e a restrição da autonomia, são aquelas circunstâncias que podem gerar danos a terceiros e têm uma linha tênue entre o excesso de liberdade e a restrição. Essa situação, por analogia, pode ser aplicada perfeitamente ao estudo de caso da proteção de dados, ou seja, até que ponto a autonomia da liberdade do cidadão pode ser afetada pelo excesso ao acesso dos seus dados pessoais.

Ademais, não são os termos ou enquadramentos jurídicos que tornam sua efetividade, mas as atividades e ponderações diante dos conflitos apresentados.

De la Torre Rangel citado por Wolkmer critica a forma como ocorre a produção das normas, uma vez que, segundo ele, “esse Direito Moderno, pretendendo ser um Direito igual e supondo a igualdade dos homens sem ter em conta os condicionamentos sociais concretos, produz uma lei abstrata, geral e impessoal.” (WOLKMER, 2001, p. 49).

Ao se estabelecer normas de igual tratamento para uns e outros, o Direito Positivo Capitalista, consagrou a ser o agente criador das normas o criador de desigualdades concretas, fundado na ideia da igualdade abstrata de todos os homens (WOLKMER, 2001, p. 49).

Pela visão de Dworkin, em sua obra “Levando os Direitos a Sério”: “se nos livrarmos desse modelo de regras, poderemos ser capazes de construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação das nossas práticas.” (DWORKIN, 2022, p.72).

Esse pensamento já era compartilhado há muito tempo também por Norberto Bobbio para o qual “o Direito não é um sistema de regras já postas e transmitidas, mas um conjunto de regras em movimento a serem postas e

repropostas continuamente”, razão pela qual não pode a ciência jurídica ficar adstrita tanto as regras, devendo se valer dos próprios fatos sociais dos quais as regras jurídicas são valorações (BOBBIO, 2007, p. 40).

Não destoa o pensamento de Priscila Zeni de Sá ao analisar a complexidade das relações humanas para nos estruturarmos apenas na análise pura e seca de legislação: “Não se está defendendo uma discricionariedade ampla e irrestrita, partindo do grau zero, mas sim a construção judicial do direito no caso concreto a fim de que a função judicial do julgador seja cumprida com o resultado” (SÁ, 2018, p. 146).

Portanto, desde o surgimento do Estado, seu poder, o soberano, com a criação das Constituições, passando pelo Direito Civil, necessária se faz uma interpretação baseada não apenas nas questões dogmáticas, mas em todos os aspectos que circundam a esfera social, a fim de chegarmos a conclusões mais adequadas à realidade da sociedade em que se vive perante referido momento (FACHIN, 2015, p. 82).

Com base nessa perspectiva e aliado a necessidade de um Direito mais próximo da realidade social, aponta Luiz Edson Fachin que compreender o Direito não é apenas uma operação mecânica, mas um diálogo permanente entre seres humanos que não deve cessar jamais (FACHIN, 2015, p. 83).

E complementa ao consolidar que não existe uma única resposta, mas há sempre possibilidade de encontrar a resposta correta no sistema jurídico, uma vez que o sistema jurídico é aberto e oferece um leque relevante de caminhos hermenêuticos (FACHIN, 2015, p. 83).

Consolidando o que já foi apresentado, não diverge Bobbio, para o qual a figura do jurista deve ser como “um criador, ele mesmo, de regras que transformam-no e integrando-se e inovando o sistema dado, do qual não é apenas receptor mas também, colaborador ativo e, quando necessário crítico.” (BOBBIO, 2007, p.37).

Nessa perspectiva de aplicação individual da norma ao caso concreto, Sarmento elenca que “cada pessoa é e deve ser tratada como um fim em si, e não como uma parte de uma entidade maior” (SARMENTO, 2020, p. 125).

Sob esse mantra, Ferrajoli dispõe que são “fundamentais, de acordo com tais critérios ou bases, todos os direitos que garantem o necessário para cumprir aqueles valores ou princípios de justiça”. (FERRAJOLI, 2011, p.90).

De fundamental importância trazer ao debate os pensamentos de Paulo Nalin para o qual:

as normas jurídicas, seja dos códigos, seja das constituições, possam ser, pela atuação hermenêutica, transferidas e filtradas dos textos para as realidades, torna-se necessário um movimento de aproximação entre a força da letra da norma e a força construtiva dos fatos, que se impõe, muitas vezes, pela interpretação da norma infraconstitucional conforme os princípios, valores e ética constitucionais. Esse proceder fotografa a Constituição como ser vivo, pulsante, interveniente no seu tempo, e não reproduza racionalidade codificadora de seu berço esplêndido. (NALIN,2021).

Fica evidente a necessidade de procedermos uma análise pontual das questões diante do caso concreto, não podendo nos assentar em letras frias da lei, sem fazer uma análise diante do contexto fático que se apresenta.

Mais à frente, Nalin é pontual ao abordar que outro ponto que necessita ser ultrapassado pelo Direito civil contemporâneo está na necessidade de passar da norma fechada para a realidade dos fatos, mas sem afrontar a pluralidade de fontes, que implicam na vitória sobre o reducionismo codificador. Para Nalin, se é que assim pode se dizer é que o problema jurídico deve ser tomado como problema social e genuinamente constitucional, passando por uma visão constituinte do Direito em movimento (NALIN,2021).

Nesse aspecto, Nalin faz uma reflexão interessante sobre os motivos que levaram a nos tornar uma civilização tão dependente das codificações:

O objetivo dos juristas da revolução era de eliminar o acúmulo de normas produzidas pelo desenvolvimento histórico, instaurar no seu lugar um direito fundado natureza adaptado, através da razão, a as

exigências universais humanas. Para reduzir as incertezas e abafar a pluralidade jurídica que caracterizava o período anterior, os juristas da modernidade liberal dedicaram-se à criação e à aplicação de regras universais, supostamente aptas a regular de modo igualitário as contingências da vida humana, sem atenção às particularidades das situações. Com efeito, os objetivos da simplificação e de garantia da segurança jurídica foram levados a cabo através de codificação. (NALIN, 2021, p. 32/33).

Em síntese, para o Autor, a constitucionalização se mostra como a forma de transformação das instituições civilistas, objetivando a criação da norma condicional de forma eficaz sobre as relações privadas a partir do reconhecimento da pessoa humana como ser normativo privilegiado (NALIN, 2021, p. 41).

Na mesma visão, para Nalin a preocupação dos juristas, no momento atual, deve ser com a criação de completo arcabouço de precedentes, a fim de permitir que se tenha estabilidade, coerência e porosidade nas decisões proferidas. E complementa Nalin que o problema não se encontra em sua integralidade na criação da norma, mas também na forma como os aplicadores da lei, aqui representados na figura dos integrantes do Poder Judiciário aplicam os princípios constitucionais perante as relações privadas que lhes são postas (NALIN, 2021, p. 44).

Dito isso, em termos práticos, quando a matéria for objeto de norma infraconstitucional esta deverá ser interpretada em conformidade com as normas constitucionais; por outro lado, quando inexistir norma infraconstitucional o juiz deve extrair da norma constitucional o conteúdo necessário para a resolução do conflito. Somente assim que se preservará uma efetiva aplicação do direito civil em consonância com o seu tempo, capaz de enfrentar os desafios que se apresentam no contínuo intenso processo de evolução das relações humanas (NALIN, 2021, p. 45).

Trazendo para o caso em análise, poderia o legislador, por exemplo, em vez de previamente determinar de forma estanque o que são dados sensíveis previamente ao processamento, analisar a situação considerando a finalidade de sua utilização, considerando os princípios que regem a LGPD e a possibilidade

de que ele venha a gerar informações sensíveis relacionadas especificamente a um indivíduo determinado. (MALHEIROS [et al], 2020, p. 153).

Em resumo, na visão do doutrinador parte-se da premissa de que todos os dados sob tratamento devem ter a sua atenção sob a perspectiva que podem se tornar sensíveis e, diante desses aspectos, analisar a finalidade do uso dos dados gerados para então proceder a sua classificação. Ou seja, invertendo a lógica do sistema, de uma definição prévia para uma análise posterior. (MALHEIROS [et al], 2020, p. 153).

Assim, a compreensão para a proteção dos dados pessoais “deve ser abrangente e relacionar tanto aqueles que obviamente permitem a identificação do indivíduo, de características ou ações suas, como aqueles que permitam essa constatação indiretamente, mediante processamento de dados” (MALHEIROS, 2020, p. 153).

5 CONCLUSÃO

O presente artigo trouxe, de forma breve, a evolução da proteção de dados pelo mundo, mostrando os casos de grande repercussão ocorridos nos Estados Unidos e na Europa. Foi feita uma breve análise da implementação da legislação de proteção de dados no Brasil diante dos diversos cenários ocorridos mundialmente.

No segundo capítulo, apresentou os aspectos trazidos pela Lei Geral de Proteção de Dados que permitiram conceituar os dados pessoais como aquelas informações relacionadas as pessoas identificadas ou passíveis de identificação. Da mesma forma, foi posto que há um seletivo grupo de hipóteses que recebem a nomenclatura de “dados pessoais sensíveis” e que, por essa razão, o seu tratamento exige maiores cuidados.

Como ficou demonstrado, a lei não esclareceu os reais motivos ensejadores da definição dos dados indicados como sensíveis, levando a entender pela análise da doutrina que são dados que possam gerar algum tipo de discriminação.

Por fim, no último capítulo, foi feita uma análise se o rol trazido pela lei se trata na verdade de um rol exemplificativo ou taxativo e sobre a possibilidade de

sua ampliação diante da hipótese de dados de caráter discriminatório não previstos no referido rol. Para tanto, fez-se uma análise doutrinária a fim de demonstrar a necessidade de o Direito atentar-se na sua interpretação não somente a lei propriamente dita, mas às fontes do Direito de uma forma ampla.

Foi, nesse aspecto utilizado o método indutivo, partindo-se do aspecto central que é a definição pela Lei Geral de Proteção de Dados do que vêm a ser dados sensíveis, para uma visão geral passando pela análise da doutrina e decisões judiciais.

Sabido que o Direito à proteção de dados pessoais emerge como um Direito novo e que são necessários mecanismos de conformidade a fim de proteger o indivíduo sempre que seus dados pessoais sejam coletados e tratados. No entanto, a indicação de forma estanque do rol dos dados sensíveis não parece a melhor alternativa a ser utilizada pelo legislador. Como demonstrado da análise de decisões de outros países, como no caso da Alemanha, a análise dos dados após o seu processamento evitaria a possibilidade de incoerências na aplicação da norma.

Portanto, ainda de que forma inicial, a taxatividade do rol dos dados sensíveis, conforme previsão do art. 5º, II, da LGPD mostra-se um afronta ao Direito fundamental à proteção de dados em razão das hipóteses apresentadas de dados de caráter discriminatório, para utilizar do mesmo motivo elencado pela lei e que não estão indicados no rol.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Leonardo Neves de. **A evolução histórica, normativa e judicial da proteção de dados:** um estudo sobre a influência dos padrões europeus sobre a LGPD. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Marco Civil da Internet. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo em Recurso Especial nº 2.130.619 - SP (2022/0152262-2), Relator Ministro Francisco Falcão, julgado em 07.03.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6387/DF – Distrito Federal. Relatora: Ministra Rosa Weber. julgado em 07.05.2020.

BLUM, Renato O. **Data Protection Officer (Encarregado):** teoria e prática de acordo com a LGPD e o GDPR. 1.Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil,2020. Pgs.57-72

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função.** Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; Barueri,SP Manole, 2007. Cap. 3 - Direito e Ciências Sociais.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Daniel. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos. SILVA, Gabriela Buarque Pereira. **Privacidade e proteção de dados pessoais durante a pandemia de Covid19.** In: Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 6 n.4.

FACCHIN, Luiz Edson. **Direito Civil:** Sentidos, Transformações e Fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** Trad. Alexandre Salim; Alfredo Copetti Neto et all. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GODINHO, Adriano Marteleto. coord. por Guilherme Magalhães Martins, Nelson Rosenvald. **Responsabilidade civil e novas tecnologias.** Indaiatuba,SP: Ed. Foco, 2020.

MALDONADO, Viviane Nóbrega coord. LGPD: **Lei Geral de Proteção de Dados pessoais**: manual de implementação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Pgs. 11-34.

NALIN, Paulo. VENAZZI, Karen. COPI, Lygia Maria. **Introdução sobre a metodologia civil constitucional e a sua pós-constitucionalização**. In: Pós-constitucionalização do Direito Civil: novas perspectivas do Direito Civil na Constituição Prospectiva. Org. Paulo Nalin, Lygia Maria Copi, Vitor Ottoboni Pavan. Londrina, PR: Thoht, 2021.

MALHEIROS, Pablo [et al]. **Direito Civil e Tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

PALHARES, Felipe [et al]. **Temas Atuais de proteção de dados**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PINHEIRO, Patrícia Peck [et al]. **Segurança digital**: proteção de dados nas empresas. São Paulo: Atlas, 2021.

SÁ, Priscila Zeni de. **Poder Judiciário e as Cláusulas Gerais**. Parâmetros para concretização no Direito Civil-Constitucional. 1. Ed. Florianópolis: Tiranti Lo Blanch, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**. Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SCHREIBER, Anderson [et al]. **Direitos fundamentais e sociedade tecnológica**. coord. por Anderson Schreiber, Guilherme Magalhães Martins, Heloísa Carpena. Indaiatuba, SP: Ed. Foco, 2020.

Submissão: 11.abr.24

Aprovação: 15.abr.24

**PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA
DE GÊNERO, RESILIÊNCIA E AUTONARRATIVA:
NARRATIVAS FEMININAS TÊM VALOR!**

***TRIAL PROTOCOL WITH A GENDER, RESILIENCE
AND SELF-NARRATIVE PERSPECTIVE:
FEMALE NARRATIVES HAVE VALUE!***

Deise Brião Ferraz

Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, com bolsa PROSUC/CAPES, Mestre em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG, com bolsa CAPES/DS. Líder de pesquisa do CNPq/FURG no grupo “Direito Sistêmico e Métodos Adequados de Resolução de Conflitos”. Membro do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas do PPGD da UNISC. Advogada, Jornalista e Psicanalista. E-mail: deise-bferraz@gmail.com

Marli Marlene Moraes da Costa

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, com pós-doutoramento em Direito pela Universidade de Burgos - Espanha, com bolsa CAPES. Professora da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Coordenadora do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas do PPGD da UNISC. Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar Sistêmica. E-mail: marlim@unisc.br

Resumo

A autonarrativa das mulheres em processos judiciais que versam explícita ou implicitamente sobre gênero pode colaborar com o seu processo de resiliência?

Este é o problema que orienta esta pesquisa e que parte de hipótese afirmativa, com o objetivo geral de demonstrar que a autonarrativa, especialmente a partir da credibilidade e peso dado à voz das mulheres pode ter um efeito resiliente. Resiliência é aqui compreendida como um processo de retomada do desenvolvimento após eventos ou vivências traumáticas ou de difícil elaboração. O peso elevado que deve receber a palavra da mulher é uma previsão do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero e segue recomendação do Comitê CEDAW para o acesso das mulheres à Justiça, livre de estereótipos e com equidade de gênero. Como objetivos específicos pretende-se apresentar a necessidade de uma análise de gênero do fenômeno legal; posteriormente, será abordada a complexidade e dinamicidade dos conflitos interpessoais e seus efeitos psíquicos eventualmente traumáticos e, ao final, serão apresentados e relacionados os conceitos de resiliência e elaboração autonarrativa, bem como o papel dos(as) juristas como tutores de resiliência implícitos. O método de abordagem utilizado é o indutivo, com método de pesquisa bibliográfico e documental e o método procedimental é o monográfico. As conclusões apontaram para a possibilidade da atuação de juristas como tutores de resiliência em suas práticas jurídicas, propiciando um espaço seguro e respeitoso para a autonarrativa das mulheres quando do seu ingresso no judiciário, colaborando, assim, com seus processos de retomada do desenvolvimento, já que as condições afetivas da resiliência são especialmente estimuladas pelos vínculos desenvolvidos no entorno.

Palavras-chave: Resiliência. Autonarrativa. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. Gênero.

Abstract

Can women's self-narrative in legal proceedings that explicitly or implicitly address gender contribute to their resilience process? This is the problem that guides this research and which starts from an affirmative hypothesis, with the general objective of demonstrating that self-narrative, especially based on the credibility and weight given to women's voices, can have a resilient effect. Resilience is understood here

as a process of resuming development after events or experiences that are difficult to deal with. The high weight that women's words should receive is a prediction of the Trial Protocol with a Gender Perspective and follows the CEDAW Committee's recommendation for women's access to justice, free from stereotypes and with gender equality. As specific objectives, we intend to present the need for a gender analysis of the legal phenomenon; subsequently, the complexity and dynamism of interpersonal conflicts and their possibly traumatic psychic effects will be addressed and, finally, the concepts of resilience and self-narrative elaboration will be presented and related, as well as the role of jurists as implicit resilience tutors. The approach method used is inductive, with a bibliographic and documentary research method and the procedural method is monographic. The conclusions pointed to the possibility of jurists acting as guardians of resilience in their legal practices, providing a safe and respectful space for women's self-narrative when they enter the judiciary, thus collaborating with their processes of resumption of development, already that the affective conditions of resilience are especially stimulated by the bonds developed in the environment.

Keywords: Resilience. Self-narrative. Protocol for Trial with a Gender Perspective. Gender.

1 INTRODUÇÃO

Os conflitos são inerentes à natureza humana. Logo, não sendo possível evitá-los, a busca parece apontar para um outro caminho que diz respeito ao seu tratamento e condução. As políticas públicas de tratamento de conflitos cada vez mais se desenvolvem e caminham no sentido de que justamente por serem os conflitos uma consequência da condição humana em sociedade, eles não comportam em si uma posição negativa ou positiva, mas dependem, sobretudo, de sua condução.

Nem sempre o processo judicial é capaz de atender às necessidades prementes dos sujeitos, inclusive porque no curso de uma demanda judicial há um intenso processo pessoal cansativo e, muitas vezes, traumático. Quando

estes processos versam explicitamente sobre gênero ou são atravessados por essa categoria, tão mais traumáticas podem ser as questões ambientais que envolvem seu desfecho, sobretudo para as mulheres. Como seria possível então, oferecer condições de possibilidade para que estes conflitos adquiram contornos saudáveis para os envolvidos?

Este artigo parte da hipótese de que a autonarrativa - aqui entendida a partir da credibilidade e peso dado à voz das mulheres nos processos judiciais -, pode ter um efeito resiliente. O conceito de resiliência é compreendido a partir da literatura selecionada como um processo de retomada saudável do desenvolvimento - e não apenas de sobrevivência - após uma vivência traumática ou de difícil elaboração (como ocorre em conflitos judicializados muitas vezes).

As condições de escuta que conferem peso e credibilidade à palavra da mulher estão previstas no Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero e seguem recomendação do Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) para o acesso das mulheres à Justiça, livre de estereótipos e com equidade de gênero. Considerando-se o recorte inovador aqui trazido e a recenticidade do Protocolo, justifica-se a importância deste trabalho, uma vez que aspectos subjetivos e não meramente jurídicos são abordados com menos frequência na área do Direito.

É notável que em quase duzentos anos de ensino jurídico no Brasil, já foi exaustivamente debatida a ideia de que os egressos do curso de Direito são herdeiros de uma formação com forte viés dogmático que destina grande ênfase às normas, leis, procedimentos e jurisprudência. Historicamente, o Direito é proclamado como um espaço neutro, imparcial e promotor da justiça. Entretanto, se as práticas jurídicas forem neutras, elas estarão inevitavelmente deslizando para corpos masculinos, embranquecidos, heteronormativos, proprietários, uma vez que esse é o sujeito universal para quem e a partir de quem o Direito se erigiu. O Direito não precisa (e nem deve) ser neutro, precisa (e deve) ser equânime, pois esse é o caminho possível para a reparação das assimetrias existentes entre homens e mulheres nas vias judiciais.

O método de abordagem aqui utilizado é o indutivo, partindo-se de um recorte específico do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero para alcançar uma formulação abrangente. O método de pesquisa é o bibliográfico e documental e o método procedimental é o monográfico.

Para cumprir a proposta ora apresentada, será abordada a complexidade e dinamicidade dos conflitos interpessoais e seus efeitos psíquicos, também se evidenciará a necessidade de uma análise de gênero do fenômeno legal; posteriormente, serão apresentados e relacionados os conceitos de resiliência e elaboração autonarrativa, bem como o papel dos(as) juristas como tutores de resiliência implícitos.

Mais do que nunca é preciso falar sobre as vivências traumáticas que abarcam as experiências de mulheres no mundo e sobre novas construções para sairmos de seus escombros. No momento de seu acesso à Justiça, mais ainda: é preciso que sua autonarrativa seja ouvida e respeitada, com peso e valor adequado, livre de estereótipos e desigualdades de gênero. E os(as) juristas podem ajudar nisso.

2 NOVOS CAMINHOS (OU NOVAS FORMAS DE CAMINHAR) NAS PRÁTICAS JURÍDICAS

Nem todas as respostas estão nas normas e procedimento jurídicos, como já apontava Warat (2010, p.14) ao dizer que é justamente por isso que juristas não se permitem expandir o olhar para realizar as práticas sociais de justiça. Como resposta ao excesso de conservadorismo dogmático, sugere que é necessário um agir pragmático fundado em uma teoria elaborada no próprio dever da realidade que se tenta transformar com os outros, produzindo a teoria no entre-nós do social.

É interessante pensar o quanto a formação jurídica, em vias de completar duzentos anos no Brasil mantém-se dentro de limites bem definidos e até peculiares, também atravessada e construída em uma sociedade estruturalmente patriarcal. Rodrigues (2000) aponta para as idiosincrasias do ensino jurídico que, ao se manter aprisionado em seu conservadorismo e dogmatismo exegético, se distancia das reais necessidades sociais esquecendo a questão da eficácia e legitimidade.

Pergunta-se aqui como o Direito pode ser emancipatório? Como pode contribuir com seu entorno para além dos rituais jurídicos que cumpre? E quando todas essas minúcias se deparam com questões de gênero explícitas ou transversais, estarão o Direito e também seus juristas – herdeiros de um ensino quase sempre desconectado das práticas sociais – preparados para uma resposta transformadora para a tessitura social ou servirão apenas como perpetuadores de desigualdades de gênero?

Levando adiante essas considerações fundamentais é que este trabalho se propõe a pensar as implicações da prática jurídica através da apresentação de possibilidades de um Direito que se coloca em marcha a fim de encontrar o social e satisfazer seu compromisso não enquanto teoria desconectada da realidade, mas enquanto agente participe dos processos de condução satisfatória dos conflitos humanos. Para isso, importa trazer a ideia expressa por Pedro Demo (2011) de que a teoria e prática da pesquisa devem ultrapassar os muros da academia e da sofisticação instrumental e constituir o processo de formação educativa. Construir caminhos. Pois pesquisar apenas para saber, diz o autor, por si só já seria proposta alienante. Saber é fenômeno político ligado aos interesses sociais.

Nesse mesmo compasso, Capra e Mattei (2018) lembram que um primeiro passo para transformar a visão de mundo estabelecida consiste em contestar a visão profissional estabelecida do ordenamento jurídico como algo separado de suas comunidades de usuários e criadores. Note-se que as novas tecnologias fizeram emergir um novo ser humano hiperconectado, deixando para trás uma época de previsibilidade e controle, e migrando para uma época de significativas mudanças na história da cultura humana, daí a necessidade da busca do desenvolvimento de novas ferramentas de aprendizagem, de novos instrumentos e de um reposicionamento do ser humano diante da realidade do cotidiano da vida. (MATURANA; VARELA, 2001).

É preciso compreender que o processo de conhecer e de aprender são processos autopoieticos que envolvem a totalidade do ser humano e o meio em que ele vive. “Estamos experienciando uma época da humanidade em que já não

há lugar para qualquer tipo passividade, nem de rigidez física, mental, intelectual, emocional como a institucional” (MORAES, 2003, p. 28).

Nesse compasso, é aqui compartilhada a compreensão de que o Direito pode trilhar caminhos que contemplem novas práticas jurídicas que consideram a importância das habilidades relacionais, o que se passará a apresentar. Mas, antes disso, é indispensável que se abordem alguns traços importantes do conflito como fator ambiental importante na constituição dos sujeitos e seus efeitos na Psique humana.

2.1. Os conflitos como parte da natureza humana e seus efeitos psíquicos

Os conflitos são inerentes à natureza humana, mas o seu desfecho e os processos que desencadeiam a partir de experiências traumáticas e estressoras são multifatoriais e terão impactos diferentes em cada sujeito. Marodin e Breitman (2008) abordam o conflito inerente aos processos de desenvolvimento humano como dinâmico, como parte da vida e que pode tornar-se saudável ou doentio em conformidade com a forma como for conduzido. Para Gergen (1999) o conflito possui uma natureza endêmica e devemos nos ocupar em evitar que o antagonismo constante não possa produzir agressões, opressões e para que possamos conquistar aquele que é o principal desafio para o século, segundo ele: que consigamos continuar a viver juntos.

Compreende-se que, como processos, os conflitos devem ser conduzidos. Esta é a compreensão de enfrentamento tomada como mais adequada — a condução destes de forma a propiciar contornos saudáveis para todos os envolvidos. Acolhe-se o dito por Bobbio, Matteucci e Pasquini (2004), para quem raramente se suprime um conflito, ou se eliminam as causas, tensões ou contrastes que o geraram. Ademais, o conflito em si é potencialmente transformativo: se bem conduzido pelas pessoas, pode desenvolver e integrar as capacidades de força individual e empatia pelos outros.

Conforme já referido, ao longo do ciclo da vida familiar, as crises, apesar de representarem momentos de instabilidade, podem ser molas propulsoras de crescimento, impulsionando as famílias a atingirem o que Falcke e Wagner (2005) denominam de estados maturacionais mais evoluídos. Portanto, maior é a importância de uma abordagem multifacetada, em que se contemplem os mais diversos aspectos das situações e, fundamentalmente, em que se possa oferecer o apoio da forma mais abrangente possível. Além disso, abordar a noção de que o conflito é gerador de transformação, e que deve ser conduzido nesse sentido, pode ser muito importante para que se destaquem desse processo os aspectos de saúde, de otimismo, e que podem produzir bem-estar para as pessoas (SILVEIRA; FERRAZ, 2018).

O processo judicial faz a abordagem do conflito como se este fosse um fenômeno jurídico, tratando, exclusivamente, daqueles interesses que são juridicamente tutelados e mais, daqueles interesses que foram levados ao Judiciário por meio dos petítórios. Dessa sorte, exclui aspectos do conflito que podem ser tão importantes quanto aqueles judicializados, ou, em alguns casos, até mais relevantes do que eles, como é o caso do estabelecimento de vínculos positivos e saúde mental dos envolvidos.

Aliado a todos esses fatores, ocorre com frequência no Judiciário a naturalização das relações familiares, que são vistas como inadequadas ao suposto modelo socialmente estabelecido para ser seguido. Isso pode conduzir a discursos normativos que influenciam não somente a maneira de conduzir os processos por parte dos profissionais, mas, sobretudo, a aceitação da população atendida que se entende como anormal ou patológica por não atender a esses preceitos pré-estabelecidos. Isto pode aumentar, significativamente, o estigma da judicialização de suas desavenças, agravando a situação estressora.

Este contexto seria um dos fatores que interferem sobremaneira na condução do litígio, e que, uma vez não elaborado de forma saudável por todos os atores envolvidos, poderá representar fator de soma na sensação de incompetência das famílias e contribuir para a manutenção das teorias que permeiam

o imaginário social de desestruturação como causador de aumento de conflitos familiares. Todas estas experiências vividas a partir do nascimento de um conflito interpessoal judicializado ou não, poderão deixar seu registro traumático.

Importa explicitar que o trauma pode ser apontado como um “[...] evento com o qual uma pessoa, com suas capacidades psicológicas, é incapaz de lidar.” (RUPPERT, 2020, p. 41). Ou seja, para cada Psique esses eventos podem ter um desfecho traumático ou não a depender dos recursos psicológicos que o sujeito dispõe, dos elementos presentes no contexto que o circunda e da presença ou ausência de tutores de resiliência. Justamente aqui reside a atenção deste trabalho.

Pessoas traumatizadas se tornam hipervigilantes em relação às ameaças. Van Der Kolk (2020) afirma que pessoas traumatizadas têm a tendência de projetar seus traumas em tudo que as cerca e, portanto, não são aptas a decifrar o que ocorre realmente em seu entorno. Dessa definição que vem a corroborar os estudos sobre o trauma, decorre a lógica de que há na sociedade e no judiciário, para além das partes processuais, juízes(as), servidores(as), advogados(as) traumatizados, projetando seus afetos aflitivos em processos. Uma sociedade que carrega as marcas do trauma.

Tais vivências podem produzir efeitos ainda mais traumáticos para as mulheres, marcadas pela construção social que as permeia, baseada em estereótipos de gênero e desigualdades estruturais avassaladoras. É o que pode se extrair a partir de uma análise de gênero do fenômeno legal. Facio (1999) esclarece que o androcentrismo atravessa todas as instituições e adota como parâmetro o homem, branco, heteronormativo, assim como a anatomia humana toma como modelo esse corpo masculino a partir do qual estabelece relações comparativas com o corpo feminino.

Severi (2016) aponta que as mulheres são consideradas categoria suspeita por parte das instituições: suspeita-se que mintam, exagerem em seus relatos, sejam vingativas ou mesmo interesseiras. Sua palavra é colocada em suspeição porque há um comportamento naturalizado que especifica o lugar onde essas mulheres deveriam estar e, caso estivessem, nada de ruim lhes teria acontecido.

Esse discurso estabelecerá de forma absolutamente leviana que, por exemplo, se tivessem usado roupas menos sedutoras nos casos de violência sexual, se não tivessem perdoado seus companheiros que prometeram mudança, se tivessem exercido a maternidade “como uma mulher deve fazer”, não precisariam estar na justiça.

Compreendido que o trauma não é apenas um fato ocorrido no passado, mas também é uma marca, um selo psíquico deixado por essa experiência na mente, no cérebro e no corpo e que implica diretamente no modo como sobrevivemos no presente, entende-se que ele é a marca do passado, viva, no presente. Mais do que nunca é preciso falar sobre traumas e novas construções para sairmos de seus escombros. No caso das mulheres, mais ainda: é preciso que sua narrativa seja ouvida e respeitada. Que suas palavras não sejam motivo de dúvida e constrangimento. Que seu encontro com o Judiciário não seja apenas um momento traumático, mas que possa ser um momento de resolução de seus conflitos com respeito, equidade, escuta, segurança e possibilidades de uma retomada resiliente.

Já que não cabe aos juristas, por óbvio, impedir a vivência traumática – isso porque são os últimos a chegar a um conflito quando ele já está posto –, pode-se, pelo menos, colaborar com os processos de resiliência dentro dessa estrutura jurídica. Isso pode ser trabalhado a partir de um espaço seguro e respeitoso de escuta, em que a voz das mulheres tem credibilidade e peso em processos judiciais, conforme orienta a metodologia de julgamento com perspectiva de gênero contida no Protocolo.

2.2. Porque uma análise de gênero do fenômeno legal?

Primeiramente, importa referir que há um claro reconhecimento dos organismos internacionais e nacionais a respeito da desigualdade de gênero, inclusive no âmbito do Poder Judiciário, mesmo em demandas que não versam explicitamente sobre o tema. Tanto é verdadeira esta constatação que o Brasil conta

com um Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero cuja obrigatoriedade¹ de capacitação de magistrados e magistradas foi instituída.

A formulação trilha o caminho necessário e esperado para atender o compasso de compromissos internacionais ratificados pelo Brasil, a Agenda 2030 da ONU, a luta desenvolvida no seio dos movimentos feministas e a própria experiência das peculiaridades brasileiras em relação às desigualdades estruturais de gênero (COSTA; FERRAZ, 2023).

É o caso das orientações expressas da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher (CEDAW)² – ratificada em 1984³ pelo Brasil – e que prevê o estabelecimento de todas as iniciativas necessárias, em diferentes frentes de embate, para a eliminação da discriminação contra a mulher. A CEDAW não versa sobre discriminações explícitas e evidentes, somente, mas aprofunda essa compreensão através de um dos objetivos que persegue, conforme depreende-se de seu Art. 5º, “a”, quando menciona que é preciso modificar os padrões socioculturais a fim de alcançar uma desconstrução na ideia posta sobre inferioridade ou superioridade dos sexos e sobre as funções estereotipadas de homens e mulheres – que se aproxima da ideia proposta neste artigo sobre uma pretensa universalização do feminino.

-
- 1 A Resolução n. 492 de 17 de março de 2023 estabelece, para adoção nos julgamentos em todo o Poder Judiciário, as diretrizes do protocolo aprovado pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria CNJ n. 27/2021, institui a obrigatoriedade de capacitação de magistrados e magistradas, relacionada a direitos humanos, gênero, raça e etnia, em perspectiva interseccional, e cria o Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário e o Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário.
 - 2 BRASIL. DECRETO Nº 4.377, DE 13 DE SETEMBRO DE 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460 de 20 de março de 1984. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em 25 mar. 2023.
 - 3 Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1979, entrando em vigor em 03.09.1981. Ratificada pelo Brasil, com reservas, em 01.02.1984, entrou em vigor em 02.03.1984.

Em termos de compromissos assumidos pelo Brasil, há ainda a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher – a Convenção de Belém do Pará⁴ -, ratificada em 1995⁵. O referido documento segue as mesmas diretrizes da CEDAW, trilhando um caminho que abrange todas as formas de discriminação e persegue sua erradicação, mas que também registra como direito da mulher “[...] ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação.”, conforme o artigo sexto destaca.

Em que a pese o intuito que aproxima ambas as Convenções, há de se destacar que a Convenção de Belém do Pará abarca marcadores de opressão não explicitamente mencionados na CEDAW – embora o Comitê tenha elaborado recomendações posteriores nesse sentido. Faz isso em seu nono artigo considerando as especificidades que se somam ao Ser Mulher, tornando sua situação mais vulnerável em razão de raça, etnia, faixa etária e outras discriminações múltiplas e interseccionais.

Especificamente no que se refere ao acesso das mulheres à Justiça, há expressa recomendação – a n. 33 -,⁶ do Comitê CEDAW para que os estados-parte adotem medida, inclusive programas de conscientização e capacitação de todos(as) operadores(as) do sistema de justiça para a eliminação dos estereótipos e, sobretudo, para tratar da questão da credibilidade e do peso dado às vozes, argumentos e depoimentos das mulheres, como partes e testemunhas. Nesse sentido, o Protocolo de Gênero (CNJ, 2021, p. 95) afirma que:

4 BRASIL. DECRETO Nº 1.973, DE 1º DE AGOSTO DE 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm Acesso em 20 mar. 2023.

5 Adotada em 9 de junho de 1994 e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995.

6 NAÇÕES UNIDAS. Comitê Sobre a Eliminação da Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW). Recomendação Geral n. 33: acesso das mulheres à justiça. Lisboa: Plataforma portuguesa para os direitos das mulheres, 2013. Disponível em: <https://plataformamulheres.org.pt/projectos/cedaw4all/recomendacoes-gerais/>. Acesso em: 27 ago. 2023.

Ao lado do ideal romântico da figura materna, o gênero feminino, sempre que não se encaixa na expectativa social, é rotulado com estereótipos como o da vingativa, louca, aquela que aumenta ou inventa situações para tirar vantagem, ou seja, a credibilidade da palavra e intenções da mulher sempre são questionadas.

Também é por isso que o Protocolo vai apresentar diferentes procedimentos para averiguação de qualquer desigualdade de gênero que esteja se fazendo presente. Vai questionar, por exemplo, se as perguntas feitas estão desqualificando a palavra da depoente de alguma forma ou tentando enquadrá-la em algum estereótipo. Também verifica se as provas estão imbuídas de estereótipos de gênero ou construídas sobre ideias falsas e pré-concebidas relativas a gênero.

Perguntará, ainda: “Minhas experiências pessoais podem estar influenciando a minha apreciação dos fatos?” e “Posso estar dando peso a um evento que só parece importar por ideias pré-concebidas que permeiam minha visão de mundo?” (CNJ, 2021, p. 49). Não restam dúvidas no documento: a palavra da mulher deve ter um peso elevado em um julgamento atento ao gênero, e quando o que está em discussão é a violência de gênero, as declarações da vítima são meio de prova inquestionável diante de sua hipossuficiência processual perante o agressor e a violência.

O reconhecimento dos direitos das mulheres nem sempre é compatível com a realidade vivenciada em suas experiências no Judiciário. Entre o acesso à justiça a fruição desse direito constitucionalmente previsto, há muitos obstáculos que acompanham o Ser Mulher: é preciso ter com quem se deixar os filhos, é preciso ter condições financeiras de se deslocar até os fóruns e defensorias públicas, é preciso faltar ao trabalho (muitas vezes precário e informal), é preciso compreensão sobre documentos e a linguagem jurídica que está sendo utilizada, outras vezes é preciso lidar com os riscos de uma represália do ex-companheiro. Os direitos podem ser iguais, mas as vivências são absolutamente distintas. E aqui começam os sinais de porquê é indispensável se falar em uma perspectiva de gênero. (COSTA; FERRAZ, 2023)

O feminino é sempre o Outro e sua existência é sempre a oposição, a outridade, do masculino. A existência de determinadas leis, jurisprudências, doutrinas, teorias e mesmo a ausência delas permite assimilar que não existem leis neutras baseadas em uma igualdade formal capaz de produzir os mesmos efeitos para diferentes gêneros:

Si bien es cierto que las mujeres conocemos menos nuestros derechos, y que aún conociéndolos, no tenemos el mismo acceso a la administración de justicia, también lo es que las leyes en sí, son androcéntricas y por ende nunca han reflejado nuestras necesidades, potencialidades ni características. Los problemas legales que tenemos las mujeres no se deben solamente a que los y las funcionarias judiciales y policías nos discriminan a la hora de aplicar las leyes genéricas; se debe también a las leyes que no existen, a todas las instituciones que no se han creado, y a la falta de una doctrina jurídica desde la perspectiva de la mujer como género subordinado. Pero por sobretodo, Se debe a que esas leyes genéricas, en realidad si tienen género y ese género es el masculino. (FACIO, 1999, p. 91).

Severi (1999) aponta que a perspectiva de gênero no judiciário pode devolver um pouco da confiança dessas mulheres na instituição para que se sintam em condições de buscar respostas jurídicas que de fato venham ao encontro dos compromissos internacionais ratificados pelo Brasil: de erradicação de qualquer forma de discriminação contra elas.

Não basta que se disponha em condições de igualdade dos mesmos direitos que os homens. Essa igualdade é importante em termos de Direitos Humanos e reconhecimento de direitos quando em tempo de exercê-los revelam-se as diferenças que marcam o gênero e outros graus de diferenciação que se sobrepõem em razão de raça, classe, etnia. Se o Direito moderno liberal é androcêntrico, por óbvio que essa pretensa neutralidade e igualdade formal acaba apenas por agravar as desigualdades e discriminação em razão de gênero, desconsiderando vivências específicas das mulheres.

Não há uma base única e universal que compreenda uma identidade comum para as mulheres e tal concepção reforça a falsa ideia de que a opressão sofrida pelas mulheres dá-se de maneira uniforme por uma estrutura de dominação masculina universal. Essa noção de patriarcado universal fracassa, na medida em que não consegue explicar as diversas formas de opressão de gênero em contextos culturais específicos, tampouco a transversalidade das opressões de gênero, junto à classe, raça, etnia e outras (FERRAZ; OLEA, 2019).

A biologização de aspectos dados como inerentes ao feminino atua, pela via da linguagem chegando ao simbólico na construção de uma racionalidade que aprisiona os corpos a determinadas construções sociais. Isso porque gênero não é uma categoria linear, mas é uma construção social.

Dentro desse espectro, foram popularizadas e inscritas na ordem do simbólico as ideias de que pessoas que nascem marcadas pelo sexo feminino são seres com constituição psíquica naturalmente empática, sensível, dócil e com habilidades manuais mais desenvolvidas, além de dotadas de uma certa dificuldade na tomada de decisão, raciocínio lógico e trato estatístico. Esse viés falacioso é erroneamente reforçado e confirmado através da linguagem e dos estereótipos de gênero que falam sobre “coisa de mulher” e “lugar de mulher”. Utiliza-se para esse fim, comumente, apenas a expressão “feminino”, como um guarda-chuva semântico que reafirma um comportamento social condizente com o sexo biológico.

No mesmo modo, o masculino também é tomado como adjetivo universal que nomeia e orienta a linguagem, suas significações e certas características e papéis gendrados, sendo adotado como o parâmetro a partir do qual se baseiam os Outros. A mulher é tida como o Outro, o que surge como o oposto do homem: o que não é homem, o que não é masculino, feminino é. Mulher é. O Direito e as instituições, em geral, tomam o homem branco, adulto, proprietário, heterossexual, como destinatário de direitos, alargando a faixa de discriminação a partir de uma igualdade formal que tenta se dirigir a todas as pessoas a partir do pressuposto de que são iguais. Uma pretensa neutralidade que contemple todas as pessoas descon siderando seus marcadores sociais, por si só, é parcial e enviesada. O Direito liberal burguês com seus mitos de uma neutralidade acaba por prestar um desserviço.

3 AUTONARRATIVA, RESILIÊNCIA E CREDIBILIDADE À VOZ DAS MULHERES

Cyrułnik (2015) compreende a resiliência como uma retomada, como um processo que recruta outras formas de desenvolvimento após uma experiência traumática e faz com que o sujeito possa retornar a estas vivências imprimindo-lhes um outro significado com o qual pode conviver em segurança. A resiliência não é uma característica inata biológica, mas uma condição de possibilidade para todas as pessoas e que depende de muitos fatores, como o ambiente no qual a pessoa traumatizada está inserida e que desempenha um papel importante na constituição de um envelopamento afetivo.

Em outra oportunidade, se escreveu que há a possibilidade da atuação de tutores de resiliência nesse processo de retomada do desenvolvimento e que os múltiplos vínculos têm efeito resiliente (COSTA; FERRAZ, 2022). Ou, nas palavras de Cyrułnik (2015, p. 44) “Quando o suporte afetivo do ambiente verbal permite uma elaboração da autonarrativa, pode-se avaliar uma retomada evolutiva dos estilos de apego.”.

Cyrułnik (2005) desenvolve a ideia de que estes tutores de resiliência são pessoas do entorno que oferecem suporte e um espaço seguro para a retomada do desenvolvimento. Pode ser a família, a escola, um professor ou alguém que assuma este papel significativo. Não apenas psicólogos e professores – tutores explícitos –, mas também pode haver esta escolha e conexão – ou encontro, como nomeia o autor –, de tutores de resiliência implícitos. Dessa decorrência, depreende-se que escolas, universidades, amigos, grupos, e também juristas podem colaborar com uma retomada do desenvolvimento resiliente, atuando como tutores de resiliência implícitos. Esses últimos no contexto de sua prática profissional jurídica, é claro, considerando-se os limites de sua atuação profissional não terapêutica.

Rutter (1987) define resiliência como uma variação individual em resposta ao risco e afirma que os mesmos estressores podem ser experienciados de maneira

diferente por diferentes pessoas. Assim, a resiliência não pode ser vista como um atributo fixo do indivíduo, mas é necessário dar ao conceito um toque de relatividade, podendo ser entendida como processos que envolvem condições ambientais e variações individuais. Não se fala, portanto, em indivíduos “resilientes” e “não resilientes”, devendo a noção de resiliência ser entendida como possibilidades presentes no cotidiano das pessoas ou grupos, como processos complexos e dinâmicos, dependentes das interações entre os indivíduos e entre estes e o ambiente.

A resiliência, portanto, implica o enfrentamento de uma situação de risco e se apresenta como um processo psicológico dinâmico, que surge com base na interação entre as características individuais o contexto social. O processo de resiliência se opera na presença de situações de risco, produzindo resultados que podem auxiliar as pessoas a enfrentarem e superarem adversidades e problemas na vida. Resiliência refere-se a um conjunto de processos de vida que possibilitam o enfrentamento de situações de sofrimento com consequente fortalecimento, transformação pessoal e superação das adversidades.

Deve se ressaltar, no entanto, que falar em mecanismos de proteção e risco implica abordar processos que são influenciados por diversos fatores que interagem ao longo do tempo, alterando a trajetória das pessoas, podendo o resultado dessas interações apresentar impacto no desenvolvimento destas. A compreensão do conceito, portanto, se torna possível quando se pensa em resiliência como um processo interativo entre as adversidades e os fatores/mecanismos de proteção que sejam próprios dos sujeitos ou externos a eles, bem como pelas competências que esses sujeitos possam desenvolver ao longo da vida e que possam auxiliar a obtenção de sucesso diante dos desafios e crises próprias da vida.

Nesse sentido, estudar processos de resiliência em pessoas vulnerabilizadas pelo conflito judicializado apresenta-se como forma de compreender o papel desempenhado, efetivamente, pelos ambientes de enfrentamento das crises, enquanto estruturas que podem sustentar mecanismos de proteção e desenvolver interações significativas e oportunizadoras de desenvolvimento humano.

Mecanismos de proteção seriam aqueles processos de incremento à resiliência e de inibição do impacto do risco e que tanto podem estar ligados às

características pessoais como a fatores externos, ambientais. O contexto e o sistema familiar podem afetar a adaptação do indivíduo, diminuindo ou exacerbando o impacto dos processos de risco.

Não se pode tirar do campo de visão a implicação dos contextos sociais no processo de resiliência por um minuto sequer. Que não se esqueça que o sujeito se constitui e desenvolve através de processos relacionais com o Outro e com o mundo. Inclusive, hoje, a neurociência trabalha com o conceito de Neuroplasticidade em que se admite que o cérebro humano é constantemente remodelado pelo ambiente. Nesse contexto, importa-nos pensar e questionar qual o papel de atuação do universo jurídico e os pares que o compõe – que incluem partes, advogados(as), juízes(as), servidores(as), professores(as), todos - nos conflitos judicializados e não judicializados. Nesse sentido, Warat (2010):

A partir de algumas interpretações psicanalíticas poderíamos dizer que essa busca de segurança responde às necessidades psíquicas do homem de se encontrar ou se reencontrar com o grande Outro ou de responder aos impulsos derivados das nostalgias da primeira mamada; ambas as interpretações falam da necessidade psicológica do homem de se reencontrar com uma sensação de segurança derivada do momento mítico de sua imbricação simbiótica com a mãe. Recuperar o efeito simbólico dessa simbiose força o homem à busca e à construção de crenças substitutivas que na modernidade são encontradas na razão e na sensação de segurança que o Direito lhe empresta. (WARAT, 2010, p. 51).

A possibilidade desenvolvida neste artigo para a contribuição com os processos de retomada resiliente diante de conflitos, especificamente tratando do percurso de mulheres no Judiciário, aposta na autonarrativa, a partir da credibilidade e peso dado à voz das mulheres, conforme estabelece o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. Também através de um ambiente seguro, respeitoso, capaz de escutar ativamente.

Cada sujeito responde à ideia que faz de si mesmo, segundo Cyrulnik (2013), mas essa representação expressa-se diferentemente segundo o contexto familiar e cultural, de forma que um sujeito pode se calar em um meio e falar em outro. Ou seja, não apenas falar é o que importa, mas ser considerado pelo seu contexto. Acreditado, validado, compreendido e visto. É o exercício de sua identidade narrativa da própria história, capaz de lhe provocar elaborações importantes sobre como as coisas aconteceram, como olhar para isso, e que lhe converte em sujeito dono de seu destino, com acesso ao mundo das palavras.

A elaboração da autonarrativa permite a transição das partes interagentes de um conflito, do estatuto de objeto ao de sujeito de sua história. Também é aquilo que faz a palavra ter validade por si só, que faz o indivíduo ser acreditado, validado, reconhecido. Falar em autonarrativa é falar em protagonismo, elaboração e resiliência, em empatia. Van Der Kolk (2020, p. 276) corrobora essa compreensão afirmando que quando sentimos que somos ouvidos e compreendidos algo muda também em nossa fisiologia, iluminando nosso cérebro límbico, enquanto que “[...] ser recebido com silêncio e incompreensão mata o espírito.”

A reelaboração narrativa permite esse trabalho que os psicanalistas procuraram provocar – mas também os romancistas, os cineastas, os filósofos, e todos os que conseguem se envolver em um trabalho afetivo da palavra. A representação íntima do trauma torna-se suportável a partir do momento em que ele é historicizado; ela pode, então dar coerência ao mundo e criar no sujeito o sentimento de poder novamente gerenciá-lo. O ferido atribui um sentido às imagens impregnadas em sua memória e reelabora a emoção a elas ligadas assim que faz daquela vivência uma narrativa. Quando as narrativas são aceitas pelo meio familiar e cultura, a costura resiliente pode se fazer solidamente. (CYRULNIK, 2015, p. 50).

Damásio (2012, p. 19) admite que a emoção é parte integrante do processo de raciocínio. A razão não atua sozinha e quando a emoção não participa do raciocínio, a razão mostra-se falha. A emoção transmite informações cognitivas

por meio dos sentimentos, ainda que o paradigma cartesiano, olhando apenas para as partes fragmentadas, tenha compartilhado que a forma adequada de tomada de decisão deve ser meramente racional. Hoje compreende-se que a emoção faz parte da sala de máquinas da razão “E os sentimentos não são nem intangíveis nem ilusórios. Ao contrário da opinião científica tradicional, são precisamente tão cognitivos como qualquer outra percepção.”

Assim, a interação do sujeito com o ambiente mostra-se de fundamental importância para determinar a retomada resiliente do desenvolvimento, quando esse pode contar, dentre outros fatores, com um meio seguro e estimulante e com um estilo seguro de socialização. Como atuar como tutor de resiliência nas práticas jurídicas? Um caminho inicial é proporcionando condições afetivas para a resiliência baseadas em um ambiente seguro, uma escuta ativa e autonarrativa.

A elaboração da autonarrativa permite que o sujeito fale sobre si, e ao falar possa novamente elaborar, nomear emoções, e reconhecer o acontecimento da emoção aflitiva como parte do passado, para então poder se debruçar na condução presente de seu conflito. Isso só é possível quando sua voz e suas vivências não são questionadas ou diminuídas tomando por base os preconceitos de gênero do entorno. O lugar seguro para a autonarrativa é um lugar de não julgamento, presença, interesse, cooperação na construção do próximo passo. O profissional constrói um vínculo seguro, ainda que momentâneo, mas atua como mais do que um prestador de serviços que fala sobre lei. Atua como um tutor de resiliência dentro dos limites de sua atuação. É um trabalho afetivo da palavra que devolve o gerenciamento ao sujeito daquilo que é por ele historicizado. Tal trabalho cabe a todos juristas, sejam juízes(as), promotores(as), advogados(as).

Diniz (2019) ressalta que o patriarcado adora falar e escrever, mas raramente escuta: é um poder que cria e dissemina as histórias únicas, as mesmas que nos fazem desimaginar outras vidas e esperanças. Sempre estão lá os mesmos corpos – homens, embranquecidos na pele ou nos valores, ocupando o lugar de quem fala. Falar é fazer circular outras formas de vida. E escutar essas falas, sobretudo de mulheres, sem desconfianças infundadas e constrangimentos, é permitir que estas vidas circulem.

Alguns caminhos foram apontados neste trabalho. Nesse encontro entre o Direito, o conflito, a resiliência e a autonarrativa, um destes caminho está em consonância com Warat (2010, p. 217), que premiou a linguagem do afeto e do desejo, coroadas pelos Direitos de Alteridade, elencados como: a) Direito a não estar só; b) Direito ao amor; c) Direito à autonomia, encontro com a própria sensibilidade; d) Direito à autoestima; e) Direito a não ser manipulado; f) Direito a não ser discriminado, excluído; g) Direito a ser escutado; h) Direito a não ficar submisso; i) Direito a transigir à margem dos lugares comuns, dos estereótipos e dos modelos; j) Direito a fugir do sedentarismo como ideologia e retomar a pulsão da errância; k) Direito à própria velocidade; à lentidão. O Direito deve caminhar com o afeto.

4 CONCLUSÃO

Os conflitos humanos são dinâmicos e, por isso, a esta altura, já é possível compreender que, para conduzi-los adequadamente, com condições possibilitadoras de uma retomada resiliente, é preciso que juristas busquem soluções que só podem ser construídas a partir de um dever complexo da realidade. Especificamente neste trabalho o que está em análise é autonarrativa das mulheres quando do seu acesso à Justiça em processos que versem explícita ou implicitamente sobre gênero, propiciando condições para o seu desenvolvimento através da credibilidade e devido peso à sua voz – conforme prevê o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero.

A partir disso, foi apontada a possibilidade da atuação de juristas como tutores de resiliência no processo de retomada do desenvolvimento, já que as condições afetivas da resiliência são especialmente estimuladas pelos vínculos desenvolvidos no entorno. O sujeito se constitui e desenvolve através de processos relacionais com o Outro e com o mundo e está sujeito à Neuroplasticidade com o cérebro humano sendo constantemente remodelado pelo ambiente. Neste contexto, importa pensar e questionar qual o papel de atuação do universo jurídico

e os pares que o compõem – o que inclui partes, advogados(as), juízes(as), servidores (as), professores(as), todos. Já que a interação do sujeito com o ambiente mostra-se de fundamental importância para determinar a retomada resiliente do desenvolvimento, quando este pode contar, dentre outros fatores, com um meio estimulante e com um estilo seguro de socialização, o desfecho de suas emoções aflitivas têm mais chance de uma retomada saudável.

Os caminhos aqui apontados são na direção de que juristas possam 1) proporcionar condições para a resiliência baseadas em um ambiente seguro, respeitoso e que privilegie a autonarrativa; 2) estimular a elaboração da autonarrativa para que mulheres falem sobre si, suas vivências e sobre os fatos sem julgamentos, desconfianças, constrangimentos atravessados por preconceitos baseados em gênero, e ao falar possam novamente elaborar, nomear emoções, e se reconhecerem como protagonistas de sua história; 3) suscitar espaço de escuta ativa; 4) verificar que, ao falar, estas mulheres sejam ouvidas com o devido peso e credibilidade, sem a interferência de estereótipos de gênero.

Esta jornada é especialmente importante diante da severa desigualdade de gênero ainda existente no ambiente jurídico. Neste sentido, este artigo apontou que a perspectiva de gênero no judiciário pode devolver um pouco da confiança dessas mulheres na instituição para que se sintam em condições de buscar respostas jurídicas que de fato venham ao encontro dos compromissos internacionais ratificados pelo Brasil: de erradicação de qualquer forma de discriminação contra elas.

Juristas trabalham diariamente com situações que envolvem as habilidades em gestão de conflitos e disso decorre a necessidade de alterações no ensino jurídico que não deve ter como finalidade apenas o conhecimento da lei, mas também das questões pertinentes ao seu tempo, inclusive questões de gênero e interseccionalidades.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

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: Editora Cultrix, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**, 2021. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em 20 mar. 2023.

COSTA, Marli Marlene Moraes da. FERRAZ, Deise Brião. É possível pensar em Soft Skills nas práticas jurídicas? Resiliência e empatia como apostas, **Revista Rios**, ano 17, n. 35, dez. 2022.

_____. O protocolo de julgamento com perspectiva de gênero como resposta institucional à pretensa universalização do feminino, amparada nos esforços internacionais de eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 20, n.1, p. 114-127, 2023.

CYRULNIK, Boris. **Los patitos feos: La Resiliencia: Una infancia infeliz no determina la vida.** Barcelona: Editora Gedisa. 5. Ed. 2005.

_____. **Corra, a vida te chama: Memórias.** Rocco Digital. 1. Ed. 2013

_____. Resiliência: continuar a nascer. In: CABRAL, Sandra. CYRULNIK, Boris. (Orgs). **Resiliência: como tirar leite de pedra.** São Paulo: Casa do Psicólogo, 2015, p. 33-56.

CYRULNIK, Boris. MORIN, Edgar. **Diálogo sobre a natureza humana.** Lisboa: Instituto Piaget, 2004.

DAMÁSIO, António. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano.** Tradução de Dora Vicente e Georgiana Segurado. 3ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

DEMO, Pedro. **Pesquisa: princípio científico e educativo.** 14º ed. São Paulo: Cortez, 2011.

DINIZ, Debora. GEBARA, Ivone. **Esperança feminista**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2022.

FACIO, Alda. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. In: FACIO, Alda. FRÍES, Lorena (Editoras). **Género y Derecho**. Santiago de Chile: Ediciones LOM, 1999, p. 191. Disponível em https://www.agencianuba.com/equis/wp-content/uploads/2016/01/S_1_1.pdf Acesso em 02 fev. 2023.

FALCKE, Denise. WAGNER, Adriana. A dinâmica familiar e o fenômeno da transgeracionalidade: definição de conceitos. In: WAGNER, A. (Org.). **Como se perpetua a família? a transmissão dos modelos familiares**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005. p. 25-43.

GERGEN, Kenneth J. Rumo a um vocabulário do diálogo transformador. In: SCHINTMAN, Dora Fried. LITTLEJOHN, Stephen. (Org.). **Novos paradigmas em Mediação**. Tradução de Jussara Haubert Rodrigues e Marcos A. G. Domingues. Taos Institute Publications: Ohio, USA, 1999, p. 29-45.

FERRAZ, Deise Brião. OLEA, Thais Campos. Apontamentos históricos sobre o ingresso e permanência das mulheres no ensino jurídico brasileiro, **Revista Jurídica Luso Brasileira**, n. 4, 2019, p. 679. Disponível em <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-5-2019-n-4/200> Acesso em 04 jul. 2022.

MAIA, Yulli Rotter. FERRAZ, Deise Brião. (Org.) **Abordagem sistêmica no direito: um novo jeito de pensar e atuar na solução de conflitos**. Curitiba: CRV, 2021.

MARODIN, Marilene. BREITMAN, Stella. A prática moderna da mediação: integração entre psicologia e direito. In: ZIMERMAN, D. COLTRO, A.C.M. (Orgs.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. Campinas Ed. Millennium, 2008. p. 335-343.

MATURANA, Humberto. VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MORAES, Maria C. **Educar na biologia do amor e da solidariedade**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.

RODRIGUES, *Horácio Wanderlei*. O ensino do Direito, os sonhos e as utopias. In: _____ (Org.). **Ensino jurídico para que(m)?**. Florianópolis: Boiteux, 2000, p. 6-28

RUPPERT, Franz. **Simbiose e autonomia nos relacionamentos: O Trauma da Dependência e a Busca da Integração Pessoal**. Tradução de Newton de Araújo Queiróz. São Paulo: Cultrix, 2012.

RUPPERT, Franz. BANZHAF, Harald. **Meu corpo, meu trauma, meu eu: estabelecendo intenções, saindo do traumabiografia**. Organização e tradução de Lia Bertuol. Caxias do Sul, RS: Educs, 2020.

RUTTER, Michael. Psychosocial resilience and protective mechanisms, **American Journal of Orthopsychiatry**, Washington, v. 57, n. 3, p. 316-331, 1987.

_____. Resilience: some conceptual considerations. *Journal of Adolescent Health*, n.14, p. 626- 631, 1993.

SANTOS, Héllen Thaís. GARMS, Gilza Maria Zauhy. Método autobiográfico e metodologia de narrativas: contribuições, especificidades e possibilidades para pesquisa e formação pessoal/profissional de professores. In: **Anais do II Congresso Nacional de Formação de Professores, XII congresso estadual Paulista sobre Formação de Educadores**, 2012, p. 4095-4106.

SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos, **Revista Digital de Direito Administrativo**, v.3, n.3, 2016, p. 575. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/119320> Acesso em 02 fev. 2023.

SILVEIRA, Simone de Biazzi Ávila Batista da. FERRAZ, Deise Brião. A mediação de conflitos sob a perspectiva do desenvolvimento humano: as contribuições da psicologia positiva. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, p.192-211, 2018.

VAN DER KOLK, Bessel. **O corpo guarda as marcas: cérebro, mente e corpo na cura do trauma**. Tradução de Donaldson M. Garschagen. Rio de Janeiro: Sextante, 2020.

WARAT, Luis Alberto. **A Rua grita Dionísio! DIREITOS HUMANOS DA ALTERIDADE, SURREALISMO E CARTOGRAFIA**. Tradução e organização: Vivian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcellino Jr. e Alexandre Moraes da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Submissão: 8.set.23

Aprovação: 26.set.23

O REGISTRO EXTRAJUDICIAL DE PARENTALIDADE POR CASAIS HOMOAFETIVOS DIANTE DA REPRODUÇÃO CASEIRA

THE EXTRAJUDICIAL REGISTRATION OF PARENTING BY SAME-AFFECTIVE COUPLES CONTAINING HOME REPRODUCTION

Ana Carla Harmatiuk Matos

Doutora e Mestra em Direito pela UFPR e mestra em Derecho Humano pela Universidad Internacional de Andalucía. Tutora Diritto na Universidade di Pisa - Italia. Professora Titular na de Direito Civil da UFPR. Diretora da Região Sul do IBDFAM. Vice-Presidente do IBDCivil. Advogada. Conselheira Estadual da OAB-PR. Membro Consultora da Comissão Especial de Direito das Sucessões do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

E-mail: adv@anacarlamatos.com

Karine Corrêa

Mestranda em Direitos Humanos e Democracia pela UFPR, Especialista em Direito das Famílias e das Sucessões pela Faculdade Damásio de Jesus, Pós-Graduada em Direito das Mulheres e Direito e Processo Civil pela Faculdade Legale. Advogada.

E-mail: contato@karinecorrea.adv.br

Resumo

O presente artigo visa refletir acerca da (des)necessidade de judicialização do registro de parentalidade por casais homoafetivos, com recorte específico no que diz respeito às mulheres lésbicas e bissexuais, casadas ou em união estável, que planejaram ter filhos conjuntamente. Isso porque nosso ordenamento jurídico

preconiza a autonomia reprodutiva e o livre planejamento familiar. Entender essa problemática é fundamental para que, diante do julgamento da ADI 4722/ADPF 132, que reconheceu como entidade familiar a união estável entre pessoas do mesmo gênero, exercite-se plenamente a igualdade entre casais heterossexuais e homoafetivos, por meio do livre planejamento familiar, sem que seu direito à privacidade seja violado. Objetiva-se analisar os requisitos para a presunção dos filhos nascidos na constância do casamento ou da união estável, da parentalidade responsável e do livre planejamento familiar, dispostos tanto na Constituição Federal quanto no Código Civil. A metodologia utilizada foi a hipotético-dedutiva, partindo-se do pressuposto de que a presunção de paternidade, disposta no art. 1.597, V, do Código Civil, não inclui casais formados por mulheres que optam pela reprodução caseira, deixando de observar o princípio da igualdade e do livre planejamento familiar, contemplado na Constituição Federal de 1988, e da metodologia civil-constitucional, hermenêutica que visa à tutela da pessoa humana, sem qualquer distinção apriorística. Conclui-se, a partir da análise da legislação, que o princípio da igualdade substancial não é aplicado diante das diferenças, principalmente no que diz respeito aos casais formados por pessoas do mesmo gênero, em especial, às mulheres.

Palavras-chave: Direito homoafetivo. Direito das famílias. Filiação.

Abstract

His article aims to reflect on the (un)need for judicialization of parenthood registration for same-sex couples, with a specific focus on lesbian women, married or in a stable union, who planned to have children together. This is because our legal system advocates reproductive autonomy and free family planning. Understanding this problem is fundamental so that, given the judgment of ADI 4722/ADPF 132, which recognized stable unions between people of the same gender as a family entity, equality between heterosexual and same-sex couples can be fully exercised through free family planning. The objective is to analyze the requirements for the

presumption of children born in the context of marriage or stable union, responsible parenting and free family planning, set out in both the Federal Constitution and the Civil Code. The methodology used was hypothetical-deductive, based on the assumption that the presumption of paternity provided for in art. 1,597, V, of the Civil Code does not include couples formed by women who opt for home reproduction, failing to observe the principle of equality and free family planning set out in the Federal Constitution of 1988 and the civil-constitutional, hermeneutic methodology that aims to protect the human person, without any a priori distinction. It is concluded, based on the analysis of the legislation, that the principles of substantial equality are not applied in the face of differences, especially with regard to couples formed by people of the same gender, especially women.

Keywords: Same-sex rights. Family law. Affiliation.

1 INTRODUÇÃO

O planejamento familiar é de livre exercício pelas pessoas que ostentam vínculos de conjugalidade, conforme art. 226, §7º, da Constituição Federal, sendo esse direito fundado no princípio da dignidade humana e regulamentado pelo art. 1.565, §2º, do Código Civil de 2002, bem como pela Lei 9.263/1996. Por seu turno, o art. 1.597 do Código Civil especifica que há presunção de filiação dos filhos nascidos na constância do casamento e da união estável e, conforme inciso V, daqueles havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido¹.

Ocorre que casais homoafetivos, principalmente aqueles formados por mulheres, quando resolvem exercer essa liberdade de reprodução humana caseira,

1 Segundo a autora Andressa Bissoletti dos Santos (2023), a “concordância” e a “presunção” previstas se aplicam àquelas pessoas que não forneceram seu material genético para a concepção, sendo a interpretação dada pela hermenêutica civil-constitucional, coroando o princípio da igualdade.

mesmo diante da parentalidade responsável² e do planejamento familiar, encontram óbice para o registro de suas filhas³ diretamente em cartório.

Com o advento do julgamento da ADI 4722 e ADPF 132 pelo Supremo Tribunal Federal, em 2011, tem-se que é necessária a aplicação da lei civil sob a ótica da igualdade e da dignidade da pessoa humana, princípios que fundamentam o ordenamento jurídico brasileiro. A decisão não serviu apenas para reconhecer as uniões estáveis formadas por pessoas do mesmo gênero, seu alcance abrange também a igualdade nas diferentes formações de entidades familiares e fixou o entendimento de que “uma interpretação conforme a constituição das disposições acerca da família na legislação brasileira não autoriza tratamento discriminatório das famílias homoafetivas” (Santos, 2023, p. 93).

Nesse sentido, o presente artigo propõe uma reflexão acerca do tratamento jurídico da filiação decorrente da inseminação caseira, adotando-se a metodologia hipotético-dedutiva e observando-se a hermenêutica civil-constitucional. Analisam-se a presunção de filiação das crianças concebidas por inseminação artificial heteróloga, conforme demonstra o art. 1.597, inciso V, do Código Civil, e os princípios do livre planejamento familiar e da parentalidade responsável, dispostos no art. 226, §7º, da Constituição Federal e seu regulamento.

O problema central da pesquisa incide no fato de que os registros civis se negam a averbar o nascimento de crianças nascidas pela inseminação caseira, mesmo quando demonstrada a conjugalidade entre as mães, com fundamento no Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça que, em seu art. 17, inciso II, obriga a apresentação pelas mães de declaração do diretor técnico de clínica de reprodução humana, não aplicando uma interpretação extensiva do disposto no

2 Utiliza-se o termo “parentalidade” em substituição ao termo “paternidade”, valendo-se de uma interpretação extensiva do termo, sendo interpretadas à luz da “legalidade constitucional, de acordo com o princípio da igualdade” (TEPEDINO; TEIXEIRA, 2021), podendo a parentalidade ser exercida apenas por duas mulheres.

3 Utiliza-se, aqui, o termo de filiação no feminino, bem como será utilizado em todo o artigo, a fim de desconstruir o mito da neutralidade ortográfica escrita no masculino.

art. 226, §7º, da Constituição Federal; do art. 1.565, §2º, e do art. 1.597, inciso V, ambos do Código Civil, bem como do regulamento do livre exercício do planejamento familiar disposto na Lei nº 9.263/1996.

Por fim, é demonstrado que, em verdade, a filiação decorrente de concepção pela autoinseminação se trata de outra forma de arranjo familiar, não se confundindo com a filiação socioafetiva, fundada na “posse do estado de filho” (Fachin, 1996), que determina a presença de elementos específicos para seu reconhecimento e que, em resumo, se alcança com o passar do tempo e com a construção de afetividade⁴.

A “filiação afetiva planejada”⁵ advém do exercício da liberdade de planejamento familiar, surgindo para ambas as participantes os deveres jurídicos da parentalidade, os quais devem ser garantidos, inclusive no que diz respeito ao princípio do melhor interesse da criança ali concebida, tendo em vista que negar esse registro, de forma extrajudicial, traz danos à criança que, até que seja dada a ordem judicial, ficaria descoberta da possibilidade de inclusão como dependente no plano de saúde da mãe não-gestante, até complicações cotidianas advindas da não configuração como representante legal.

2 DIREITOS REPRODUTIVOS E PLANEJAMENTO FAMILIAR SOB O VIÉS CIVIL-CONSTITUCIONAL

Conforme preceitua Marília Pedroso Xavier (2022), em consonância com o que ensinam Luiz Edson Fachin (2008) e Paulo Lôbo (2009), é preciso saber a quem e a que o Direito serve, não podendo ele ser visto por uma ótica estática, atemporal e desideologizada. Isso porque, explica a autora, o Código Civil de

4 Considera-se, neste estudo, o trabalho publicado por Andressa Bissolotti dos Santos, “Filiação Afetiva Planejada”: livre planejamento familiar e filiação à luz da inseminação artificial caseira”.

5 Nomenclatura proposta por Andressa Regina Bissolotti dos Santos.

1916, codificou que a única maneira de se adentrar ao Direito de Família, sob a égide daquele código, era pelo matrimônio, o qual tinha, na figura do marido, “o chefe soberano do grupo”, havendo “uma estrutura hierarquizada contemplando a desigualdade de gêneros e de funções” e às mulheres e aos filhos foi atribuída “posição consideravelmente menos nobre”, residindo o poder e controle na figura do *pater familias* (Xavier, 2022, p. 108).

A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da pluralidade das entidades familiares, sendo ela a base da sociedade, conforme preceitua o art. 226. Ainda, assevera que o planejamento familiar, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e da parentalidade responsável, é de livre decisão do casal, cabendo ao Estado propiciar os recursos, educacionais e científicos, para o exercício desse direito, não podendo impor às partes como constituir suas famílias, nas mais variadas formas, conforme §7º do artigo em comento.

O regulamento do parágrafo referido, conhecido como Lei do Planejamento Familiar, compreende o planejamento familiar como 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, 1996). Ana Paula Correia de Albuquerque Costa (2022) e Paulo Lôbo (2023) entendem que não há mais lugar para fórmulas rígidas e excludentes, que limitam a composição do núcleo familiar, sendo o afeto a característica marcante e primordial.

A entidade familiar é campo de realizações pessoais e existenciais; portanto, o planejamento familiar, construído pelo afeto, é o verdadeiro exercício dos princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana, inaugurados pela Constituição Federal de 1988, sendo que a liberdade se funda no direito de optar pela existência ou não de conjugalidade, assim como por ter filhos ou não, e a forma dessa concepção (Costa, 2022).

Em 2002, com o advento do Código Civil vigente, coroando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da parentalidade responsável e da solidariedade, no capítulo que trata sobre a eficácia do casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes,

companheiros e responsáveis pelos encargos da família (art. 1.565, *caput*), bem como referido artigo assevera que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, cabendo ao Estado promover os recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte das instituições privadas ou públicas (art. 1.565, §2º)

Já no capítulo que trata da filiação, tem-se que serão presumidos os filhos concebidos na constância do casamento, dentre outros, havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido, conforme art. 1.597, incisos I e V, do Código Civil. Neste trabalho, são tratadas especificamente esse tipo de filiação e sua presunção quando do registro de filhas/os concebidas por autoinseminação por casais formados por mulheres casadas entre si, existindo, portanto, a conjugalidade necessária para a presunção disposta no artigo acima descrito.

A inseminação artificial homóloga acontece quando o material genético utilizado para a concepção é o do próprio cônjuge ou companheiro e “resulta da impossibilidade ou deficiência para gerar de um ou de ambos os cônjuges, sendo apenas permitido o uso do sêmen do marido quando manifesta a sua vontade e enquanto estiver vivo, por ser exclusivo titular das partes destacadas de seu corpo” (Lôbo, 2023, p. 573).

Já a inseminação artificial heteróloga, objeto desta reflexão, acontece a partir da doação de material genético de outro homem que não do marido ou de um desconhecido das partes, estejam elas em um relacionamento hetero ou homoafetivo. Paulo Lôbo (2023) assevera que a lei não exige que o marido seja estéril ou, por qualquer outra razão, não possa procriar, apenas que previamente autorize a utilização de material genérico que não o seu.

Embora o Código Civil tenha utilizado o termo “paternidade” e “marido” quando da perspectiva e da concordância, assim faz de forma limitada, uma vez que “a prática das tecnologias reprodutivas já consolidou uma interpretação extensiva, no sentido de que a ‘concordância’ e a ‘presunção’ aqui previstas se aplicam à pessoa cujo material genético não tenha sido utilizado na concepção”

(Santos, 2023, p. 108), devendo ser interpretada à luz da legalidade constitucional, de acordo com o princípio da igualdade.

A pessoa está no ápice do sistema jurídico e, numa interpretação sistemática, os valores fundamentais do ordenamento devem ser ressaltados “em procedimento voltado não ao mero respeito da lei, mas à realização da justiça do caso concreto” (Cicco, 2021, p. 242). Dessa forma, o direito à igualdade substancial – tratar os desiguais em conformidade com suas próprias diferenças – revela-se, algumas vezes, por meio da diversidade e, de acordo com Maria Cristina de Cicco (2021), o principal problema é exercitar esse direito.

No direito das famílias, a igualdade é princípio sem o qual não há que se falar em dignidade do sujeito de direito, sendo necessário que haja a inclusão no discurso da igualdade e do respeito às diferenças – se todos são iguais perante a lei, todos devem estar incluídos no laço social – em busca da verdadeira cidadania que é possível somente na diversidade (Cunha, 2022).

Nesse sentido, o art. 1.597, principalmente no que diz respeito à presunção de filiação dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, quando existente a conjugalidade, deve ser aplicado de forma ampla, valendo-se da hermenêutica civil-constitucional, não importando se os filhos terão duas mães ou dois pais, mas sim o planejamento dessa filiação por ambas as partes, independentemente de seu gênero.

É importante ressaltar que a autoinseminação não indica uma correlação exclusiva entre casais formados por mulheres; no entanto, a situação ganha contornos jurídicos específicos diante da impossibilidade do registro de sua prole, concebida por inseminação caseira heteróloga diretamente no cartório. Isso porque, havendo recusa quando da averbação diante da falta de documentação requerida no Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça, em seu art. 17, inciso II, qual seja, a declaração da clínica indicando que a criança foi gerada a partir da técnica de Reprodução Assistida, resta ao casal buscar o Judiciário e expor “em detalhes as maneiras através das quais exerceram seus direitos reprodutivos e seu planejamento familiar” (Santos, 2023, p. 95).

Não se olvida que casais heterossexuais possam recorrer à autoinseminação diante da frustração de suas pretensões reprodutivas e não possam arcar com os custos da reprodução humana assistida (RHA), pois essa técnica pode chegar a uma média de preço que varia entre R\$15.000,00 (quinze mil reais) a até R\$20.000,00 (vinte mil reais), e a maioria da população brasileira percebe mensalmente o valor de um salário-mínimo ou menos (Costa, 2022, p. 487). No entanto, os cartórios aplicam o disposto no art. 1.597 do Código Civil sem maiores questionamentos, estando presentes a conjugalidade e os requisitos temporais de seus incisos.

Diante disso, pode-se observar que o direito fundamental à intimidade e à vida privada (art. 5º, inciso X) acaba por ser violado quando somente os casais formados por pares homoafetivos precisam expor perante o Judiciário a forma pela qual exerceram seus direitos reprodutivos e seu planejamento familiar, quando este não é feito a partir de técnicas de fertilização ou reprodução humana em clínicas especializadas.

Observa-se que o art. 1.597 do Código Civil carece de interpretação extensiva e com foco na diversidade, a fim de exercitar os princípios corolários da igualdade e da dignidade, inscritos na Constituição Federal, com o objetivo de incluir todos e todas no laço social, atribuindo-lhes a verdadeira cidadania.

3 A PRESUNÇÃO DE FILIAÇÃO QUANDO DA CONJUGALIDADE

Conforme o art. 1.597 do Código Civil, presumem-se concebidos na constância do casamento aqueles que observarem os parâmetros descritos entre os incisos I a V. No presente artigo, adentra-se na discussão, quando da presunção de filiação por inseminação artificial heteróloga, desde que com autorização do “marido”, presente no inciso V, isso porque existe a dificuldade de registro direto da criança recém-nascida em cartório, quando fruto de uma relação homossexual concebida pela autoinseminação, sendo os casais formados por mulheres os que mais encontram tal obstáculo.

Paulo Lôbo conceitua filiação como sendo “a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é a que se qualifica como filho ou filha e a outra é titular da autoridade parental por origem biológica ou socioafetiva” (Lôbo, 2023, p. 556). O vínculo de parentesco era mitigado quando do Código Civil de 1916, havendo diferenciação entre filhos adotivos e naturais, bem como os filhos “adulterinos ou incestuosos” não poderiam ser reconhecidos (Lobo, 2023).

Após encontrar muita resistência, a fim de garantir a igualdade nas relações de parentesco, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988 e a consequente constitucionalização do direito civil, a família foi reconhecida como base da sociedade, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana o fio condutor do respeito aos direitos da personalidade, a fim de se exercitar o direito ao livre planejamento familiar e à parentalidade responsável.

Fabíola Albuquerque Lobo assevera que o princípio da paternidade responsável está intrinsecamente ligado ao planejamento familiar (Lobo, 2022), isso porque a lei que regula a matéria (Lei nº 9.263/96) preceitua que homens e mulheres detêm o direito de constituir, limitar ou aumentar a prole, independentemente se formam um casal ou não. Denota-se que a parte final do art. 2º da referida lei confere o exercício de tais direitos “pela mulher, pelo homem ou pelo casal”. Dessa forma, sustenta-se que sua interpretação deve ser feita de maneira ampla quando se tratar de casais homoafetivos formados por mulheres ou homens.

A presunção de filiação está relacionada à estabilidade familiar, presumindo-se a existência do planejamento familiar em conjunto (Santos, 2023), sendo a afetividade o principal parâmetro para sua construção (Lobo, 2023). Rose Melo Venceslau Meireles, ao tratar dos critérios jurídicos das presunções, admite que o reconhecimento da suposta paternidade tem a finalidade de facilitar o estabelecimento de vínculo jurídico; porém, excetua o inciso V do art. 1.597, pontuando que, nesse caso, “tem-se a autonomia privada como fonte de responsabilidade parental, resultante do livre exercício do planejamento familiar” (Meireles, 2022, p. 373).

Antes de ser alterado pelo Provimento nº 83/2019, o Provimento nº 63/2017 do CNJ não requisitava idade mínima para crianças serem reconhecidas como filhos advindos da socioafetividade e, nesse ínterim, a mãe não-gestante poderia ser reconhecida como socioafetiva extrajudicialmente. Ocorre que a alteração dada pelo Provimento de 2019 impõe que a criança tenha a idade mínima de 12 (doze) anos para que o reconhecimento seja autorizado perante os oficiais de registro civil de pessoas naturais.

Segundo Andressa Bissolotti dos Santos (2023, p. 100), “a própria ocorrência dessas transformações mostra que a filiação decorrente da inseminação caseira se posiciona num ‘limbo jurídico’, inclusive quanto às suas especificidades enquanto vertente da filiação”. Para a autora, a filiação que nasce via inseminação caseira “não se confunde com a filiação socioafetiva, possuindo particularidades que exigem um tratamento jurídico diferenciado, especialmente quanto à forma de seu reconhecimento” e propõe que se trata de uma “filiação afetiva planejada” (Santos, 2021, p. 100).

Embora não se possa olvidar que o parentesco não se constitua somente pelo casamento ou por vínculos biológicos, deve se considerar a conjugalidade quando do registro de crianças concebidas pela autoinseminação por casais formados por mulheres. Observa-se que se casais heterossexuais se valerem da inseminação caseira e entre eles existir vínculo de conjugalidade, não encontrarão óbice quando do registro de suas filhas e filhos perante o cartório de registro civil de pessoas naturais, tampouco precisarão expor sua vida íntima por meio de ações de reconhecimento de maternidade ou de paternidade frente ao Judiciário.

Os direitos à igualdade substancial devem ser garantidos independentemente da orientação sexual da pessoa ou do casal, uma vez que esse é o entendimento fixado na ADI nº 4277 e na ADPF nº 132, reconhecendo o amplo direito à igualdade e à não discriminação das pessoas LGBTI+, especialmente no que diz respeito aos seus projetos parentais.

Requisitar que a mãe não-gestante, nomeada como “outra mãe” (Herrera *apud* Santos, 2021) pelo fato de não manter vínculo biológico com sua

filha ou filho, tenha que obter a declaração de uma autoridade estatal (no caso, juíza ou juiz), além de violar o princípio da igualdade diante da autonomia do planejamento familiar, viola também o direito à intimidade daquelas mulheres que precisarão expor suas íntimas vivências perante o Judiciário.

Além disso, tal necessidade não contempla o princípio do melhor interesse da criança, previsto no art. 227 da Constituição Federal de 1988 e no art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que os direitos inerentes à filiação – desde a impossibilidade de inclusão da criança como dependente no plano de saúde da mãe não-gestante, até complicações cotidianas advindas da não configuração como representante legal (Santos, 2021) – ficarão sob a expectativa de uma decisão judicial a qual, em que pese a declaração de filiação pelo Judiciário seja muito provável, não conta com garantia de tramitar com a rapidez necessária ao caso.

4 O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR DIANTE DA REPRODUÇÃO CASEIRA: “FILIAÇÃO AFETIVA PLANEJADA”⁶

Durante a vigência do Código Civil de 1916, a família era vista como uma instituição, com um fim em si mesma e com lugares pré-estabelecidos a depender do gênero de cada componente, indissolúvel e patriarcal. O movimento LGBTI+ ⁷ enfrentou o autoritarismo moral durante a Ditadura Militar, no Brasil, abafando as possibilidades de imaginar novos modos de vida, formas

6 Expressão proposta por Andressa Regina Bissolotti dos Santos no trabalho intitulado “Filiação Afetiva Planejada”: Livre planejamento familiar e filiação à luz da inseminação artificial caseira”, publicado na Revista Brasileira de Direito Civil em março de 2023.

7 Segundo o Manual de comunicação LGBTI+ (2021), o símbolo + foi acrescentado à sigla LGBTI (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e pessoas intersexo) a fim de contemplar “outras orientações sexuais, identidades e expressões de gênero, entre elas pessoas não binárias, assexuais, queer, agênero, goys, pansexuais, polisssexuais, crossdresser, gênero fluido e muito mais”. A sigla neste trabalho, assim como no manual, é para fins de organização e não para rotular pessoas.

de expressar o desejo e os afetos, bem como movimentos sociais identitários (Fico *in* Green; Quinalha, 2014, p. 22).

A luta das mulheres lésbicas, visando à promoção da visibilidade, ao respeito à expressão da sexualidade e à justiça, nasceu a partir do período da luta pela liberdade durante a Ditadura Militar (Fernandes *in* Green; Quinalha, 2014, p. 224). O surgimento do Grupo Lésbico Feminista (LF), em 1980, foi o início da junção de forças entre mulheres lésbicas de todo o país que passaram a integrar a Coordenação do II Congresso da Mulher Paulista, sendo essa a primeira vez que se colocava a questão da sexualidade da mulher como uma possibilidade e um direito.

A participação dessas mulheres na coordenação do Congresso não foi bem aceita até mesmo por suas⁸ pares. Marisa Fernandes (2014) conta que, dentre as manifestações de esquerda, o patriarcalismo era latente, pregava-se não existir violência contra a mulher, mas sim “a violência ditatorial contra homens e mulheres da classe operária, e que propostas de se refletir sobre as especificidades das mulheres eram pequeno-burguesas e elitistas e que pouco interessava ao povo e à revolução” (Fernandes *in* Green; Quinalha, 2014, p. 234).

O breve aporte histórico acima apresentado tem o condão de despertar o olhar crítico para a ideia ainda latente em nossa sociedade: tratar sobre os direitos reprodutivos e sexuais das mulheres é algo obsoleto, sem importância, desinteressante. É de se destacar que a luta dessas mulheres foi revolucionária quando da Constituinte de 1988, conquistando o direito à igualdade formal entre homens e mulheres, sendo esse um dos objetivos fundamentais da República, disposto no art. 3º, IV, bem como reforçado no art. 5º, I, o qual trata dos direitos e garantias fundamentais.

8 Novamente, a neutralidade imposta pela linguagem a referir-se tanto ao masculino como ao feminino não deve ser ignorada, uma vez que se sustenta em práticas machistas (DOS SANTOS, 2021) e, por isso, utiliza-se o pronome “suas” em substituição a “seus” como forma de desmistificar tal neutralidade.

Ainda, o art. 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988, dispõe sobre a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres diante do casamento e dos filhos. Nota-se que o texto constitucional visa igualar os direitos inerentes à conjugalidade e à parentalidade. No entanto, o exercício desses direitos, em se tratando de mulheres lésbicas e bissexuais, está em constante disputa. O reconhecimento da filiação da “outra mãe” quando da concepção por autoinseminação é um exemplo claro e objetivo dessa busca, a fim de exercitar seus direitos fundamentais.

Rose Melo Venceslau Meireles (2022) relaciona os diferentes tipos de filiação existentes, com o advento da Constituição Federal de 1988 e com o Código Civil de 2002:

A origem da filiação, isto é, os critérios ou verdades que podem fundar o vínculo jurídico registral, pode ser: i) a jurídica, pautada em presunções; ii) a biológica, comprovada pelo exame de DNA; e a iii) socioafetiva, baseada na posse de estado de filho. Nem sempre, porém na mesma relação de filiação reúnem-se todos os critérios: o pai presumido pode não ser o biológico e o biológico não ser o socioafetivo e sim registral, que não é nem o presumido, nem o biológico.

A mesma autora também reconhece que a reprodução assistida heteróloga é exercício da autonomia privada do casal “como fonte de responsabilidade parental, resultante do livre exercício do planejamento familiar” (Meireles, 2022, p. 373) e, ainda, a reprodução deve ser resultado de um projeto conjunto, sendo o reconhecimento da parentalidade um ato de vontade, mesmo sem a presença da consaguinidade, tratando-se de parentesco civil por presunção da conjugalidade.

A família codificada no Código Civil de 2002 é representada pelo modelo heteropatriarcal, diminuindo a condição feminina ao cuidado e fora das decisões econômicas e patrimoniais, devido ao fato de ser espelho de uma sociedade da década de 1970, pré-democratização, deixando os direitos à igualdade relegados ao esquecimento. Rodrigo da Cunha Pereira destaca, antes mesmo da promulgação

do código atual, que “a parte desse projeto relativa à família já nasceu velha. Está na contramão da história (...) em que a família é vista de forma plural, ou seja, em que já se reconhecem várias formas de família, o legislador insiste em nomeá-las legítimas e ilegítimas” (Pereira, 1996).

Conforme demonstrado ao longo deste trabalho, a ausência de reconhecimento jurídico ao livre planejamento familiar por mulheres lésbicas, quando optam pela reprodução caseira, relegando o registro de maternidade da mãe não-gestante ao Judiciário, acaba por expor tanto a mãe quanto a criança a desvantagens inegáveis. Em 2017, o CNJ editou o Provimento nº 63 que solucionou a problemática de forma passageira, podendo os casais que se valeram de reprodução assistida reconhecer voluntariamente e averbar a maternidade/paternidade socioafetiva sem a necessidade de autorização judicial (art. 16), bem como não faria qualquer diferenciação quanto à ascendência materna ou paterna (art. 16, §2º), e reconhecia a possibilidade de comparecimento de apenas um dos “pais” no ato do registro, desde que munidos de certidão de casamento ou união estável (art. 16, §1º) (Santos, 2021).

Mesmo que o Provimento tratasse exclusivamente da reprodução assistida realizada em clínicas reconhecidas para tal fim, possibilitou, a partir do art. 10, o reconhecimento voluntário de maternidade ou paternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade (Santos, 2021), devendo somente ter-se a anuência do pai ou da mãe biológica da criança que se vislumbrava reconhecer.

Embora fosse possível a realização do registro diretamente em cartório das filhas de casais formados por mulheres, o Provimento nº 63/2017 foi alterado pelo Provimento nº 83/2019, que estipula idade mínima para o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, modificando o art. 10 e acrescentando a necessidade de a criança contar com, no mínimo, 12 anos de idade quando o reconhecimento for voluntário.

Devido às mudanças das relações humanas, a partir da história e da cultura, o estabelecimento de normas que regem as noções de parentesco também se modifica, sendo a socioafetividade reconhecida, enquadrando-se como

um fato social de cultura (Gonçalves; Furtado *in* Tepedino et al., 2016). Ocorre que, conforme pontua Andressa Regina Bissolotti dos Santos, verifica-se uma falta de clareza quanto ao estatuto da própria socioafetividade, “como vertente ‘guarda-chuva’ que incluiria diversas espécies, ou como espécie relacionada à posse de estado de filho”, podendo “causar ruídos no tratamento das diferentes formas de filiação” (Santos, p. 103).

A autora, inclusive, propõe que a filiação pela socioafetividade seja utilizada de forma estrita, aproximando-se da compreensão de Rose Melo Veneslau Meireles que, conforme anteriormente exposto, diferencia as vertentes da filiação em “jurídica”, “biológica” e “socioafetiva” (Meireles, p. 370). Isso porque “a história da construção do vínculo socioafetivo como possibilidade jurídica remonta ao reconhecimento jurídico de um vínculo já constituído no âmbito *vivido*, mas ainda não produtor de efeitos jurídicos” (Santos, 2023, p. 103).

Considera também que a construção da socioafetividade remonta à chamada “posse de estado de filho” (Fachin, 1996, p. 37), devendo conter elementos objetivamente averiguáveis, por exemplo, o comportamento ostensivo entre pais e filhos, tratando-os como se filhos fossem, e estes tratando aqueles como se seus pais fossem; levar o nome da família dos pais e a comunidade os reconhecer como vinculados afetivamente⁹, sendo que a “filiação afetiva planejada” ocorre a partir da vontade do casal em aumentar a família pela reprodução caseira.

Nesse sentido, Andressa Bissolotti dos Santos propõe que a filiação que advém da concepção pela autoinseminação de uma das mães da criança, quando existir entre elas a conjugalidade – seja pelo casamento ou união estável – ocorre de maneira diferente da filiação socioafetiva e deve ser tratada como tal, afinal “não é o exercício continuado da parentalidade o fundamento da filiação

9 A autora assevera que, embora esses parâmetros não sejam cumulativos, servem de parâmetro para identificar a paternidade ou maternidade socioafetiva e a fundamentam como uma realidade construída cotidianamente, e já consolidada, de filiação socioafetiva. (DOS SANTOS, 2023)

advinda das inseminações heterólogas (...) mas sim a participação no projeto de planejamento familiar” (Santos, 2023, p. 105) de tal maneira que a partir do nascimento da criança, ela já possa ser identificada como filha de ambas as participantes, devido às responsabilidades adquiridas em virtude da concordância de participar do projeto de família.

Por fim, a autora defende estarmos diante de uma forma própria de filiação, com suas particularidades e especificidades, exigindo-se, portanto, um tratamento e uma regulação jurídica diferenciada, propondo, como já mencionado, chamá-la de “filiação afetiva planejada”, isso porque o fundamento desse tipo de filiação não decorre de reconhecimento social diante do lapso temporal, mas da participação no planejamento da concepção daquela criança, exercitando o que dispõe o art. 1.597 do Código Civil de maneira ampla e promovendo a igualdade na diferença, princípio fundamental de nosso ordenamento jurídico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o advento da Constituição Federal de 1988, a liberdade, a dignidade da pessoa humana e a intimidade passaram a ser garantias fundamentais inerentes a todas e todos, limitando a intervenção estatal, quando do estabelecimento dos arranjos familiares, e garantindo que suas expectativas, quanto ao planejamento familiar e ao exercício dos direitos reprodutivos, sejam realizadas de forma autônoma, sem que haja violação à sua intimidade e à sua vida privada.

A Lei 9.263/1996, conhecida como Lei do Planejamento Familiar, regula o que institui o art. 226, §7º, da Constituição Federal de 1988, reconhece ser direito de todo cidadão constituir, limitar ou aumentar sua prole, dando-se de maneira igual o exercício desse direito pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

O Código Civil de 2002, que “já nasceu velho” e, mesmo que tenha garantido direitos iguais entre homens e mulheres no planejamento familiar e na autonomia reprodutiva, não é aplicado conforme os ditames da igualdade

substancial, principalmente no que diz respeito aos casais formados por pessoas do mesmo gênero. Exemplo disso é que, no inciso V do art. 1.597, a presunção quando da reprodução heteróloga se dá com a anuência do “marido”, sendo que a interpretação não é feita de forma extensiva, conforme demonstrado ao longo deste trabalho.

A partir do julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, tem-se a que não há igualdade substancial, quando relega aos casais formados por mulheres ou por homens requisitos diferenciados para a constituição familiar e para o exercício de sua autonomia reprodutiva, isso porque se solidificou, no ordenamento jurídico brasileiro, uma posição de igualdade entre as famílias hétero e homoafetivas, trazendo elementos para além do exclusivo reconhecimento da união estável. O fundamento principal da decisão é da igualdade na diferença.

Diante disso, é inegável que obstaculizar o registro extrajudicial de filhas/os concebidos pela autoinseminação por casais homoafetivos, no que diz respeito à mãe não-gestante – no caso de casais formados por mulheres – incumbindo ao Poder Judiciário reconhecer essa maternidade planejada entre duas mulheres que ostentam vínculos de conjugalidade entre si, é violar o direito à intimidade, à vida privada e, sobretudo, à dignidade da pessoa humana, haja vista que o registro de crianças por casais heterossexuais casados ou em uma união estável que se valerem dessa mesma autoinseminação estarão amparados pelo instituto da presunção de paternidade elencado na Lei Civil sem maiores perguntas sobre como, quando e onde conceberam seus filhos.

Urge que casais formados por mulheres possam reconhecer a maternidade da mãe não-gestante extrajudicialmente, valendo-se da presunção de parentalidade, instituída pelo art. 1.597, V, do Código Civil, quando se valerem da autoinseminação. Negar esse direito é relegar ao esquecimento o princípio da igualdade, inscrito na Constituição Federal de 1988 e confirmado pelo julgamento da ADI 4277 em conjunto com a ADPF 132 do Supremo Tribunal Federal, devendo a hermenêutica civil-constitucional ser aplicada ao caso concreto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 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: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.263%2C%20DE%2012%20DE%20JANEIRO%20DE%201996.&text=Regula%20o%20%C2%A7%207%C2%BA%20do,penalidades%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias.&text=DO%20PLANEJAMENTO%20FAMILIAR-,Art.,observado%20o%20disposto%20nesta%20Lei. Acesso em: 14 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 14 jul. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 jul. 2023.

CICCO, Maria Cristina de. O “novo” perfil do direito à identidade pessoal: o direito à diversidade *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCO, Maria Cristina de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (coord.). **Direito Civil na legalidade constitucional**: algumas aplicações. Indaiatuba: Foco, 2021.

COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da. Direitos reprodutivos e planejamento familiar: reflexões sobre o recurso à reprodução humana assistida. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Coord.). **Direito das famílias**: por juristas brasileiras. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2022.

FACHIN, Luis Edson. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FACHIN, Luis Edson. A “reconstitucionalização” do direito civil brasileiro. *In*: FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERNANDES, Marisa. Lésbicas e a ditadura militar: uma luta contra a opressão e por liberdade *In*: GREEN, James N.; QUINALHA, Renan (Coord.). **Ditadura e homossexualidades**: repressão, resistência e a busca da verdade. Documento eletrônico. São Carlos: EdUFSCar, 2014.

FICO, Carlos. Prefácio *In*: GREEN, James N.; QUINALHA, Renan (coord.). **Ditadura e homossexualidades**: repressão, resistência e a busca da verdade. Documento eletrônico. São Carlos: EdUFSCar, 2014.

GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha; FURTADO, Gabriel Rocha. Da realidade biológica do sujeito à constituição jurídica da pessoa. *In*: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 77-96.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book. ISBN 978-65-5362-825-0 (Digital). 7v.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOBO, Fabiola Albuquerque. Aspectos introdutórios às relações de parentesco. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Coord.). **Direito das famílias**: por juristas brasileiras. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2022.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Filiação biológica, socioafetiva e registral. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (coord.). **Direito das famílias**: por juristas brasileiras. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Código Civil já nasce velho. **Folha de São Paulo**, 1996. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/8/10/cotidiano/8.html>. Acesso em: 14 jul. 2023.

SANTOS, Andressa Regina Bissolotti dos. A “outra mãe”: maternidade e invisibilidade pensadas a partir da inseminação artificial caseira. *In*: BRUNETTO, Dayana; TAGLIAMENTO, Grazielle. **Arco-íris para quem? (In)Visibilidades lésbicas e sapatônicas**. Curitiba: Editora UFPR, 2021. p. 89-107.

SANTOS, Andressa Regina Bissolotti dos. “Filiação afetiva planejada”: livre planejamento familiar e filiação à luz da inseminação artificial caseira. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 32, n. 1, p. 91-114, jan./mar. 2023. DOI: 10.33242/rbdc.2023.01.005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

XAVIER, Marília Pedroso. Casamento Válido. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (coord.). **Direito das famílias: por juristas brasileiras**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2022.

Autoras convidadas

O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO E SUA RECEPÇÃO INADEQUADA NO BRASIL

ABUSIVE CONSTITUTIONALISM AND ITS INADEQUATE RECEPTION IN BRAZIL

Diego Ferreira dos Santos

Mestrando em Direito pela UFRGS. Especialista em Direito Processual Civil pela UNINTER. Graduado em Direito pela UFMS. Juiz de direito no TJRS.
E-mail: diego.ufms@hotmail.com

Marcelo Schenk Duque

Doutor em Direito do Estado junto à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, ed. junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha): Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht e Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht. Pós-doutor pelo IDP Brasília. Atuou como pesquisador visitante no Europa Institut da Universität des Saarlandes (Alemanha). Professor colaborador do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da UFRGS. Professor de diversos cursos de especialização lato sensu junto à Faculdade de Direito da UFRGS. Professor da Escola Superior da Magistratura Federal do RS, onde exerce a coordenação da disciplina de Direito Constitucional. Professor da Escola da Magistratura do RS (AJURIS). Professor convidado de diversos cursos de Pós-Graduação lato sensu como PUC/RS, FMP, dentre outros. Professor Universitário na Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre e substituto na Faculdade de Direito da UFRGS, na área do Direito Público. Presidente da Comissão Especial de Reforma Política e membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/RS.
E-mail: marceloschenk@gmail.com

Resumo

Após a Guerra Fria, verificou-se na política internacional uma proliferação de regimes híbridos. Nesses sistemas, a grosso modo, há uma combinação de regras democráticas e de práticas autoritárias, de modo a se situarem num meio-termo entre democracias plenas e ditaduras. Nesse contexto, David Landau identifica um fenômeno cada vez mais presente, o qual denomina constitucionalismo abusivo (*abusive constitutionalism*). Esse fenômeno envolve o uso de mecanismos de mudança da constituição (emenda e substituição constitucional) para enfraquecer a democracia e guiar um sistema político a um regime aquém do democrático. No ambiente jurídico, é comum que conceitos, teorias e modelos legais produzidos num determinado país sejam “copiados” por outros. Cuida-se do processo chamado de transplante jurídico. A recepção de modelos legais estrangeiros de maneira irrefletida pela doutrina é demasiadamente arriscada e assume o centro das preocupações neste estudo. A partir daí, impõe-se o problema de pesquisa: a produção acadêmica brasileira assimilou apropriadamente a teoria do constitucionalismo abusivo de David Landau? A metodologia utilizada para resolver a problemática se apoia prevalentemente no levantamento bibliográfico de livros e artigos especializados e se perfaz pela confrontação das visões dos autores nacionais com o paradigma lançado por Landau. Ao final, conclui-se que a doutrina brasileira recepcionou inadequadamente o constitucionalismo abusivo. **Palavras-chave:** constitucionalismo abusivo; transplantes jurídicos; autoritarismo.

Abstract

After the Cold War, there has been a proliferation of hybrid regimes in international politics. In these systems, roughly speaking, there is a combination of democratic rules and authoritarian practices, so that they are situated in the middle ground between full democracies and dictatorships. In this context, David Landau identifies an increasingly present phenomenon, which he calls abusive constitutionalism. This phenomenon involves the use of mechanisms of constitutional change

(constitutional amendment and replacement) to weaken democracy and guide a political system to a less than democratic regime. In the legal environment, it is common for legal concepts, theories, and models produced in a given country to be “copied” by others. This is the process known as legal transplant. The reception of foreign legal models thoughtlessly by the doctrine is too risky and takes center stage in this study. From this, the problem of the present research is imposed: has the Brazilian academic production appropriately assimilated David Landau’s theory of abusive constitutionalism? The methodology used to solve the issue is based prevalently on a bibliographical survey of specialized books and articles and is carried out by confronting the views of national authors with the paradigm launched by Landau. At the end, it is concluded that the Brazilian doctrine inadequately received abusive constitutionalism.

Keywords: *abusive constitutionalism; legal transplants; authoritarianism.*

1 INTRODUÇÃO

O final da Guerra Fria representa um marco na política internacional da proliferação de regimes políticos híbridos (LEVITSKY; WAY, 2002, p. 51). Nesses sistemas, a grosso modo, há uma combinação de regras democráticas e de práticas autoritárias, de modo a se situarem num meio-termo, isto é, não se tratam de democracias plenas, em razão de mecanismos autoritários implementados pelos governos, tampouco podem ser classificados como ditaduras, considerando a existência de garantias mínimas de proteção a direitos fundamentais e à separação dos poderes. A doutrina trata esses regimes como democracias incompletas ou transitórias (LEVITSKY; WAY, 2002, p. 51).¹

1 Os autores (2002, p. 51) completam: *Indeed, recent academic writings have produced a variety of labels for mixed cases, including not only “hybrid regime” but also “semidemocracy,” “virtual democracy,” “electoral democracy,” “pseudodemocracy,” “illiberal democracy,” “semi-authoritarianism,” “soft authoritarianism,” “electoral authoritarianism,” and Freedom House’s “Partly Free”.*

Para Landau (2013, p. 191), uma das questões centrais da teoria constitucional é como as constituições podem ser utilizadas para a proteção da democracia. O autor identifica um fenômeno cada vez mais presente no cenário mundial, o qual denomina constitucionalismo abusivo (*abusive constitutionalism*). Esse fenômeno envolve o uso de mecanismos de mudança da constituição (emenda e substituição constitucional) para enfraquecer a democracia e guiar um sistema político a um regime aquém do democrático (LANDAU, 2013).

Autores nacionais já começam a perquirir até que ponto o fenômeno do constitucionalismo abusivo tem se manifestado na realidade brasileira. Embora os estudos sejam ainda incipientes, podem-se citar as contribuições de Estorilio e Benvindo (2017), Barboza e Robl Filho (2018), Barboza e Inomata (2019), Martins (2019), Aragão, Pack e Maggio (2020), e Inomata, Barboza e Albuquerque (2020).

No ambiente acadêmico, aqui referido como o espaço de produção de conhecimento do Direito, é comum que categorias, conceitos, teorias e modelos jurídicos produzidos num determinado país sejam “copiados” por outros. Como apregoa Rodrigues Júnior (2012, *online*), a “importação” de institutos e conceitos jurídicos é algo inerente ao desenvolvimento do Direito. Ao se falar desse processo de importação, ou, em termos mais técnicos, de influência ou transferência de normas e até de conhecimento doutrinário, está-se no campo dentro do Direito Comparado chamado de transplantes jurídicos (DUTRA, 2018, p. 78).

Daí, não seria diferente o tratamento em relação à doutrina do constitucionalismo abusivo de Landau. Com efeito, a concepção desse fenômeno apresentaria a vantagem de ser confrontado com diversas sociedades, permitindo, assim, o exame de aspectos do constitucionalismo em outros países (BARBOZA; ROBL FILHO, 2018, p. 87).

No entanto, a recepção de modelos legais estrangeiros de maneira irrefletida pela doutrina, como tem sido denunciado por diversos autores nacionais (por todos, Streck), é demasiadamente arriscada e assume o centro das

preocupações neste estudo. A partir disso, impõe-se o problema da presente pesquisa: a produção acadêmica brasileira assimilou apropriadamente a teoria do constitucionalismo abusivo de David Landau?

A importância desta investigação reside no fato de que teorias e conceitos jurídicos estrangeiros são incorporados ao ordenamento legal nacional frequentemente, de modo que os desafios de uma escorreita recepção representam um ponto fundamental para o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial do país. Com efeito, juízes podem se inspirar em Tribunais internacionais ou em soluções estrangeiras para fins de decisão judicial, assim como o legislador, quando adota modelos de outros países para editar leis (DUTRA, 2018, p. 83). Se a recepção de modelos legais internacionais se der de maneira equivocada, há chances de se criarem sérios riscos ao sistema jurídico “importador”, sem mencionar, ainda, à dogmática.²

Esta pesquisa pretende avaliar a doutrina do constitucionalismo abusivo de David Landau sob a perspectiva dos transplantes jurídicos. A metodologia utilizada para resolver a problemática posta em debate se apoia prevalentemente no levantamento bibliográfico de livros e artigos especializados e se perfaz pela

-
- 2 Como exemplo desse risco, Polido (2021, *online*) aponta o projeto de lei nº 2630/2020 (Lei de Liberdade, Responsabilidade e Transparência da Internet) como “um bom exemplo de como a questão da inadequação dos transplantes jurídicos estrangeiros para a realidade doméstica se apresenta”. Segundo ele: A construção de justificativas ao PL 2630, por sua vez, desconsiderou valores fundantes da própria internet e desrespeitou o princípio de equilíbrio de interesses que é consagrado internacionalmente como necessário para equacionar demandas de acesso à informação, liberdades comunicativas e de desenvolvimento de modelos de negócios baseados nos serviços digitais. A abordagem equilibrada entre direitos e obrigações, como predominante na tessitura normativa da Constituição e do próprio Marco Civil da Internet desapareceram por completo no PL 2630, sob o argumento de que o modelo da NetzDG alemã que o inspira seria mais adequado para o Brasil. Antes de ter recorrido à autoridade de argumento de que a lei estrangeira é o espelho que deve seguir o legislador brasileiro no combate às fake news, o próprio Congresso Nacional deveria ter empreendido a discussão de fundo que representa as principais questões contemporâneas da governança da internet na atualidade. (POLIDO, 2021, *online*)

confrontação das visões dos autores nacionais com o paradigma lançado por Landau.³

Posto isso, este artigo está arranjado em três partes: na primeira, busca-se apresentar a doutrina do constitucionalismo abusivo na concepção do seu criador, David Landau, com a finalidade de se entender o que é e como o fenômeno se materializa; na segunda, trabalha-se o tema dos transplantes jurídicos e como a doutrina nacional, de um modo geral, tem se comportado diante dos conceitos e figuras jurídicas internacionais; por fim, algumas contribuições de autores nacionais sobre o tema são apresentadas e analisadas criticamente à luz do constitucionalismo abusivo.

2 O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

Landau (2013, p. 195, tradução nossa) define o constitucionalismo abusivo como “o uso de mecanismos de mudança constitucional com o intuito de fazer um Estado significativamente menos democrático”.⁴ A ideia do autor não é apresentar uma nova espécie de constitucionalismo, apesar da nomenclatura, mas de descrever o emprego de certos artifícios, contemplados em doutrinas e regras constitucionais, com sério potencial de esvaziar a democracia (GONZÁLEZ-JÁCOME, 2017, p. 451).

O conceito construído por Landau se firma em dois eixos: um voltado à manipulação da Constituição e o outro focado na noção de democracia.

3 Destaca-se que outros autores estrangeiros abordam, à sua maneira, a temática dos riscos ao constitucionalismo provocados por governos aliados ao pensamento autoritário. Por exemplo, Tushnet (2015), utilizando Cingapura como estudo de caso, cunha a ideia do “constitucionalismo autoritário” (*authoritarian constitutionalism*), que serve para identificar e rotular sistemas de governo que combinam eleições razoavelmente livres com um grau moderado de controle da liberdade de expressão e com limitações às liberdades pessoais. O presente estudo, no entanto, foca na doutrina de Landau.

4 No original em inglês: *I define “abusive constitutionalism” as the use of mechanisms of constitutional change in order to make a state significantly less democratic than it was before.*

Quando o autor se refere a instrumentos de alteração constitucional, tem em mente os métodos de mudança formais, isto é, as emendas e o procedimento de substituição da Constituição (LANDAU, 2013, p. 195).

No tocante à democracia, Landau reconhece a complexidade do tema, afinal, há uma gama de regimes políticos distintos – que vai desde o autoritarismo completo até a democracia plena, chamados de regimes híbridos ou competitivos –, mas prefere concentrar-se em duas dimensões: a esfera eleitoral e as condições de concorrência entre os mandatários em exercício e os opositores nas disputas eleitorais; e a amplitude da proteção aos direitos dos indivíduos e dos grupos minoritários (LANDAU, 2013, p. 196).⁵

Em termos mais simplificados, o constitucionalismo abusivo reflete uma realidade na qual os governantes em exercício usam de mecanismos constitucionais – e, portanto, legítimos – para modificar o texto constitucional, criando regras que facilitem a sua permanência no poder e dificultem a eleição de opositores, corrompendo, conseqüentemente, a ordem democrática em vigor.⁶

Como aponta Landau, os métodos tradicionais de supressão da democracia, como os golpes militares, entraram em declínio há décadas (LANDAU,

5 Como ressalta o autor, essas duas dimensões não esgotam a abrangência do termo democracia: *To be sure, these two dimensions may not exhaust the normative dimensions of democracy. We might, for example, define democracy with respect to participation as well, and some analysts of at least the Venezuelan and Ecuadorian regimes below have made claims that they represent a significant advance in the quality and extent of participation within those countries.* (LANDAU, 2013, p. 196, nota de rodapé n. 11)

6 A concepção alternativa de se tomar o poder, de modo legítimo, e depois utilizá-lo para enfraquecer a própria democracia não é uma ideia nova para Landau. Ele cita como exemplo a ascensão de Hitler no poder, o qual teria, após a sua nomeação como chanceler em 1933, convencido o Presidente e o Parlamento (*Reichstag*) a lhe darem os poderes necessários para a criação de um estado totalitário (LANDAU, 2013, p. 198). No entanto, a diferença entre o episódio alemão e o constitucionalismo abusivo reside na concepção de que os nazistas substituíram a República de Weimar por um regime *integralmente* totalitário, “*using constitutionalism to completely destroy democracy*” (LANDAU, 2013, p. 198).

2013, p. 197).⁷ Segundo o constitucionalista norte-americano, “o fim da Guerra Fria reduziu a tolerância de Estados poderosos a regimes manifestamente não democráticos, e também mudou as normas culturais em nível internacional para o reconhecimento da importância da democracia” (LANDAU, 2013, p. 197, tradução nossa).⁸

A derrocada da União Soviética e o triunfo do liberalismo ocidental enfraqueceram, de um lado, a legitimidade de modelos alternativos de regimes políticos e, de outro, incentivaram a adoção de instituições democráticas formais pelos Estados periféricos (LEVITSKY; WAY, 2002, p. 61). Ademais, muitas regiões passaram a adotar as chamadas cláusulas de democracia (*democracy clauses*), para penalizar Estados que derrubassem regimes democráticos em flagrante violação das normas constitucionais (LANDAU, 2013, p. 197).

Essa transformação no cenário internacional forçou os pretensos autocratas a adotarem métodos mais alinhados a parâmetros constitucionais (LANDAU, 2013, p. 197). Assim, no lugar de destituírem governos eleitos democraticamente por meio de golpes civis ou militares – cada vez menos tolerados pelos Estados desenvolvidos –, os aspirantes ao poder passam a adotar táticas antidemocráticas menos explícitas, ou, como refere Landau, ambíguas, e de modo progressivo, com fundamento direto em normas constitucionais, seja por emendas seja pela substituição da própria Constituição.

Martins adverte que as mudanças graduais são as mais perigosas. O povo, que reagiria frente a uma alteração brusca da ordem democrática, pode não perceber as modificações paulatinas que levam à destruição do regime democrático (MARTINS, 2019, p. 37).

7 Para uma análise mais aprofundada, ver Powell e Thyne (2011).

8 No original em inglês: *The end of the Cold War reduced the tolerance of powerful states for obviously non-democratic regimes, and it also shifted cultural norms at the international level towards recognition of the importance of democracy.*

A feição ambígua da medida constitucional antidemocrática a torna, por outra banda, mais difícil de ser detectada como ilegítima. As Constituições afetadas pelo fenômeno do constitucionalismo abusivo “parecem democráticas à distância e contêm muitos elementos que não são diferentes daqueles encontrados nas constituições democráticas liberais. Mas, de perto, elas foram substancialmente retrabalhadas para minar a própria ordem democrática” (LANDAU, 2013, p. 191, tradução nossa).⁹

Conforme explica Landau (2013, p. 197), os regimes políticos comprometidos com o constitucionalismo abusivo satisfazem os atores internacionais na medida em que são suficientemente democráticos para evitar sanções e outras consequências. Nesses sistemas, existem regras que garantem uma disputa eleitoral na qual a oposição pode competir e, eventualmente, vencer, mas, ao mesmo tempo, adotam-se medidas voltadas a dificultar a participação dos candidatos opositores, tais como o controle estatal da mídia, a perseguição a políticos e agentes da oposição, o dispêndio de recursos públicos para garantir votos e até o emprego de fraude eleitoral (LANDAU, 2013, p. 199). Como consequência, aponta Landau (2013, p. 199, tradução nossa), “os ocupantes atuais dos cargos tendem a permanecer no poder e os mecanismos de responsabilidade vertical ficam distorcidos”.¹⁰

González-Jácome (2017, p. 449) alerta que líderes autoritários podem recorrer à abolição das Constituições, mas geralmente eles logo se engajam no processo de elaboração de uma Constituição, por dois motivos principais: o compromisso com a legalidade constitucional confere legitimidade nos cenários doméstico e internacional, ao mesmo tempo que permite-lhes aparelhar as instituições internas.

9 No original: *The resulting constitutions still look democratic from a distance and contain many elements that are no different from those found in liberal democratic constitutions. But from close up they have been substantially reworked to undermine the democratic order.*

10 No texto original: *As a result, incumbents currently in power tend to stay in power, and mechanisms of vertical accountability become distorted.*

Outra característica marcante desses regimes é a tendência de os governantes controlarem não apenas os ramos do Poder Executivo, mas também os chamados mecanismos de responsabilização horizontal, tais como Tribunais, Ministério Público, Procuradorias, Comissões Eleitorais e os *Ombudsmen* (nos países onde a figura existe), encarregados de fiscalizarem os governantes em exercício (LANDAU, 2013, p. 200). Assim, “em vez de servirem como verificadores independentes do poder do governo, essas instituições trabalham ativamente em nome de seus projetos políticos” (LANDAU, 2013, p. 200, tradução nossa).¹¹

Em decorrência disso, tanto os direitos eleitorais como a proteção dos direitos dos grupos minoritários são reduzidos substancialmente (LANDAU, 2013, p. 200). Na concepção do citado autor, torna-se razoavelmente fácil instituir um regime com aparência democrática, mas que, na realidade, não o é completamente, pelo menos em duas dimensões: ausência de controle vertical e horizontal dos líderes eleitos; e deficiência na proteção dos direitos dos grupos fora do poder (LANDAU, 2013, p. 200). Com feito, “um regime com essas duas características [...] é significativamente menos democrático do que um regime com níveis mais altos de responsabilização vertical e horizontal e proteção de direitos” (LANDAU, 2013, p. 200, tradução nossa).¹²

Após investigar casos recentes na Hungria, na Colômbia, na Venezuela, na Bolívia e no Equador, Landau estabelece três modos pelos quais o constitucionalismo abusivo se manifesta: por emendas à Constituição, por substituição da própria Constituição e por uma combinação das primeiras duas formas.

Na primeira forma, o governante se vale do procedimento da emenda à Constituição para promover alterações favoráveis às suas intenções

11 No original em inglês: *Rather than serving as independent checks on government power, these institutions are actively working on behalf of their political projects.*

12 No texto original: *A regime with these two characteristics — a relative absence of accountability and a lack of rights protection — is meaningfully less democratic than a regime with higher levels of vertical and horizontal accountability and more meaningful rights protection.*

antidemocráticas. Para Landau (2013, p. 192), as constituições provaram ser suscetíveis a esse tipo de manobra. Como relata, ao contrário dos Estados Unidos, os limites às emendas constitucionais costumam ser razoavelmente baixos, permitindo aos ocupantes do poder reunirem apoio suficiente para mudanças radicais com relativa facilidade (LANDAU, 2013, p. 192). Caso tais limites sejam mais rigorosos, os governantes podem conseguir as maiorias legislativas necessárias para a aprovação de emendas, nas hipóteses de apoio popular massivo (LANDAU, 2013, p. 192).

Assim ocorreu na Colômbia, após a eleição de Álvaro Uribe Velez em 2002. Na observação de Landau (2013, p. 201), o Presidente Uribe utilizou do considerável apoio popular para promover uma emenda à Constituição para lhe permitir um segundo mandato no cargo – até então não permitido pela Constituição. Diante da facilidade de emenda à Constituição colombiana – exige-se apenas maioria absoluta do Congresso em duas sessões consecutivas –, Uribe conseguiu facilmente aprovar a possibilidade de reeleição (LANDAU, 2013, p. 201).¹³

Após a reeleição de Uribe, ainda gozando de expressiva popularidade, os apoiadores do presidente trabalharam para passar no Congresso uma emenda permitindo um terceiro mandato seguido e a instituição legislativa chegou a aprovar um referendo para consultar a população (LANDAU, 2013, p. 202). Desta vez, a Corte Constitucional, confrontada com a questão da constitucionalidade da emenda, tanto processual como materialmente, concluiu pela sua

13 A Corte Constitucional colombiana foi instada a se manifestar sobre a referida emenda e acabou decidindo pela sua constitucionalidade. Landau anota: *The Court responded that two-term presidencies were fairly normal internationally, that the extra four years would not allow him to capture all or most control institutions, and that special legal safeguards taken during the re-election campaign would help to ameliorate Uribe's advantages.* (LANDAU, 2013, p. 202)

inconstitucionalidade.¹⁴ Graças à Corte suprema, que barrou a ameaça populista a favor do referendo para a consulta sobre o terceiro mandato presidencial, a democracia colombiana emergiu reforçada (POSADA-CARBÓ, 2011).

Na segunda forma de constitucionalismo abusivo, o governante substitui a Constituição em vigor por outra, mediante o emprego de artifícios que lhe garantam o domínio do processo constituinte, com o escopo de assegurar sua permanência no poder, reduzir a força da oposição e enfraquecer os meios de controle horizontal. Essa manobra costuma ocorrer – não é a regra – nas situações em que as constituições não podem ser alteradas facilmente pelos titulares do poder, como mostram os exemplos recentes da Venezuela, da Hungria, do Equador e da Bolívia (LANDAU, 2013, p. 192).

Landau (2013, p. 203-207) detalha o caso venezuelano. Hugo Chávez foi eleito presidente da Venezuela em 1998 com 56% dos votos, todavia, não contou com a maioria dos assentos do Congresso. Para neutralizar a oposição – majoritária –, Chávez defendeu que a Constituição existente deveria e poderia ser substituída, pois o povo detinha o poder constitucional inerente de substituí-la e, assim, propôs um referendo para consultar o povo a respeito de uma Assembleia Constituinte.¹⁵

14 *Procedurally, the Court found problems with the financing of the initiative and with its passage through Congress. Substantively, it noted in detail the ways in which Uribe's re-election would allow him to influence the selection of virtually all officials which were supposed to be checking him, and thus would have "deep repercussions on the institutional design adopted by the Constituent Assembly." Moreover, it noted that the advantages of incumbency would potentially grow over time, making Uribe increasingly difficult to dislodge from the presidency. In short, the Court held that the second re-election constituted a "substitution of the Constitution" because it would create such a strong presidency as to weaken democratic institutions.* (LANDAU, 2013, p. 202-203)

15 *The Supreme Court agreed with the proposal, noting that the public retained an "original constituent power" that was "prior and superior to the established judicial regime," and thus had the power to replace their existing constitutional text.* (LANDAU, 2013, p. 204)

Com efeito, Chávez estipulou unilateralmente as regras para a eleição da Constituinte e que lhe foram sobremaneira favoráveis, a ponto de conseguir conquistar 60% dos votos – mas que representaram 90% dos assentos na Assembleia (LANDAU, 2013, p. 205). Instalada, a Constituinte voltou-se contra as instituições ainda controladas pelos dois maiores partidos venezuelanos: suspendeu o funcionamento do Congresso, criou um Conselho encarregado de expulsar membros do Judiciário e fechou a própria Suprema Corte (LANDAU, 2013, p. 205).¹⁶ A Constituição promulgada extinguiu o mandato presidencial único de quatro anos – constante da Carta Constitucional antecessora – e contemplou a permissão para o exercício de dois mandatos subsequentes de seis anos cada, além de ter ampliado o poder do Executivo, transformando o presidencialismo venezuelano, até então considerado fraco, num dos mais fortes da região (LANDAU, 2013, p. 205-206).

Tushnet (2015, p. 438, tradução nossa) observa como no caso venezuelano as regras antidemocráticas foram tomadas em conformidade com o arranjo constitucional vigente: “[a]s ações descritas podem ter sido inconstitucionais na intenção e nos objetivos que buscavam, mas eram todas consistentes com a constituição em vigor”.¹⁷

Quanto à última forma, que expressa uma combinação entre o constitucionalismo abusivo por emendas e por substituição, Landau explora o caso húngaro. Nas eleições parlamentares de 2010, o partido *Fidesz* sagrou-se vencedor com 53% dos votos, porém, por conta das regras eleitorais húngaras, os 53% dos votos se traduziram em 68% dos assentos no Parlamento, sendo uma maioria suficiente para emendar a Constituição em vigor (LANDAU, 2013, p. 208).

16 *Some of these actions were challenged in front of the Supreme Court, but applying the “original constituent power” doctrine, it refused to step in.* (LANDAU, 2013, p. 205)

17 *No original: The actions they describe may have been anticonstitutional in intent and in the goals they sought, but they were all consistent with the constitution in place.*

Ainda em 2010, o Parlamento promulgou uma série de emendas constitucionais, que, segundo Landau (2013, p. 208), enfraqueceram as instituições que serviam para fiscalizar as maiorias parlamentares, entre elas a Corte Constitucional.¹⁸⁻¹⁹ O partido *Fidesz* então avançou com um plano de substituir a Constituição existente. O processo foi criticado duramente por não ser inclusivo, na medida em que uma manobra parlamentar evitou a maioria das deliberações sobre o projeto e quase nenhuma contribuição foi recebida da oposição (LANDAU, 2013, p. 209).

Como resultado, a nova Constituição ampliou o número de cadeiras na Corte Constitucional – permitindo ao *Fidesz* preenchê-las –, criou um novo Escritório Nacional de Justiça – controlado pelo partido e com amplos poderes sobre a seleção de juízes –, reduziu a idade de aposentadoria de juízes de 70 para 62 anos, estabeleceu novas regras ajustando os distritos eleitorais – de maneira a dificultar a derrubada do *Fidesz* no futuro –, entre outras medidas (LANDAU, 2013, p. 209-210). Conforme Tushnet (2015, p. 434-435), essas mudanças promovidas na Constituição húngara transformaram o regime então considerado

18 Como destaca Bugarič: *In one of the first constitutional amendments, the new government removed Article 24 (5) of the old constitution, which required a four-fifths vote in the Parliament to approve the rules for drafting a new constitution. This provision was put in place in 1995 in order to protect the interests of minority parties. Namely, a four-fifths vote made it almost impossible to change the constitution without consulting the opposition parties. Since the amendment rule from Article 24 (3) that requires only a two-thirds majority of all MPs to change (amend) the constitution was not altered to exempt the new four-fifths rule from its purview, the Fidesz parliament was able to use its two-thirds vote to eliminate the four-fifths rule.* (BUGARIČ, 2014, p. 8-9)

19 *The Parliament reformed the Constitution to give Fidesz members more unilateral power over the nomination process, and after the Court struck down a retroactive tax on bonuses received by departing civil servants, the Parliament responded by passing a constitutional amendment stripping most of the Court's jurisdiction over fiscal and budgetary matters. The Court was asked to strike down this amendment on the ground that it was substantively unconstitutional because it was severely at variance with the existing constitutional order, but a majority of the Court declined to adopt that doctrine and held that it could only review constitutional amendments for procedural problems.* (LANDAU, 2013, p. 208)

democrático em direção a um constitucionalismo autoritário ou até mesmo ao puro autoritarismo.

Landau percebe uma forte ligação entre o fenômeno do constitucionalismo abusivo e a ascensão e consolidação de regimes autoritários ou híbridos. O autor não desconhece o papel dos mecanismos informais de poder – como o suborno e a ameaça – nos regimes não democráticos, mas defende ser imprescindível aceitar que as regras constitucionais formais são importantes para tais regimes. Na visão dele, as normas constitucionais formais são úteis para definir os mandatos dos governantes, a extensão do poder destes sobre outras instituições²⁰ e até mesmo para dismantelar órgãos que servem de suporte a opositores (LANDAU, 2013, p. 212-213). No constitucionalismo abusivo, o compromisso dos pretensos autocratas reside, antes de tudo, na concepção de que as regras mais elevadas podem e devem ser mudadas para atingir seu intento (GONZÁLEZ-JÁCOME, 2017, p. 452).

Nos casos explorados por Landau, a escalada autoritária dos líderes políticos no poder está associada ao discurso populista, incrementando a estratégia de fragilizar o espaço democrático. O autor pontua que se os governos populistas conseguem centralizar o poder e mantê-lo por muito tempo, esses regimes se transformam cada vez mais em antidemocráticos (LANDAU, 2018, p. 523).²¹

20 *It is a mistake to ignore the importance of formal constitutional rules to hybrid regimes. For one thing, formal constitutional rules define incumbents' tenure in office, power over other institutions, and other variables. Thus in Colombia, Uribe's ability to leverage informal mechanisms, such as patronage, to control other institutions of state, like courts and ombudsmen, was dependent on his ability to remain in office indefinitely, and thus he continuously sought constitutional reform in order to allow presidential reelection. In Venezuela and Ecuador, the new constitutions strengthened the presidents' power considerably, giving incumbent executives power to legislate around existing institutions. And in Hungary, the new constitutional order weakened or disabled some of the checking institutions, giving the Fidesz more power.* (LANDAU, 2013, p. 212-213)

21 Landau (2018) explora em outro ensaio, intitulado “Populist constitutions”, as maneiras como líderes populistas usam as ferramentas de alteração da Constituição quando ganham o poder.

Existem ferramentas jurídicas examinadas por Landau, tanto em nível internacional quanto em nível interno, que, em tese, servem como antídoto ao constitucionalismo abusivo. No direito internacional, o autor cita as chamadas cláusulas de democracia. Esse tipo de cláusula “suspende a adesão a organizações regionais ou oferece outras sanções a Estados que sofram ‘interrupções inconstitucionais’ em sua ordem democrática ou que cumpram outras condições semelhantes” (LANDAU, 2013, p. 248, tradução nossa).²² Em nível interno, Landau avalia as doutrinas da democracia militante, da limitação às emendas constitucionais em camada e das emendas constitucionais inconstitucionais.

Foge ao escopo do presente estudo debruçar-se sobre cada elemento exposto por Landau, limitando-se, aqui, apenas a apresentá-los. Não obstante isso, é oportuno mencionar que o autor concluiu pela ineficiência desses mecanismos de proteção do constitucionalismo democrático (LANDAU, 2013, p. 192-193).²³

3 A RECEPÇÃO DE TEORIAS JURÍDICAS ESTRANGEIRAS PELA DOUTRINA NACIONAL

Na lição de Rodrigues Junior (2010, p. 6), “[a] doutrina é o conjunto de opiniões postas pelos juristas sobre o Direito, seu fundamento, seus institutos, suas figuras e o modo de sua aplicação, com a finalidade de criá-lo e interpretá-lo”. No mesmo caminho, é a visão de Gomes, para quem a doutrina “é o pensamento dos estudiosos do Direito reduzido a *escrito em tratados, compêndios, manuais, monografias, teses ou comentários* à legislação. Em síntese, a elaboração teórica do Direito” (GOMES, 2019, p. 34, grifo do autor).

22 No original: *These type of clauses generally suspend membership in regional organizations or offer other sanctions to states experiencing “unconstitutional interruptions” in their democratic order or meeting other, similar conditions.*

23 Assim pronuncia Landau: [...] *existing democracy-protecting mechanisms in international and comparative constitutional law have proven ineffective against this new threat. Abusive constitutionalism is much harder to detect than traditional authoritarian threats.* (LANDAU, 2013, p. 192-193)

A doutrina não detém força vinculante, pois não é reconhecida como fonte formal do Direito no sistema *civil law*, mas exerce um papel de orientar os intérpretes encarregados da função de aplicar as leis, notadamente os juízes e os agentes administrativos, e serve, outrossim, como inspiração ao legislador na produção das leis (RODRIGUES JUNIOR, 2010, p. 6).²⁴

No ambiente acadêmico, aqui referido como o espaço de produção de conhecimento do Direito, é comum que categorias, conceitos, teorias e modelos jurídicos produzidos num determinado país sejam “copiados” por outros. A realidade brasileira é um retrato desse fenômeno, como aponta Santos Júnior (2013, p. 354), ao descrever que o nosso sistema jurídico foi edificado a partir de um mesmo paradigma de Estado Liberal ocidental, iniciando com a adoção das Ordenações portuguesas, passando pelo Código Civil de 1916 – que seria, nas suas palavras, praticamente uma cópia da codificação alemã (BGB) – e pela Constituição de 1937, inspirada no texto constitucional polonês.²⁵

Como apregoa Rodrigues Júnior (2012, *online*), a “importação” de institutos e conceitos jurídicos é algo inerente ao desenvolvimento do Direito. “Não se pode dizer que seja um privilégio dos tempos de globalização, *internet* e

24 As funções da doutrina não se limitam às expostas, como bem observa Rodrigues Junior: A título de sistematização do que já se afirmou, apresentam-se as mais importantes de entre elas: (i) criar o Direito, quando transforma a regra em outra regra, após sua interpretação; (ii) sistematizar o Direito, por meio de constructos teóricos, que procuram agrupar instituições, províncias e figuras jurídicas, por diferentes métodos (aproximação específica, comparatismo, pandectismo, tópica); (iii) reformar as leis e as instituições jurídicas, por meio de estímulos ao legislador, o que se faz com grande superioridade pela doutrina, dada a vantagem de pensar o Direito de modo sistemático, teórico e descompromissado com elementos circunstanciais; (iv) influenciar e criticar as decisões jurisprudenciais, servindo-lhes de fundamento e de meio de reflexão; (v) controlar a atuação judicial, o que deveria ocorrer pelas críticas nos fóruns acadêmicos, simpósios, congressos, livros e ensaios; (vi) criar novos institutos e figuras jurídicas, muita vez a partir da elaboração racional ou da observação dos fenômenos. (RODRIGUES JUNIOR, 2010, p. 11)

25 No contexto internacional, pode-se citar o exemplo fornecido por Graziadei a respeito da difusão do Código Civil de Napoleão pela Europa e até na América (GRAZIADEI, 2006, p. 448).

de acesso digital a obras estrangeiras. Esse é um movimento pendular, historicamente reconhecível em diferentes épocas” (RODRIGUES JUNIOR, 2012, *online*).

Ao se falar nesse processo de “imitação”, ou, em termos mais técnicos, de influência ou transferência de normas e até de conhecimento doutrinário, está-se no campo dentro do Direito Comparado denominado de transplantes jurídicos (DUTRA, 2018, p. 78).²⁶

O fenômeno dos transplantes jurídicos, em si considerado, é natural. A problemática surge quando esse processo é realizado sem o compromisso com padrões metodológicos claros e objetivos.

Graziadei (2006, p. 455) pontua que o processo de transplantes jurídicos costuma ser ambíguo, em razão dos meios intelectuais empregados, das condições materiais presentes e dos propósitos perseguidos. Com efeito, cada interessado tem normalmente interesses, motivações e meios distintos (GRAZIADEI, 2006, p. 455). Além disso, há dificuldades de ordem cultural, uma vez que a lei promulgada como produto de uma importação pode não representar as mesmas condições econômicas, políticas ou sociais prevalentes no sistema jurídico originário (GRAZIADEI, 2006, p. 455).²⁷

26 A terminologia não agrada a todos. Para Graziadei (2006, p. 443), o termo “transplante” é baseado numa metáfora mal adaptada para expressar a propagação gradual da lei ou a natureza contínua de um processo de mudança legal por conta da apropriação de ideias estrangeiras. O autor refere-se a outras expressões de aceitação entre os doutrinadores, como “circulação de modelos legais” – especialmente em países da tradição da *common law* –, e “recepção” (GRAZIADEI, 2006, p. 443). Langer (2004, p. 30) também critica a expressão “transplante jurídico”, pois, para ele, tal metáfora “[...] *fails to account for the possibility that, in many cases, legal concepts and practices are transferred on some conceptual levels but not others*”. O autor propõe, então, a metáfora da “tradução” para se referir à circulação de ideias, regras e práticas jurídicas (LANGER, 2004, p. 33).

27 Para o mestre italiano: [...] *a new law enacted as a consequence of a transplant cannot be considered proof that the same economic, political, or social conditions prevail in both the giving and the receiving system. Thus, one country may enact legislation strongly protective of human or consumer rights in response to human or consumer rights movements, and such legislation may become the model for the law in another country where such movements are completely absent.* (GRAZIADEI, 2006, p. 455)

Rodrigues Júnior (2012, *online*) elenca alguns dos riscos envolvidos no processo de transplantes jurídicos: a) a tradução equivocada da figura jurídica estrangeira ou a má compreensão de seu contexto normativo, transformando a adaptação num resultado irreconhecível do modelo de origem; b) a recepção de modelo já superado no país de inspiração; c) a existência de institutos semelhantes no país importador, o que tornaria o transplante desnecessário; e d) as condições normativas locais impedem a adaptação do modelo jurídico estrangeiro, o qual foi concebido dentro de outra realidade normativa.

Na realidade brasileira, Streck (2017, p. 78-79) assevera que a tradição jurídica nacional, até a Constituição de 1988, esteve assentada no modelo de Estado liberal – sem espaço para os direitos fundamentais de segunda e de terceira dimensões. Nessa altura histórica, não havia uma teoria constitucional adequada ao novo paradigma jurídico inaugurado pela atual Constituição, o que levou os juristas nacionais a recorrerem às teorias estrangeiras, muitas vezes de modo acrítico (STRECK, 2017, p. 79).

Com efeito, os riscos que permeiam o processo de recepção de modelos legais internacionais exigem da doutrina doméstica um esforço crítico redobrado. Como observa Santos Júnior (2013, p. 353), a adoção de uma teoria jurídica que parece ser uma solução para um determinado problema na Alemanha – por exemplo, o direito penal do inimigo frente à ameaça terrorista – ou nos Estados Unidos – o *stare decisis* e o julgamento com base nos precedentes – pode se transformar, no contexto brasileiro, num catalisador de problemas, diante das diversidades sociais, jurídicas, políticas e econômicas.

Rodrigues Junior expressa fortes críticas ao estado atual da dogmática jurídica nacional. O autor elenca uma série de causas²⁸ para demonstrar a redução

28 As causas apresentadas pelo autor podem ser sintetizadas: [...] (I) ampliação excessiva do número de obras jurídicas; (II) crise dos periódicos tradicionais de doutrina, com a ampliação de revistas e a demanda exagerada por contribuições, o que fez decrescer a seletividade e a qualidade dos textos; (III) uso das publicações como meio de pontuação em concursos públicos, ascensão funcional e obtenção de gratificações na carreira do magistério superior;

do prestígio da doutrina nos tempos atuais, dentre elas, o desconhecimento de bases epistemológicas, a deficiente formação em filosofia (geral e jurídica) e o pragmatismo (RODRIGUES JUNIOR, 2010, p. 14). Para ele, a implementação dos informativos jurisprudenciais e o acesso – facilitado pela *internet* – às decisões, nos últimos anos, criou aquilo que chamou de “dogmática judicializada”, na qual a doutrina se faz a partir das decisões dos tribunais, ou seja, o doutrinador se apresenta como mero organizador de jurisprudência em blocos, esquemas e resumos, abandonando o seu papel crítico de formação (RODRIGUES JUNIOR, 2010, p. 15).²⁹

Nesse sentido também foram as severas advertências de Streck à academia brasileira, em sua coluna publicada no Consultor Jurídico em novembro de 2012, ao se referir à posição da doutrina em relação a como o Supremo Tribunal Federal aplicou a teoria do domínio do fato de Claus Roxin na ocasião do julgamento do Caso Mensalão. Na visão do constitucionalista gaúcho, “[o] estado d’arte da dogmática jurídica brasileira [...] nos mostra que houve um processo de calcificação do raciocínio de parcela da comunidade jurídica, especialmente a que se dedica aos estudos da dogmática jurídica” (STRECK, 2012, *online*).³⁰

Santos Júnior, não obstante reconheça o valor da doutrina estrangeira

(IV) ausência de legisladores-juristas; (V) redução nas citações doutrinárias nos acórdãos; (VI) má qualidade na formação jurídica, especialmente pelo desinteresse com a formação filosófica e epistemológica, e vícios na seleção de quadros nas universidades, como o favoritismo e a auto-referência; (VII) avanço da dogmática judicializada e da valorização do estudo de casos. (RODRIGUES JUNIOR, 2010, p. 18)

29 Streck (2012, *online*) chega a referir que a dogmática jurídica brasileira sofre de “*mediocriopatia*”. Para o autor: [...] a doutrina no Brasil dia a dia doutrina menos. Ela se adapta à “realidade que os tribunais apresenta(ram)” nos últimos anos. Ficou “doente”. E por que venho denunciando isso? Porque qualquer análise empírica vai nos mostrar que a doutrina – e não só a penal-processual-penal – está caudatária das decisões tribunalícias. (STRECK, 2012, *online*)

30 No entanto, Streck (2012, *online*) faz menção a uma longa lista de autores nacionais que fogem à mediocridade criticada por ele no texto.

para o desenvolvimento do Direito como um todo, também repreende a comunidade jurídica. Para ele, o discurso importador de modelos legais vem sendo aceito como algo natural, mas, “na realidade, impõe-se sem dialética, sem crítica, por falácias como a do ‘argumento de autoridade’ ou do ‘progresso’” (SANTOS JÚNIOR, 2013, p. 354).

A importação de modelos legais sem a devida apreciação analítica parece assumir contornos mais dramáticos quando os Tribunais acolhem a figura transplantada e utilizam-na como argumento para julgar. Nesse contexto, a carência crítica da doutrina brasileira em relação ao direito estrangeiro, para além do desprestígio à dogmática jurídica, contamina a maneira dos juízes aplicarem o Direito pátrio.³¹

Assim, a jurisprudência, nutrida por uma doutrina simplista, é acometida por um “[...] desejo de inovar e, sem maiores reflexões, incorpora conceitos estrangeiros que em nada se relacionam com o ordenamento jurídico positivo ou com as circunstâncias histórico-jurídicas nacionais” (RODRIGUES JUNIOR, 2012, *online*).

No próximo tópico, pretender-se-á analisar como a doutrina brasileira recepcionou o fenômeno do constitucionalismo abusivo no Brasil.

4 O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO NO BRASIL

A produção acadêmica nacional sobre o constitucionalismo abusivo ainda é incipiente. Os poucos estudos que tratam diretamente do tema buscam,

31 Há inúmeros trabalhos apontando os equívocos na aplicação de teorias estrangeiras pelo Judiciário nacional. Streck (2017, p. 78-93) indica cinco exemplos de recepções equivocadas no Direito brasileiro: a jurisprudência dos valores, o realismo norte-americano (com ênfase no ativismo judicial), a teoria da argumentação de Robert Alexy, o neoconstitucionalismo e os métodos interpretativos de Savigny. O autor ainda critica a forma como o STF acolheu a teoria do domínio do fato de Claus Roxin (STRECK, 2012). Sobre o mau uso do Direito Comparado pelo STF em matéria tributária: Rosenblatt e Andriani (2018).

de certa maneira, avaliar a ocorrência do fenômeno no Brasil, mas de modo setorizado, como se verá.

Estorilio e Benvindo (2017, p. 176) visam “a confirmar a hipótese de que a constituição pode ser estrategicamente trabalhada para favorecer agenciadores de interesses durante graves crises políticas e que o STF pode agir como um importante catalisador desse processo”. Para eles, o atual arranjo institucional confere poderes excessivos a cada Ministro em particular, fragilizando a figura da deliberação colegiada – que demanda um esforço argumentativo coletivo da Corte (ESTORILIO; BENVINDO, 2017, p. 175-176). Como resultado, “[a] deliberação interinstitucional, apontada como saudável ou necessária, na verdade, tem muito funcionado como uma estratégia qualificável como constitucionalismo abusivo” (ESTORILIO; BENVINDO, 2017, p. 176).

Os autores consideram o STF como um agente do constitucionalismo abusivo e apontam, como evidências, a chamada sincronicidade³² e a prática seletiva da subsunção³³. No entanto, partem da premissa equivocada do que seja o constitucionalismo abusivo. Na visão dos autores, o abuso constitucional ocorre quando o Tribunal usa o “[...] direito constitucional – e os próprios

32 Segundo os autores: *Sincronicidade* trata da relação entre fatos determinados pelas memórias, pela natureza ou pelos arquétipos e que não podem ser compreendidos mediante o princípio da causalidade na física. Com isso, o elemento central da sincronicidade é visualizar uma relação distante, porém coordenada, entre dois eventos que não exija uma explicação de causa e efeito, ao contrário do tradicionalmente esperado de tais relações. O conceito, embora originário de estudos da psicanálise e voltados para situações diversas de um debate institucional, permite extrair lições relevantes para o possível encontro de relações de causa e efeito implícitos em circunstâncias típicas de constitucionalismo abusivo. (ESTORILIO; BENVINDO, 2017, p. 181)

33 Os autores ponderam: Outra circunstância relevante é a falta de isonomia com casos que carregam profunda semelhança e relativa proximidade temporal. A quebra de coerência em casos centrais que engendram, sobretudo, forte impacto político acarreta, naturalmente, sério desconforto em relação às expectativas de segurança jurídica e, mais ainda, possível configuração de uso político da Corte. (ESTORILIO; BENVINDO, 2017, p. 183)

procedimentos que buscam efetivá-lo na prática – contra o próprio constitucionalismo” (ESTORILIO; BENVINDO, 2017, p. 189).

É bem verdade que os Tribunais podem concorrer para o fenômeno do constitucionalismo abusivo, como bem pondera Landau, mas nessa hipótese atuam como um “vassalo” do regime político no poder. É fundamental que a atitude do Tribunal se desenvolva dentro do plano mais amplo de erosão da democracia, isto é, da consolidação dos governantes no poder em prejuízo ao livre sistema eleitoral e da redução de direitos fundamentais individuais e dos grupos minoritários. Se a Corte não toma parte desse estratagema, não se pode falar que ela é condutora do constitucionalismo abusivo, ao menos na doutrina de Landau.³⁴

No cenário brasileiro, todavia, é perceptível que não há influência do Presidente da República sobre o STF a ponto de cooptá-lo para uma empreitada política enviesada, mas, ao contrário, há uma forte independência institucional entre os dois Poderes. Aliás, é evidente o atrito político entre o STF e o Presidente da República, que pode ser sentido através das diversas críticas do chefe do Executivo àquela Corte, e que permitiria concluir que o STF se mantém independente.

A atuação do STF criticada pelos autores parece se aproximar de outra situação destacada por Landau, em obra produzida em coautoria com Dixon (2020, p. 1317), qual seja, quando as Cortes se comportam por conta própria no jogo político e excedem suas prerrogativas em determinados casos, violando regras mínimas da democracia “eleitoral”, fenômeno que eles denominam *judicial*

34 Como destaca o autor estadunidense: *Moreover, in these regimes the dominant political actors and forces tend to control not only the branches of government, but also the mechanisms of horizontal accountability that are supposed to check political actors. Thus, institutions like courts, ombudsmen, attorney general's offices, and electoral commissions all tend to be controlled by incumbents. Rather than serving as independent checks on government power, these institutions are actively working on behalf of their political projects.* (LANDAU, 2013, p. 200, grifo nosso)

review abusivo (*abusive judicial review*).³⁵ Em tais circunstâncias, exige-se que os Tribunais atuem intencionalmente para minar as regras mínimas democráticas, sob pena de configurar, caso contrário, outro fenômeno que não o *judicial review* abusivo (LANDAU; DIXON, 2020, p. 1326). Como bem ponderado por Landau e Dixon, Tribunais podem, às vezes, tomar decisões que tenham consequências antidemocráticas sem, contudo, terem motivação voltada para a finalidade antidemocrática.³⁶

Barboza e Robl Filho (2018, p. 86) argumentam que o constitucionalismo abusivo também pode partir do Legislativo, quando ele se vale de cláusulas democráticas e de processos constitucionais formais para enfraquecer o Executivo.³⁷ Aduzem o exemplo do *impeachment* da ex-Presidente da República Dilma Rousseff, o qual, apesar de não poder ser categorizado como golpe de Estado na visão dos autores, aproxima-se do constitucionalismo abusivo em certa medida, “porque o uso desse instrumento de forma reiterada afronta as bases da democracia constitucional e do respeito às eleições competitivas, periódicas e livres” (BARBOZA; ROBL FILHO, 2018, p. 94).

35 *We label courts' intentional attacks on the core of electoral democracy "abusive judicial review," and we argue that it is an important but undertheorized aspect of projects of democratic erosion.* (LANDAU; DIXON, 2020, p. 1317)

36 *An intent requirement is helpful in distinguishing abusive judicial review from several other related but distinct phenomena. Courts may at times render decisions that have antidemocratic effects without having an antidemocratic motive.* (LANDAU; DIXON, 2020, p. 1326)

37 Os autores argumentam: Por outro lado, mais um problema que se coloca no presidencialismo quando, ao invés de Presidentes autoritários, é o Legislativo que se utiliza de cláusulas democráticas e de processos constitucionais formais, buscando enfraquecer o Executivo, o que também poderia ser chamado de constitucionalismo abusivo. O Presidente, no Brasil e em outros países da América Latina, só consegue terminar o mandato se existe apoio majoritário no Parlamento. Por outro lado, o Presidente da República tem apoio direto no voto popular, mas também o Parlamento detém apoio popular e, em momentos de crise, a competição entre Legislativo e Executivo cria instabilidade democrática. (BARBOZA; ROBL FILHO, 2018, p. 86)

Todavia, não obstante os malefícios que o Legislativo possa causar à democracia quando excede suas prerrogativas, não é adequado enquadrar tal comportamento como constitucionalismo abusivo, sobretudo quando se constata atrito entre esses Poderes, já que isso significa mais dissonância política do que deferência do Congresso Nacional a eventual projeto antidemocrático do Executivo.

Como os próprios autores consignam, não se revela cientificamente adequado utilizar a categoria do constitucionalismo abusivo para todas “as deficiências na democracia constitucional que ocorreram com alguma participação dos instrumentos e das técnicas constitucionais” (BARBOZA; ROBL FILHO, 2018, p. 87). É dever a ser enfrentado pela doutrina diferenciar a simples inconstitucionalidade das hipóteses nas quais disposições constitucionais são prejudiciais à ordem democrática por conformarem uma estratégia voltada a minar as próprias bases do Estado democrático (BARBOZA; ROBL FILHO, 2018, p. 87).

Um ponto interessante discutido por Barboza e Robl Filho diz respeito à possibilidade de o constitucionalismo abusivo ocorrer de modo episódico. Eles advogam a tese “[...] de que o Brasil atualmente não pode ser enquadrado em casos patológicos (estruturais) de constitucionalismo abusivo, conforme descrito por Landau e Schepelle [...]” (BARBOZA; ROBL FILHO, 2018, p. 87).³⁸

Independentemente do acerto, ou não, da tese sobre o Brasil, o que demandaria uma investigação própria em outro momento,³⁹ a ideia de cons-

38 E justificam: Por sua vez, o fenômeno do constitucionalismo abusivo pode ser utilizado para descrever a utilização de procedimentos, institutos e medidas próprias do direito constitucional para minar ou restringir a democracia constitucional em geral e não somente em algumas democracias, como as latino-americanas e do leste europeu. Nesse novo contexto de emprego dessa categoria, trata-se de ferramenta interpretativa mais ampla, a qual é adotada para descrever o uso de [SIC] abusivo dos instrumentos constitucionais inclusive em democracias constitucionais mais sólidas, que se encontram distantes de um modelo de *democraturas*, designando a categoria como constitucionalismo abusivo episódico. (BARBOZA; ROBL FILHO, 2018, p. 86)

39 Entende-se, sem a pretensão de exaustão da metodologia, que o estudo do constitucionalismo abusivo no Brasil, conforme a doutrina de Landau, demandaria uma avaliação das emendas

titucionalismo abusivo episódico, em oposição ao estrutural, parece ser uma adaptação da doutrina de Landau ao contexto brasileiro, que não experimenta uma democracia perfeita mas tampouco está submerso num regime autoritário ou semiautoritário, como a Venezuela. Aliás, Landau não faz tal distinção. Por isso, vê-se com algumas reservas essa posição dos autores.

Uma das maneiras pelas quais o constitucionalismo abusivo é implementado, na lição de Landau, é através de emendas à Constituição. Landau utilizou a experiência colombiana para ilustrar essa forma, trabalhando os casos das emendas constitucionais com a finalidade de permitir a reeleição presidencial e um terceiro mandato. Como se viu, a Corte Constitucional da Colômbia barrou a tentativa de se implantar um terceiro mandato presidencial no país, de modo que a pretensão do então Presidente Uribe de se manter no poder foi um risco à democracia afastado no tempo certo. Tendo em mente que o caminho para um governo semiautoritário foi interrompido, Landau não cunhou esse caso como constitucionalismo abusivo “episódico”. E o exemplo brasileiro muito se assemelharia ao caso colombiano, daí porque não se sentir a necessidade de identificar se o fenômeno é estrutural ou episódico.

Outro trabalho, de autoria de Aragão, Pack e Maggio (2020), sugere a pandemia do Covid-19 como impulsionadora do constitucionalismo abusivo na ordem jurídica brasileira e internacional.⁴⁰ Os autores atribuem ao constitucionalismo abusivo conformações mais amplas do que aquelas delineadas por Landau, mesclando as ideias deste último com as de outros estudiosos.⁴¹

constitucionais dentro de um recorte temporal, levando em consideração o conteúdo de cada emenda, as consequências para a democracia (especialmente para as regras eleitorais e para os direitos fundamentais individuais e das minorias), a iniciativa da PEC, a composição do Congresso Nacional, o papel do Executivo no poder e sobre outros atores políticos etc.

40 Existem outros estudos nessa mesma direção: Hendrianto (2020), sobre o contexto da pandemia na Indonésia; e Drinóczi e Bień-Kacała (2020), tratando a respeito do cenário húngaro e polonês.

41 Tomando por base as lições de Landau, Scheppele, Levitsky, Ziblatt, Lührmann e Lindberg,

Aragão, Pack e Maggio (2020, p. 51-53) utilizam o termo “constitucionalismo abusivo” como sinônimo de legalismo autocrático e democracia iliberal. Há um certo problema em se admitir tais expressões para designar o mesmo fato. Enquanto estes dois últimos são terminologias para se referir a tipos de regimes políticos, o primeiro é um fenômeno tipicamente jurídico, que explica como governantes podem modular a Constituição para criar regras que lhes beneficiem a longo prazo em detrimento da democracia, sendo, dessa maneira, mais um mecanismo dentro do jogo político para se atingir a finalidade antidemocrática. O constitucionalismo abusivo é, assim, uma ferramenta – ao lado de outras – de que se valem os governantes que almejam ao autoritarismo competitivo ou híbrido.

Como asseveram Landau e Dixon (2020, p. 1319, tradução nossa), “os pretensos autocratas têm uma série de ferramentas para levar a cabo projetos de erosão democrática”,⁴² sendo a alteração da Constituição por mecanismos

os autores listaram as seguintes práticas que “autorizam um prognóstico de autocratização ou de constitucionalismo abusivo: a) enfraquecimento da oposição política, inclusive com a intimidação de adversários políticos; b) destruição e/ou desqualificação do pluralismo da mídia e da liberdade de imprensa; c) desativação de instituições de controle e prestação de contas; d) redução dos controles sobre o Poder Executivo; e) controle indevido sobre os mecanismos de responsabilização horizontais e verticais; f) fraude eleitoral e rejeição às regras do jogo eleitoral; g) captura de magistrados (corrupção ou coação); h) redução do papel de Parlamentos; i) remoção de prazos-limite para reeleição; j) adoção de processos legislativos acelerados e simplificados; k) aniquilação de organizações da sociedade civil; l) concentração e monopolização de poder e de tomada de decisões (inclusive técnicas), muitas vezes em nome de uma ideologia autoritária; m) mordaza em tribunais constitucionais; n) decretação de estado de emergência/exceção; o) golpes constitucionais; p) forte interferência na organização partidária; q) restrição progressiva à liberdade de expressão; r) discursos reiterados contra valores democráticos e defesa de programas político-partidários extremistas, inclusive por inflamação de apoiadores contra instituições, grupos de pessoas ou indivíduos dissidentes” (ARAGÃO; PACK; MAGGIO, 2020, p. 55-56).

42 No texto original: *Would-be autocrats have a number of tools to carry out projects of democratic erosion. The tools of formal constitutional change, both amendment and replacement, have been important across many countries both to consolidate political power and to weaken checks on it.*

formais – emendas e substituição – apenas uma num conjunto muito mais amplo de medidas autoritárias.⁴³ Scheppele (2018, p. 548), citado por Aragão, Pack e Maggio, refere que o fenômeno do legalismo autocrático ocorre quando mandatos eleitorais e mudanças constitucionais e legais são utilizadas a serviço de uma agenda iliberal. Ou seja, a alteração constitucional é um dos meios para se atingir o legalismo antidemocrático.

Na percepção de Aragão, Pack e Maggio (2020, p. 57), não há no Brasil atualmente um contexto “hegemônico” de legalidade autocrática, já que a Constituição ainda preserva sua essência normativa, mas “tem-se observado momentos de tensão que retratam uma área cinzenta sobre o grau de democracia do País”. Os autores citam três medidas provisórias editadas pelo Presidente da República que, no seu sentir, destoam do comportamento esperado de governos democráticos.⁴⁴ Demais disso, aduzem o episódio no qual “[...] o Governo

43 *Formal constitutional change is also only one tool in a much broader authoritarian toolkit. Would-be authoritarian leaders can also carry out changes via informal mechanisms, or at the sub-constitutional level. They can pass new “cardinal” or “organic” laws that reorganize major institutions such as courts and ombudspersons in a notably less democratic or independent way, or they can put pressure on courts to engage in forms of ‘common law’ interpretation that reduces the force of existing democratic constitutional constraints.* (LANDAU; DIXON, 2020, p. 1320)

44 São elas: a) a MP nº 928, de 23 de março de 2020, que incluía o art. 6º-B na Lei nº 13.979/2020, prevendo a suspensão dos prazos de resposta a pedidos de acesso à informação de alguns órgãos e entidades da Administração Pública cujos servidores estivessem sujeitos a regime de quarentena, teletrabalho ou equivalente; b) a MP nº 966, de 13 de maio de 2020, dispondo que, “[...] em relação às medidas de enfrentamento à pandemia, somente poderiam ser responsabilizados agentes nas esferas civil e administrativa se houvesse dolo ou erro grosseiro” (ARAGÃO; PACK; MAGGIO, 2020, p. 63); c) a MP nº 979, de 9 de junho de 2020, que dispunha sobre a designação de dirigentes *pro tempore* para as instituições federais de ensino durante o período da pandemia da covid-19, sem a necessidade de eleições. (ARAGÃO; PACK; MAGGIO, 2020, p. 63-64)

Bolsonaro, via Ministério da Saúde, retirou dados acumulados da Covid-19 do portal oficial [...]” (ARAGÃO; PACK; MAGGIO, 2020, p. 64).⁴⁵

O constitucionalismo abusivo, segundo Landau e Dixon (2020), pode ser aplicado em conjunto com outras técnicas, dada a fungibilidade das manobras autoritárias, tais como mudanças na legislação infraconstitucional e estratégias informais – propina, assédio, apadrinhamento etc. No entanto, não se pode incluir, como Aragão, Pack e Maggio o fazem, a promoção de leis, de medidas provisórias e até mesmo ações administrativas concretas – como a retirada dos dados acumulados da Covid-19 do portal oficial do Ministério da Saúde –, dentro do espectro do constitucionalismo abusivo, que se perfaz por alterações na Constituição em si, muito embora os exemplos apontados possam ser considerados, numa visão macro da realidade política brasileira, posturas em conflito com a democracia.⁴⁶ Mas, repita-se, não há de se confundir atos legais ou administrativos – inconstitucionais – com o constitucionalismo abusivo. A inconstitucionalidade, por si só, não equivale ao modelo proposto por Landau.

45 Para os autores: Em um cenário já deficiente de levantamento sobre a quantidade real de casos existentes, essa ação apenas ofuscou a necessária transparência em um momento de emergência, em que informações se mostram imprescindíveis para a compreensão do cidadão e mesmo para a publicidade, princípio constitucional da Administração Pública. (ARAGÃO; PACK; MAGGIO, 2020, p. 64)

46 Martins também distingue o constitucionalismo abusivo de outras técnicas antidemocráticas: Várias são as ações que podem ser praticadas pelos detentores do poder, no intuito de minar o regime democrático. Embora o *constitucionalismo abusivo* seja uma dessas ações, não é a única. Há medidas políticas, administrativas e jurídicas que podem, pouco a pouco, minar o regime democrático, como por exemplo, o feroz ataque à imprensa livre e a manipulação das informações por ela veiculadas, a divulgação sistemática de notícias falsas (*fake news*), a não utilização de ferramentas existentes de democracia direta, a não implantação de novas ferramentas democráticas necessárias aos tempos atuais (que muitos denominam como *e-democracy*), a perseguição institucional da oposição, a disseminação de discursos de ódio, uma aproximação excessiva com grupos armados (Forças Armadas, forças policiais, milícias etc.) ou grupos religiosos que lhe dão supedâneo, etc. (MARTINS, 2019, p. 35)

Barboza, agora em parceria com Inomata (2019), ao tratar do contexto brasileiro, compartilha do entendimento de Levitsky de que o Presidente Jair Bolsonaro é um líder autoritário, concluindo que, nos primeiros três meses de seu governo, demonstrou “todas as características de um perfil autocrático, utilizando (ou tentando utilizar) ferramentas do constitucionalismo abusivo para deteriorar a democracia” (BARBOZA; INOMATA, 2019, p. 428). No entanto, os exemplos fornecidos pelas autoras para posicionarem tal afirmação não representam fielmente o *modus operandi* do constitucionalismo abusivo.

A primeira ilustração exposta pelas autoras diz respeito à entrevista concedida pelo então candidato a presidente Jair Bolsonaro, durante a campanha eleitoral de 2018, na qual ele defendeu a elevação do número de ministros do STF para 21 (BARBOZA; INOMATA, 2019, p. 428). O maior problema desse apontamento é que não se trata de uma proposta concreta e perfectibilizada por meio de alteração da Constituição durante o seu mandato, mas apenas de uma promessa lançada durante a corrida eleitoral – carente de efeito vinculante. Essa exposição tem sua validade para a discussão sobre o caráter autoritário do Presidente da República, mas não para embasar a ocorrência do constitucionalismo abusivo.⁴⁷

Outros casos indicados dizem respeito ao Decreto nº 9.685, de 15 de janeiro de 2019, que facilitaria o porte de armas, e ao Decreto nº 9.690, de 23 de janeiro de 2019, que permitia que “[...] ocupantes de cargos comissionados da gestão pudessem classificar dados do governo federal como informações ultrasecretas e secretas [...]” (BARBOZA; INOMATA, 2019, p. 433 e 435). Para as

47 As autoras (2019, p. 430-433) também citam os ataques ao STF feitos por familiares do Presidente da República Jair Bolsonaro, por correligionários ou até organizados pela sociedade civil como mais uma faceta do constitucionalismo abusivo no Brasil. Entretanto, como já afirmado anteriormente, tal fato está longe de representar uma influência do Presidente da República sobre o STF, direcionada a cooptá-lo. Por mais que tal comportamento possa ser categorizado como exemplo de atitude autoritária, não perfaz o figurino estrito do constitucionalismo abusivo.

autoras (2019, p. 433-434), o primeiro ato representaria um “enfraquecimento de instituições e mecanismos de *accountability*”, e o segundo, violação de direitos.

O argumento de que tais medidas possam comprometer o regime democrático e, logo, sejam enquadradas como constitucionalismo abusivo é complicado. O alargamento do rol de autoridades com competência para classificar informações como ultrassecretas e secretas é tema sensível ao Estado Democrático de Direito. Ainda mais preocupante que a referida previsão tenha sido feita por meio de decreto presidencial. As autoras não demonstram, todavia, como o Decreto nº 9.690 poderia efetivamente corromper as regras democráticas em vigor, especialmente à luz dos parâmetros erigidos por Landau, ou como o Decreto nº 9.685 representaria uma redução de direitos individuais – falta, assim, uma análise causal mais detida. Ademais, as duas medidas foram produzidas por decreto, e não por emendas à Constituição.

Mas um caso narrado por Barboza e Inomata merece atenção, porque mais se aproxima do fenômeno aqui estudado: cuida-se da proposição de alterar a idade de aposentadoria dos ministros do STF, de 75 para 70 anos. Segundo apontam, a deputada federal e aliada do Presidente Jair Bolsonaro, Bia Kicis (PSL-DF), estaria angariando assinaturas para intentar um projeto de emenda constitucional visando à redução da idade da aposentadoria compulsória dos ministros do STF (BARBOZA; INOMATA, 2019, p. 429). Caso isso se concretize, Bolsonaro “[...] teria nas mãos a indicação de quase 40% da Corte brasileira” (BARBOZA; INOMATA, 2019, p. 429).

De fato, a utilização de um mecanismo de mudança da Constituição – emenda – com a finalidade de rearranjar a composição do mais alto Tribunal do país é uma manobra comum a líderes autocratas. Como assevera Landau (2013, p. 230, tradução nossa), “disposições relativas ao tamanho, a composição e o mandato de juízes do alto escalão podem ser particularmente valiosas [...]”.⁴⁸

48 No original em inglês: *Provisions bearing on the size, composition, and tenure of high-ranking judges might be particularly valuable [...]*.

Para o autor estadunidense, a maneira mais fácil para um regime autoritário híbrido controlar um Tribunal é “embrulhando-o”, isto é, preencher seus cargos com juízes simpatizantes (LANDAU, 2013, p. 239).⁴⁹ A alteração substancial da composição do STF por meio da manipulação da Constituição é um fator de preocupação no Estado Democrático de Direito, sobretudo em momentos de crise política, econômica ou social.

Em outro trabalho de Barboza e Inomata, em coautoria com Albuquerque (2020), as autoras confrontam, ainda que brevemente, as emendas constitucionais promulgadas no governo do Presidente Bolsonaro com os parâmetros propostos por Landau para se aferir o grau de democracia numa sociedade.⁵⁰

De acordo com o primeiro critério – análise da esfera eleitoral e das condições de competitividade –, concluem que as emendas constitucionais “[...] não concentram mais poderes na figura do Presidente da República, como ocorreu, por exemplo, na Colômbia com Álvaro Uribe Vélez [...]” (INOMATA; BARBOZA; ALBUQUERQUE, 2020, p. 193). No tocante à segunda diretriz fornecida por Landau – a extensão da proteção aos direitos dos indivíduos e dos grupos minoritários –, as autoras perceberam mais dificuldades. Como revelam, a reforma da previdência promovida pela EC 103/2019 é objeto de intensas críticas, no sentido de que ela teria promovido retrocessos na proteção de direitos sociais (INOMATA; BARBOZA; ALBUQUERQUE, 2020, p. 194).⁵¹

49 *And would-be autocrats are experts in figuring out alternative ways to achieve the same ends. The Hungarian example illustrates the point with respect to the constitutional judiciary: rather than replacing the Constitutional Court or changing its tenure rules, the Fidesz simply added more positions to the Court, and therefore is moving towards “packing” it.* (LANDAU, 2013, p. 233)

50 As autoras (2020, p. 193) elencam as seguintes emendas constitucionais propostas e aprovadas durante o atual governo: Ao todo foram 9 emendas à Constituição aprovadas no governo Bolsonaro: EC 100; EC 101; EC 102; EC 103; EC 104; EC 105; EC 106; EC 107; EC108, editadas entre junho de 2019 e agosto de 2020. Dentre elas, apenas uma foi proposta pelo Poder Executivo: a EC 103 de 2019 que institui a Reforma da Previdência.

51 As autoras ainda avaliam as emendas constitucionais aprovadas em decorrência do Estado de Emergência Sanitária provocado pela pandemia do novo coronavírus: [...] A EC 106 cria o chamado “orçamento de guerra”, estabelecendo um orçamento específico para os

O mérito na abordagem das autoras, nesse estudo, apesar da superficialidade – até reconhecem que a complexidade do tema exigiria um estudo à parte –, está na adoção dos parâmetros firmados por Landau para se identificar o enfraquecimento da democracia.⁵²

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os riscos à democracia nos últimos tempos têm tomado um papel de destaque na produção acadêmica. Não se implementam mais golpes de Estado como em outras épocas, sobretudo porque a tolerância a esse tipo de ascensão ao poder reduziu-se drasticamente, como consequência da alteração do pensamento dominante nas grandes potências econômicas do planeta. Como resultado, as pretensões autoritárias agora se perfazem de maneira silenciosa, de modo a não chamarem a atenção da comunidade internacional, e se caracterizam por se disfarçarem de providências democráticas.

O pensamento de David Landau revela apenas uma das formas de se implementar ações antidemocráticas. O constitucionalismo abusivo, assim, envolve o uso de mecanismos de mudança da constituição (emenda e substituição constitucional) para enfraquecer a democracia e guiar um sistema político a um regime aquém do democrático. A doutrina brasileira já vem se posicionando a respeito da temática.

gastos ao enfrentamento da pandemia e permitindo a criação de despesas sem as amarras atuais (como a simplificação do processo de compras e contratação de pessoal). A EC 107 permite adiar, em razão da pandemia da Covid-19, as eleições municipais de outubro de 2020. A princípio, essas emendas constitucionais apresentam-se proporcionais e não violam, portanto, a proteção de direitos individuais ou de minorias. (INOMATA; BARBOZA; ALBUQUERQUE, 2020, p. 194)

- 52 O autor norte-americano (2013, p. 195-196) fixa duas dimensões para definir o grau de democracia: a esfera eleitoral e as condições de concorrência entre os mandatários em exercício e os opositores nas disputas eleitorais; e a amplitude da proteção aos direitos dos indivíduos e dos grupos minoritários.

No entanto, percebe-se que a academia nacional não assimilou adequadamente o constitucionalismo abusivo, ao menos na acepção de Landau. Dois problemas centrais foram percebidos. O primeiro diz respeito à má compreensão de quem seja o principal agente perpetrador do constitucionalismo abusivo. Nessa quadra, autores como Estorilio, Benvindo, Barboza e Robl Filho argumentam que tanto o STF (para os dois primeiros) quanto o Congresso Nacional (para os dois últimos) podem atuar como autores centrais do fenômeno estudado.

Contudo, o constitucionalismo abusivo é levado a cabo eminentemente pelo governo em exercício, ou seja, pelo Executivo, dentro de um projeto mais amplo de entrincheiramento permanente no poder. É certo que os líderes podem agenciar outras instituições essenciais à ordem democrática, como Tribunais e outras instituições de controle horizontal – o Parlamento, por exemplo –, mas em tal hipótese essas organizações corrompidas agem segundo à vontade daqueles e não de forma independente, como propõem os autores referidos. Essas instituições podem ser, destarte, meros coadjuvantes sob o comando de um agente superior.

O segundo problema identificado reflete a interpretação equivocada do *modus operandi* do constitucionalismo abusivo. Aragão, Pack e Maggio, bem como Barboza e Inomata, dão exemplos de medidas provisórias, de decretos presidenciais, de atos administrativos e até de promessa eleitoral para ilustrar o constitucionalismo abusivo no Brasil. A maior dificuldade desses exemplos é que eles não materializam propostas concretas de alteração da Constituição, mas se encontram no nível de atuação infraconstitucional. Landau é claro ao referir que o constitucionalismo abusivo se desenvolve por emendas constitucionais, pela substituição da própria Lei Maior ou ainda pela combinação desses artifícios.

Qualquer conduta infraconstitucional que vise a promover a perpetuação do governo no poder – modulando as regras eleitorais e reduzindo direitos individuais e de grupos minoritários – não será constitucionalismo abusivo, embora possa representar indiscutivelmente um movimento de erosão da democracia. Parece haver uma má compreensão do constitucionalismo abusivo e do

semiautoritarismo. De certo, há uma estreita ligação entre as duas figuras, que mais de amolda a uma relação de continente-conteúdo. O constitucionalismo abusivo (conteúdo) é apenas uma das formas de se implementar um governo antidemocrático (continente).

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Suéllyn Mattos de; PACK, Ewerson Willi de Lima; MAGGIO, Marcelo Paulo. Covid-19 como impulsionadora do constitucionalismo abusivo. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 17, n. 94, p. 50-74, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3sZNoeI>. Acesso em 22 fev. 2021.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; INOMATA, Adriana. Constitucionalismo abusivo e o ataque ao judiciário na democracia brasileira. *In*: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; DIAS, Roberto (org.). **Crise das democracias liberais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 421-442.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Constitucionalismo abusivo: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil contemporâneo. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, a. 12, n. 39, p. 79-97, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/df.v12i39.641>. Acesso em: 22 fev. 2021.

BUGARIČ, Bojan. Protecting democracy and the rule of law in the European Union: the hungarian challenge. **LEQS**, London, v. 79, 39 p., 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3cmSuLS>. Acesso em: 25 mar. 2021.

DRINÓCZI, Tímea; BIEN-KACAŁA, Agnieszka. COVID-19 in Hungary and Poland: extraordinary situation and illiberal constitutionalism. **The Theory and Practice of Legislation**, [s. l.], v. 8, n. 1-2, p. 171-192, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/20508840.2020.1782109>. Acesso em: 6 abr. 2021.

DUTRA, Deo Campos. Transplantes jurídicos: história, teoria e crítica no direito comparado. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 39, p.

76-96, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.83607>. Acesso em: 26 mar. 2021.

ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer**, [s. l.], a. 18, n. 1, p. 173-192, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3fURWiu>. Acesso em: 22 fev. 2021.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONZÁLEZ-JÁCOME, Jorge. From abusive constitutionalism to a multilayered understanding of constitutionalism: lessons from Latin America. **International Journal of Constitutional Law**, [s. l.], v. 15, n. 2, p. 447-468, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mox017>. Acesso em: 1 abr. 2021.

GRAZIADEI, Michele. Comparative law as the study of transplants and receptions. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (ed.). **The oxford handbook of comparative law**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 440-476. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199296064.013.0014>. Acesso em: 26 mar. 2021.

HENDRIANTO, Stefanus. Early warning signs of abusive constitutionalism in Indonesia: pandemic as pretext. **Int'l J. Const. L. Blog**, [s. l.], 20 jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3rPUf92>. Acesso em: 6 abr. 2021.

INOMATA, Adriana; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; ALBUQUERQUE, Isadora Silva de Hollanda. O risco à democracia brasileira e a pandemia. In: II ENCONTRO VIRTUAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 2020, Florianópolis. **Constituição e democracia I**. Florianópolis: CONPEDI, 2020. p. 186-206.

LANDAU, David. Abusive constitutionalism. **UC Davis Law Review**, [s. l.], v. 47, p. 189-260, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2244629>. Acesso em: 10 fev. 2021.

LANDAU, David. Populist constitutions. **The University of Chicago Law Review**, [s. l.], v. 85, p. 521-543, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3t3zMyV>. Acesso em: 17 fev. 2021.

LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Abusive judicial review: courts against democracy. **UC Davis Law Review**, [s. l.], v. 53, p. 1313-1387, 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3366602. Acesso em: 1 abr. 2021.

LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan. The rise of competitive authoritarianism. **Journal of Democracy**, [s. l.], v. 13, n. 2, p. 51-65, 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.1353/jod.2002.0026>. Acesso em: 01 mar. 2021.

MARTINS, Flávio. Constitucionalismo abusivo: realidade, perspectivas e propostas para uma possível limitação. **Católica Law Review**, [s. l.], v. 3, n. 1, p. 29-41, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.34632/catolicalawreview.2019.9105>. Acesso em: 24 fev. 2021.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Regulação da internet e riscos de desmonte das liberdades digitais - Parte 2. **Consultor Jurídico**, [s. l.], 8 jan. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3fTHvfs>. Acesso em: 27 mar. 2021.

POSADA-CARBÓ, Eduardo. Latin America: Colombia after Uribe. **Journal of Democracy**, [s. l.], v. 22, n. 1, p. 137-151, 2011. Disponível em: <https://www.journalofdemocracy.org/articles/latin-america-colombia-after-uribe/>. Acesso em: 14 maio 2021.

POWELL, Jonathan M.; THYNE, Clayton L. Global instances of coups from 1950 to 2010: a new dataset. **Journal of Peace Research**, [s. l.], v. 48, n. 2, p. 249-259, 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0022343310397436>. Acesso em: 23 mar. 2021.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). **Revista dos Tribunais**, [s. l.], v. 891, 31 p., 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3cZMaub>. Acesso em: 28 mar. 2021.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Problemas na importação de conceitos jurídicos. **Consultor Jurídico**, [s. l.], 8 ago. 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3d5cvpq>. Acesso em: 24 mar. 2021.

ROSENBLATT, Paulo; ANDRIANI, Lorrane Torres. Transplantes jurídicos pelo Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: uma crítica à ausência de método comparativo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 20, n. 122, p. 691-715, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2018v20e122-1554>. Acesso em: 14 set. 2020.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Juristas colonizados? Crítica à importação de teorias jurídicas. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 132, p. 351-377, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3wCK6Ab>. Acesso em: 26 mar. 2021.

SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic legalism. **The University of Chicago Law Review**, [s. l.], v. 85, p. 545-583, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3t2A0GH>. Acesso em: 22 fev. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. O direito brasileiro e a nossa síndrome de Caramuru. **Consultor Jurídico**, [s. l.], 29 nov. 2012. Disponível em: <https://bit.ly/2PDsmnO>. Acesso em: 30 mar. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TUSHNET, Mark. Authoritarian Constitutionalism. **Cornell Law Review**, [s. l.], v. 100, n. 2, p. 391-461, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3x5vXvI>. Acesso em: 21 fev. 2021.

Submissão: 02.jan.2024

Aprovação: 31.mai.2024

**O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA COMO
MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DO IUS
CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINO-AMERICANO:
UM ESTUDO ACERCA DA APLICAÇÃO DA
RECOMENDAÇÃO N. 123/2022 PELOS TRIBUNAIS
FEDERAIS NO BRASIL**

***THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE AS A MECHANISM
FOR REALIZING LATIN AMERICAN IUS
CONSTITUTIONALE COMMUNE: A STUDY ON
RECOMMENDATION No. 123/2022 AND THE
PERFORMANCE OF FEDERAL COURTS IN BRAZIL***

Anderson Carlos Bosa

Advogado. Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Mestrando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Bolsista PROSUC/CAPEs. Integrante do Grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional – instrumentos teóricos e práticos”. Pós-graduando em Direito Civil: Negócios, Contratos e Obrigações pela Faculdade Legale.
E-mail: andersonn.bosa@gmail.com

Mônia Clarissa Hennig Leal

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.
E-mail: moniaclarissa@unisc.br

Resumo

Pretende-se analisar o Conselho Nacional de Justiça como um mecanismo de concretização do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano, realizando um estudo acerca dos aspectos correlacionados a sua Recomendação n. 123/2022 e observando se a atuação dos Tribunais Regionais Federais do Brasil está em consonância com suas disposições e a lógica do *Ius Constitutionale Commune* a partir da aplicação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, do dever do controle de convencionalidade e do respeito a tratados internacionais de direitos humanos. Pretende-se responder as seguintes problemáticas: é possível considerar o Conselho Nacional de Justiça como um mecanismo concretizador do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano? A jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais do Brasil analisadas estão alinhadas à Recomendação n. 123/2022 e a lógica do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano? Aplica-se o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, examinando-se as decisões elencadas no Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos decorrente do Pacto Nacional do Judiciário, este último inspirado pela elaboração da Recomendação n. 123/2022. Ao final, conclui-se que o Conselho Nacional de Justiça figura como um importante mecanismo de concretização do *Ius Constitutionale Commune*, estando a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais, selecionadas pelo concurso retromencionado, em consonância com o previsto pela Recomendação n. 123/2022 e em conformidade com o novo movimento regional do *Ius Constitutionale Commune*.

Palavras-chave: Conselho Nacional de Justiça. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Ius Constitutionale Commune Latino-Americano*. Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Abstract

*The aim is to analyze the National Council of Justice as a mechanism for the realization of the Latin American *Ius Constitutionale Commune*, conducting a study on the aspects related to its Recommendation n. 123/2022, and examining whether the performance of the Brazilian Federal Regional Courts is in line with its provisions and the logic of the *Ius Constitutionale Commune*, based on the application of the decisions of the Inter-American Court of Human Rights, the duty of conventional control, and respect for international human rights treaties. The following questions will be addressed: Is it possible to consider the National Council of Justice as a mechanism for the realization of the Latin American *Ius Constitutionale Commune*? Is the jurisprudence of the Brazilian Federal Regional Courts analyzed aligned with Recommendation n. 123/2022 and the logic of the Latin American *Ius Constitutionale Commune*? The deductive method and the bibliographic and jurisprudential research technique are applied, examining the decisions listed in the National Contest of Judicial Decisions and Judgments in Human Rights resulting from the National Judiciary Pact, the latter inspired by the drafting of Recommendation n. 123/2022. In conclusion, the National Council of Justice is seen as an important mechanism for the realization of the *Ius Constitutionale Commune*, with the jurisprudence of the Federal Regional Courts, selected by the aforementioned contest, in line with the provisions of Recommendation n. 123/2022 and in compliance with the new regional movement of the *Ius Constitutionale Commune*.*

Keywords: National Council of Justice. Inter-American Court of Human Rights. *Ius Constitutionale Commune Latin American*. Inter-American Human Rights System.

1 INTRODUÇÃO

Não é de hoje, é possível observar que os direitos e garantias internos dos países, muitas vezes, são insuficientes para a real efetivação da tutela dos direitos humanos que, em muitos casos, também são tidos como direitos fundamentais pelos seus textos constitucionais. Tal aspecto tomou mais força com o fim da Segunda Guerra Mundial, diante da ocorrência de inúmeras violações graves aos direitos essenciais e intrínsecos aos seres humanos, momento no qual muitos Estados compreenderam a imprescindibilidade da construção de mecanismos internacionais que fossem capazes de salvaguardar tais direitos. Assim, deu-se início ao fenômeno da internacionalização dos direitos humanos, por consequência disso, abriu-se margem para a construção de sistemas regionais de proteção de direitos humanos, no caso da região latino-americana, estruturou-se o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

O SIDH é o reflexo de um conglomerado de convenções e tratados interamericanos de direitos humanos, sendo o principal deles a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). O SIDH é representado por dois principais órgãos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), órgão jurisdicional com o papel de interprete final da CADH, e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão com função fiscalizadora e atuação precedente à da Corte IDH.

Relevante aspecto da região latino-americana é a similaridade compartilhada entre os Estados, desde históricas e culturais, até pela afetação de problemáticas interligadas a distintos fatores comuns. Esse contexto possibilita a promoção de um projeto denominado como *Ius Constitutionale Commune Latino-Americano* (ICCAL) que se traduz em um conceito jurídico que representa princípios, normas e instituições compartilhadas pelos países da América-Latina, visando a integração regional e o fortalecimento dos sistemas jurídicos. Baseia-se em valores comuns, como democracia, proteção dos direitos humanos e justiça social. O conceito busca também a cooperação entre os Estados e a

harmonização legislativa, enfrentando desafios comuns e promovendo a integração regional por meio da criação de um novo direito público regional dos direitos humanos. Para tanto, é necessária uma atuação favorável por parte das instituições (administrativas e judiciais) dos Estados pertencentes ao SIDH, aqui tomando-se como exemplo a atividade do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais do Brasil (TRFs).

Dessa forma, partindo do fenômeno da internacionalização dos direitos humanos, pretende-se proceder com uma análise do CNJ como instrumento de concretização do ICCAL, realizando um estudo acerca dos aspectos correlacionados a sua Recomendação n. 123/2022 e observando se a atuação dos TRFs está de acordo com suas disposições. Com isso, busca-se responder às seguintes problemáticas: é possível considerar o CNJ como um mecanismo concretizador do ICCAL? A jurisprudência dos TRFs está alinhada à Recomendação n. 123/2022 e com a lógica do ICCAL quanto a aplicação das decisões da Corte IDH, do dever do controle de convencionalidade e do respeito a tratados internacionais de direitos humanos?

Para isso, aplica-se o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, examinando-se as decisões dos TRFs elencadas no Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos decorrente do Pacto Nacional do Judiciário, este último inspirado pela elaboração da Recomendação n. 123/2022, pois tratam-se de decisões onde é possível se verificar um movimento do judiciário alinhado a proposta do ICCAL.

Inicialmente, parte-se de breves premissas a respeito do ICCAL e sua proposta de proteção dos direitos humanos a partir de um caráter transformador na região, o qual reside na promoção da integração regional, enfatizando a proteção dos direitos humanos, harmonizando as legislações e fomentando a cooperação entre os países, abordando desafios comuns e compartilhando soluções jurídicas, para, posteriormente, observar o CNJ como instrumento concretizador do ICCAL por meio de sua Recomendação n. 123/2022, analisando se a jurisprudência dos TRFs está de acordo com suas disposições a partir

da aplicação das decisões da Corte IDH, do dever de convencionalidade e do respeito a tratados internacionais de direitos humanos.

A importância desse trabalho vincula-se ao fato de que é necessário atentar aos novos movimentos que surgem a fim de sustentar a promoção dos direitos humanos, essencialmente na seara latino-americana.

2 INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: O *IUS CONTI-TUTIONALE COMMUNE* LATINO-AMERICANO E SUA PROPOSTA DE PROTEÇÃO A PARTIR DE UM DIÁLOGO MULTINÍVEL

Com o passar do tempo, a evolução do pensamento social passou a observar que, indiferentemente das inúmeras distinções culturais e biológicas que antagonizam os seres humanos, todos requerem um tratamento em pé de igualdade. Com a ascendência da mundialização¹, assim como os Estados, os grupos sociais – em uma perspectiva de categorias universais – e os indivíduos que os compõem passaram a estar inseridos em uma complexa rede de relações multinacionais (KOTZUR, 2012, p. 11) e, por conta disso, também em relações de sistemas jurídicos multiníveis.

Um dos elementos substanciais para a internacionalização dos direitos humanos é a sua característica de universalização. Os direitos humanos, também vistos como fenômeno da mundialização, referem-se “a institucionalização e promoção de um mínimo ético universal, pela garantia de conteúdos essenciais e inafastáveis, sejam estes civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, ambientais etc.”, que devem ser considerados e concretizados de maneira interligada e

1 No presente trabalho, utiliza-se o termo “mundialização” ao invés de “globalização”. Isso por conta do entendimento de que o segundo tende a reforçar a interdependência e integração dos mercados mundiais, assim como a circulação de capitais, informações, bens e serviços. Enquanto o primeiro, por sua vez, pode ser definido como um processo que transcende o campo econômico e se desdobra em todas as áreas da vida humana (HEREDIA; LESSA, 2008, p.24-30).

indivisível (princípio da indivisibilidade), a todos os indivíduos indistintamente (princípio da universalização) (MORAIS; SALDANHA; VIEIRA, 2011, p. 113).

O principal momento histórico para a evolução dos direitos humanos como alicerce do desenvolvimento de uma sociedade mundializada se dá, após o fim da Segunda Guerra Mundial, com a elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que passa a prescrever sobre uma “ética universal” ao dispor a respeito de um consenso de valores de índole universal a serem respeitados pelos Estados (CANOTILHO, 2003, p. 335). Piovesan (2006, p. 137) chega a citar em sua doutrina que:

[...] a Declaração Universal tem sido concebida como a interpretação autorizada da expressão “direitos humanos”, constante da Carta das Nações Unidas, apresentando, por esse motivo, força jurídica vinculante. Os Estados membros das Nações Unidas têm, assim, a obrigação de promover o respeito e a observância universal dos direitos proclamados pela Declaração. Nesse sentido, estabelece o artigo 28 da Declaração, que todos apresentam o direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdade possam ser plenamente realizados.

Cançado Trindade (2006, p. 412) percebe o direito internacional dos direitos humanos como o *corpus juris* de proteção dos seres humanos, resignado, no terreno substantivo, por normas, princípios e conceitos elaborados e determinados em documentos de organismos internacionais, produzindo direitos e garantias que têm por objetivo comum a proteção dos seres humanos em todo e qualquer cenário, por meio de engrenagens de proteção providas de base convencional ou extraconvencional que trabalham essencialmente mediante os sistemas de petições, relatórios e investigações, no âmbito global e regional. Originário do direito internacional, esse *corpus juris* de proteção adquire autonomia, dado que regula relações jurídicas dotadas de especificidade, incutido de hermenêutica e metodologia próprias.

Com o pós-guerra surge, portanto, o denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos (*International Human Rights Law*), podendo ser definido como um sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições criadas para empreender a efetivação dos direitos inerentes ao ser humano em todos os Estados (PIOVESAN, 2009, p. 4). Inicialmente, ainda em 1948, arquitetou-se um sistema global com a criação do Sistema de Direitos Humanos das Nações Unidas, alastrando-se, posteriormente, para determinadas regiões do planeta, dando início ao planejamento de sistemas regionais de proteção dos direitos humanos² (PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI, 2019, p. 25).

Nessa conjectura, tem-se o SIDH, o qual é formado por um conglomerado de tratados e protocolos de proteção aos direitos humanos, visto que parte desses documentos constituem um suporte formado por força jurídica, enquanto outros exibem uma face complementar à tutela dos direitos humanos, tendo como o mais importante de todos a CADH. Ainda, o SIDH é representado pela CIDH e pela Corte IDH; a primeira caracteriza-se, em síntese e sem excluir outras competências, como um órgão fiscalizador “quase jurisdicional”, dentre outros motivos, devido ao fato de sua atuação anteceder, de maneira não jurisdicional, à atividade da Corte IDH, a qual exerce o papel jurisdicional na seara do SIDH, possuindo a CADH como seu tratado regente (BICUDO, 2003, p. 225-236).

Em vista disso, os países latino-americanos ostentam uma história e uma cultura eivada por problemas similares, abrangendo diferentes grupos sociais, dos quais muitos se encontram em situação de vulnerabilidade. Num olhar histórico, tem-se que, em 1978, momento em que a CADH entrou em vigor, diversos Estados latino-americanos eram governados por ditaduras: dos 11 Estados-Parte da CADH à época, menos da metade tinha governos eleitos

2 Antes mesmo da construção, em 1948, do Sistema de Direitos Humanos das Nações Unidas, o início da elaboração do SIDH é dado, por alguns estudiosos, como sendo antecedente ao Congresso do Panamá, instado por Simón Bolívar em 1826 (OEA, *s.d.*)

democraticamente, sendo que atualmente quase a totalidade possui governos eleitos democraticamente – embora sigamos tendo sérios problemas de institucionalidade democrática nos diferentes países. Contudo, mesmo com a evolução de sistemas democráticos, a região latino-americana permanece caracterizada por seu elevado nível de exclusão e violência, aspecto próprio de democracias em fases de consolidação (PIOVESAN, 2014, p. 78).

Um estudo realizado pela Comissão Econômica para a América-Latina e o Caribe (CEPAL), divulgado em 2022, projeta que cerca de 201 milhões de pessoas vivem em situação de pobreza na região (latino-americana e Caribe), desse número, 82 milhões encontram-se em extrema pobreza. Em paralelo a isso, o mesmo estudo, aponta que a insegurança alimentar na região latino-americana atinge 49,4 milhões de pessoas, observando que o aumento dos preços dos alimentos nos últimos anos tem contribuído significativamente para a alta dos índices de desnutrição e sobrepeso, destacando que, em 2020, apenas 21% da população latino-americana podia pagar por uma dieta saudável (CEPAL, 2022, p. 13-55).

Sob a óptica ético-racial, a população afrodescendente da América-Latina, que, até 2021, era representada por volta de 134 milhões de pessoas, retratando 21% da população total, constitui um dos eixos da matriz da desigualdade social na região do SIDH. No Brasil, 25,5% da população afrodescendente vive na linha da pobreza, enquanto na população não afrodescendente esse número é de 11,5%, respectivamente, na Colômbia esses números são de 40,8% e 27,8%, no Equador 22,5% e 19,4%, no Peru 19,6% e 9,9% e no Uruguai 7,5% e 2,7% (CEPAL, 2021, p. 17-20).

Outra característica populacional da região latino-americana é o número de indígenas e todas as problemáticas envolvendo tal grupo social – pobreza, limitações no acesso a serviços de saúde, discriminação, dentre outros. Censos e estimativas revelam que, até o ano de 2010, a população indígena da região alcançava um número de 45 milhões de pessoas (CEPAL, 2014, p. 40). Ao se analisar métricas de pobreza, de acordo com a Organização Internacional do

Trabalho (OIT), 34% da população indígena latino-americana encontra-se em situação de pobreza, enquanto na população não indígena esse número é de 25%, respectivamente, em países como a Bolívia essa métrica é de 46% e 31%, no Chile de 15% e 8%, na Colômbia de 61% e 35% e no Equador de 53% e 22% (OIT, 2022, p. 28).

Nada obstante ao elevado nível de desigualdade entre grupos sociais, a região também ganha destaque pelo seu alto índice de violência, centrando uma taxa de homicídio de 27%, sendo que apresenta tão somente 9% da população mundial. É assim que a região latino-americana, definida por sociedades pós-coloniais, tem se configurado com um cenário de exclusão e violência. A ocorrência do fenômeno do “hiperpresidencialismo”³ ou sob a forma de “democracia delegativa”, caracterizado por um centralismo autoritário de poder também é uma problemática comum na região, vez que a democratização contribuiu com a tutela de direitos, entretanto não operou reformas institucionais suficientemente efetivas para a consolidação do Estado Democrático de Direito (PIOVESAN, 2017, p. 1360).

A partir dessa conjectura, tendo em vista que muitos Estados da região dispõem de diferentes formas de respostas a violações de direitos humanos em seus arcabouços internos, algumas mais eficientes que outras (PAMPLONA, 2019, p. 295), é que o SIDH passa a ocupar um papel de relevância na proteção dos direitos humanos na região, onde por seus fundamentos jurídicos e pelas Constituições promulgadas na conjectura dos processos de redemocratização dos países da América Latina, viabiliza a construção de um *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano (OLSEN; KOZICKI, 2019, p. 303).

O ICCAL é, portanto, conforme a doutrina de Bogdandy (2013, p. 44-49), um projeto comum latino-americano que forma parte de um plano de evolução,

3 Roberto Gargarella (2018, p. 118-123) define o hiperpresidencialismo como sendo, em resumo, a acumulação de poder na figura presidencial, acompanhada pela debilidade dos controles institucionais, pela falta de prestação de contas e pelo uso arbitrário do poder.

almejando a criação de um novo direito público para a região. Esse novo direito público promovido pelo ICCAL se inspira em três princípios fundamentais: (i) no respeito aos direitos humanos; (ii) no Estado de Direito; e (iii) e na democracia. O autor ainda complementa dizendo que para dar cumprimento a tais princípios o ICCAL parte da premissa de insuficiência do espaço estatal, o que constitui uma diferença a respeito de outras concepções progressistas mais antigas e centradas no Estado. Admite-se que o Estado permanece no centro do direito público por meio de suas instituições, mas também se reconhece que tais instituições não são suficientes, sendo necessário para a garantia e desenvolvimento dos mencionados princípios um Estado aberto e instituições internacionais fortes.

A compreensão de Estado aberto traz consigo um exame da construção convergente e progressista do constitucionalismo garantista dos direitos humanos e da integração sob uma concepção multinível. Isso deriva da escolha dos constituintes latino-americanos em incorporar ao direito constitucional os atributos e garantias dos direitos tutelados pelo direito internacional convencional dos direitos humanos como *standards* mínimos dos ordenamentos jurídicos nacionais e, também, para regular a participação das integrações econômicas. Esse processo de abertura dos Estados na América Latina se distingue por três esferas paradigmáticas: (i) pelo surgimento do pluralismo normativo; (ii) pela internacionalização entendida como humanização; e (iii) pela erosão do conceito máximo de soberania (ANTONIAZZI, 2017, p. 418-419).

O ICCAL direciona o SIDH para o surgimento de um novo direito público dos direitos humanos na região, caracterizado pela incorporação e implementação de normas internacionais de direitos humanos nas constituições nacionais e na jurisprudência dos tribunais constitucionais latino-americanos. Busca-se, com isso, fortalecer a proteção dos direitos humanos na América Latina, considerando a história marcada por ditaduras e violações generalizadas aos direitos humanos. Esse novo direito público visa superar os desafios enfrentados pelos sistemas jurídicos nacionais na proteção e garantia dos direitos humanos, fomentando a cooperação regional e a construção de um espaço jurídico compartilhado (BOGDANDY, 2019, p. 222).

Desta maneira, o ICCAL visa promover a harmonização das normas constitucionais e a interpretação e aplicação dos direitos humanos de acordo com os tratados internacionais e as decisões dos órgãos regionais de direitos humanos, como, por exemplo, a Corte IDH (BOGDANDY, 2015, p. 20-25). A criação desse novo direito público dos direitos humanos através do ICCAL também tem como objetivo superar as limitações dos sistemas jurídicos nacionais e fortalecer o compromisso dos países latino-americanos com os valores democráticos e os direitos humanos (OLSEN; KOZICKI, 2019, p. 300).

O novo direito público dos direitos humanos é permeado por algumas características, as quais também pertencem ao ICCAL: 1) Interconexão entre direito público interno, direito público supranacional e direito internacional público: o novo direito público visa fundir essas disciplinas em uma abordagem única e coerente, reconhecendo a interdependência entre as autoridades nacionais, supranacionais e internacionais; 2) Centralidade da tríade direitos humanos, democracia e integração jurídica: A proposta do ICCAL e desse novo direito público é concentrar-se nos direitos humanos e na democracia como elementos essenciais para o processo de integração jurídica na América Latina, levando em consideração as perspectivas comparadas e experiências de outras regiões; 3) Diálogo interjurisdicional e cooperação entre tribunais nacionais e internacionais: O novo direito público almeja promover um diálogo constante entre juízes regionais e juízes constitucionais, com foco na efetivação e concretização de direitos humanos, utilizando como base a CADH e outros documentos e instrumentos internacionais relacionados; 4) Inclusão e combate à exclusão social: o novo direito público deve ser um instrumento para combater a exclusão e garantir a participação de todos nos principais sistemas sociais, incluindo saúde, educação, economia, trabalho e política; 5) Pluralismo normativo e rejeição à hierarquia rígida entre sistemas jurídicos: O ICCAL defende um pluralismo jurídico que não considere as normas do direito internacional público, do direito supranacional ou do direito estatal nacional como parte de um único ordenamento jurídico, respeitando a coexistência e a interação entre diferentes sistemas jurídicos (BOGDANDY, 2014, p. 5-13).

Sob a óptica desse novo direito público dos direitos humanos na região, um dos atributos mais relevantes do ICCAL é a conexão do direito nacional e internacional público, orientada sistematicamente em princípios e direcionada em direitos e estratégias para buscar transformações graduais no combate de problemáticas semelhantes. A partir disso, o direito constitucional estatal converge com o direito internacional público criando uma correlação de fortalecimento recíproco, com o objetivo de garantir as promessas e garantias do cognominado “bloco de constitucionalidade” (BOGDANDY, 2015, p. 21-24).

Elemento comum a respeito dessa integralidade entre direito nacional e internacional é percebido na influência do direito internacional mediante diversas cláusulas constitucionais latino-americanas, onde as normas convencionais tomam um caráter constitucional (FERRER MAC-GREGOR, 2011, p. 92-95). Nesse sentido, o processo de interamericanização do direito também tem bases convencionais. A CADH, como principal instrumento do SIDH, obriga os Estados, tendo disposições que atuam de maneira fundamental na integração do direito nacional e internacional, pois com a sua ratificação os Estados abriram-se à aplicação do direito interamericano, obrigando-se a manter suas legislações e instituições nos moldes supranacionais (ALESSANDRI, 2017, p. 435-436).

Por conta disso, tem-se uma ressignificação do conceito de soberania, na qual sua concepção clássica é relativizada, deixando de ser pautada apenas na figura do Estado e na noção de um poder exercido em um determinado âmbito geográfico, passando a reproduzir o processo gradativo de constitucionalização e legislação imposto pelo Estado de Direito também em âmbito internacional, diante da criação de estruturas jurídicas supranacionais, com caráter vinculante. Essa ressignificação segue sendo lastreada em um ato soberano e voluntário do estado, que, de maneira voluntária, submete-se à jurisdição de instrumentos e órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos (LEAL, 2021, p. 154).

É a partir desses aportes que o SIDH, gradativamente, se empodera, tendo o ICCAL como fonte primordial de um diálogo entre o direito nacional e internacional, procedendo com o fortalecimento dos direitos humanos em um

sistema multinível de proteção. Nessa lógica estrutural, emergem duas faces do diálogo jurisdicional: o diálogo entre direito nacional e internacional, que ocorre, hodiernamente, por meio do controle de convencionalidade; e o diálogo com a sociedade civil (PIOVESAN, 2017, p. 1373-1374).

O controle de convencionalidade é um mecanismo de proteção processual exercido pela Corte IDH, na perspectiva de que o direito interno – constituição, leis, atos administrativos, jurisprudência, dentre outras práticas administrativas e judiciais – deve ser compatível com a CADH e outros tratados do SIDH, aplicando-se suas disposições em um exame de confrontação normativa (direito nacional vs. direito internacional) (CANTOR, 2008, p. 46). O controle de convencionalidade tem duas manifestações: uma de caráter “concentrado”, exercido pela Corte IDH, em sede internacional; e outra de índole “difusa”, realizada pelos juízes nacionais, no plano nacional (FERRER MAC-GREGOR, 2011, p. 559).

A Corte IDH chega a mencionar, em sua jurisprudência, que quando um Estado ratifica um tratado internacional como a CADH, seus juízes, como parte de seu aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a observar para que os efeitos de seus dispositivos não sejam mitigados pela aplicação de leis contrárias aos seus objetivos (CORTE IDH, 2006, p. 55-66). Em linhas gerais, cita a jurisprudência da Corte IDH que:

O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana (CORTE IDH, 2006, p. 65).

Outrossim, o forte diálogo do SIDH com a sociedade civil é o que passa a lhe conferir uma legitimidade gradual e crescente empoderamento. A força motriz

do IDH organizou a sociedade civil por meio de uma *transnational network* para concretizar um litigioso estratégico bem-sucedido. A título de amostragem, no Brasil todos os casos submetidos à Corte IDH resultaram em um considerável movimento, das vítimas, grupos sociais e organizações não governamentais locais e internacionais, com relevante atuação para implementações domésticas dos resultados alcançados nos respectivos julgamentos (PIOVESAN, 2017b, p. 569).

Nesse cenário, além de os Estados latino-americanos compartilharem diversas problemáticas, mesmo que em muitos casos sejam incapazes de resolvê-las, as suas Constituições atribuem ao seu ordenamento jurídico doméstico tratamentos semelhantes para determinados direitos, até mesmo se aproximando das disposições elencadas pela CADH, o que configura o supramencionado “bloco de constitucionalidade”, que pode ser determinado pela soma normativa arquitetada pelas Constituições nacionais e pela CADH (BOGDANDY, 2019, p. 236). Em vista disso, a Corte IDH, através da CADH e de toda a conjuntura do IDH, ocupa importante papel no desenvolvimento do ICCAL, realizando uma proteção multinível dos direitos humanos, onde sua jurisprudência empenha-se em resolver problemáticas características da região latino-americana, procedendo com decisões estratégicas com o intuito de estabelecer *standards*⁴ mínimos de proteção dos direitos humanos.

Dessa forma, a região latino-americana, por meio da construção do ICCAL e de sua proposta de proteção dos direitos humanos através de um diálogo multinível, tem consolidado uma espécie de direito constitucional genérico, quer dizer: um corpo de teoria, metodologia e doutrina constitucional que não pertence exclusivamente a nenhuma jurisdição (JARAMILLO, 2017, p. 581), mas que busca a criação de um novo direito público interamericano inspirado

4 A exemplo disso, cita-se o julgamento do caso Poblete Vilches vs. Chile (2018), o qual foi um paradigma na jurisprudência do IDH, passando a reconhecer a justiciabilidade direta do direito à saúde por meio do artigo 26 da CADH, estabelecendo *standards* mínimos de proteção a tal direito, quais sejam: (i) disponibilidade; (ii) acessibilidade; (iii) aceitabilidade; e (iv) qualidade (BOSA; MAAS, 2021, p. 268).

no respeito aos direitos humanos, no Estado de Direito e na democracia, para, com isso, colaborar na resolução das problemáticas compartilhadas pelos países latino-americanos.

Todavia, para a efetiva concretização do ICCAL, os estados devem atuar de maneira congruente ao movimento percebido na seara do SIDH, incentivando seus organismos (administrativos e judiciais) a aderirem ao movimento, colocando em prática a sua própria soberania em relação a ratificação dos tratados internacionais, em especial a CADH e a competência jurisdicional da Corte IDH, fortalecendo, com isso, o diálogo multinível entre o direito nacional e internacional e a sociedade civil. Diante disso, foram estudadas algumas premissas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), examinando o órgão como um mecanismo de concretização do ICCAL a partir da sua Recomendação 123/2022 e se a atuação dos TRSFs está alinhada a suas disposições a partir da aplicação das decisões da Corte IDH, do dever do controle de convencionalidade e do respeito a tratados internacionais de direitos humanos.

3 O CNJ COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DO ICCAL: RECOMENDAÇÃO 123/2022 E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRFS QUANTO A APLICAÇÃO DAS DECISÕES DA CORTE IDH, DO DEVER DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E DO RESPEITO A TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Na linha estudada no título anterior, conclui-se que, para o desenvolvimento do ICCAL, existe a necessidade de um diálogo constante entre o direito nacional e internacional, assim como entre a sociedade civil. O referido controle de convencionalidade alastra-se para um “controle difuso de constitucionalidade”, convertendo o juiz nacional em um juiz interamericano, isto é, em um autêntico guardião da CADH, de seus protocolos, demais tratados interamericanos e da jurisprudência da Corte IDH que interpreta ditas normas, estruturando uma proteção multinível de direitos. Os juízes nacionais e os órgãos de administração

de justiça passam a ser constituídos pela importante missão de resguardar não apenas os direitos fundamentais previstos na esfera constitucional, mas também os princípios e direitos humanos que o Estado reconheceu em instrumentos internacionais e cujo compromisso internacional assumiu (FERRER MAC-GREGOR, 2011, p. 570).

O CNJ foi criado a partir da promulgação da Emenda Constitucional n. 45, responsável por realizar uma reforma no Poder Judiciário, introduzindo inúmeras mudanças na organização e no funcionamento dos Tribunais. Refere-se ao resultado de mais de doze anos e discussões parlamentares a respeito de qual seria o novo perfil do Poder Judiciário almejado pelo novo contexto de regulamentação que surgia na sociedade brasileira, tendo os debates parlamentares se embasado em numerosas contribuições dos órgãos representativos das funções essenciais da Justiça e pela sociedade civil, com o intuito de abarcar um aprimoramento das estruturas judiciais, ampliando o acesso à justiça, o combate à morosidade dos processos e à impunidade. Os pontos aprovados pelas casas legislativas entraram em vigor no dia 31 de dezembro de 2004, tendo o CNJ iniciado suas atividades em 14 de junho de 2005 (BANDEIRA, 2005, p. 30).

A mesma Emenda Constitucional foi responsável também por regular a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, matéria que, até então, era objeto de forte debate e de diferentes interpretações, fortemente pelo previsto no artigo 5º, §2º, da Constituição⁵, que trata sobre a cláusula de abertura, ou da não tipicidade dos direitos fundamentais, viabilizando a inserção de direitos fundamentais não tipificados e derivados do regime e dos princípios empregados pela própria Constituição, ou dos tratados internacionais em que o Estado brasileiro seja parte, estendendo, dessa forma, o rol de direitos fundamentais. A título ilustrativo, algumas das teses debatidas

5 Art. 5º, “§2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

quanto à eficácia dos tratados de direitos humanos eram de que os mesmos possuíam natureza supraconstitucional, natureza constitucional, natureza de lei ordinária e natureza supralegal (EMERIQUE; GUERRA, 2008, p. 3-15).

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45, incluiu-se o §3º ao artigo 5º da Constituição, o qual determinou que os tratados e convenções internacionais que tratam sobre direitos humanos e que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos de seus membros, terão eficácia equivalente às emendas constitucionais (BRASIL, 1988). No que tange aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro de maneira comum, sem considerar o §3, do artigo 5º, da Constituição, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pacificada com o julgamento do RE n. 466.343-1/SP, adotou-se a tese que erigiu tais documentos à hierarquia normativa supralegal (MAUÉS, 2013, p. 2013-218).

Especificamente no que remete ao CNJ, pelo que estabelece o art. 103-B, §4º e seus incisos – aprovados por força da Emenda Constitucional n. 45 –, da Constituição Federal de 1988, compete-lhe, sem excluir outras competências, “o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes”, cabendo-lhe, dentre outras funções, zelar pela autonomia do Poder Judiciário, podendo expandir atos regulamentares, no plano de sua competência ou recomendar providências; apreciar a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário; elaborar semestralmente relatórios estatísticos sobre processos e sentenças prolatas; e elaborar relatório anual, propondo as ações que julgar necessárias a respeito da situação do Poder Judiciário no país e suas atividades (BRASIL, 1988). Constata-se que o CNJ possui funções precípuas de controle, inclusive, expandindo recomendações de providências a serem tomadas.

O respectivo órgão, nos termos do dispositivo constitucional supramencionado, é composto por quinze membros, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, ocupando sua presidência o presidente do Supremo Tribunal

Federal (BRASIL, 1988). Durante seu desenvolvimento, examina-se a elaboração de diferentes agendas, a depender dos debates em destaque na sociedade e das características de seus componentes, para tanto, em seus primeiros anos de atuação, o CNJ logrou forte influência dos perfis de seus presidentes (FILHO, 2013, p. 990-995).

Logo, no desenvolver dos primeiros estágios de um órgão, os atributos personalíssimos de seus componentes passam a ocupar um espaço de relevância quando o seu nível de institucionalização é restrito. Denota-se, com essa lógica, que o CNJ passou por diferentes agendas instituídas por seus presidentes: o primeiro, ministro Nelson Jobim, acima de tudo, trabalhou no desenvolvimento do órgão; o segundo, a ministra Ellen Gracie, priorizou sua informatização; já o terceiro, ministro Gilmar Mendes, adotou uma agenda em busca da elaboração de políticas para o gerenciamento e tutela de direitos e garantias fundamentais (FILHO, 2013, p. 990-995).

Com o passar dos anos e seu fortalecimento institucional, o CNJ passou a incluir em sua agenda uma relevante atuação na promoção dos direitos humanos, não atuando apenas de maneira autônoma, mas também em conjunto com outros órgãos nacionais e internacionais, promovendo, dentre outras, ações como: o programa Fazendo Justiça, em parceria com as Nações Unidas, procurando a superação de desafios históricos relacionados à privação de liberdade no Brasil; o Fórum Nacional do Poder Judiciário para Monitoramento e Efetividade das Demandas Relacionadas à Exploração do Trabalho em Condições Análogas à de Escravo e Tráfico de Pessoas (Fontet); a criação da Unidade de Monitoramento e Fiscalização de decisões da Corte IDH para a adoção de medidas para o cumprimento das sentenças, medidas provisórias e opiniões consultivas proferidas pelo Tribunal interamericano nos casos envolvendo o Brasil (Resolução do CNJ n. 364/2021); o Pacto Nacional do Judiciário pela Equidade Racial (PRONAER), que consiste na adoção de programas, projetos e iniciativas a serem tomadas em todos os segmentos da Justiça, com o objetivo de corrigir as desigualdades raciais; e a criação do Observatório dos Direitos Humanos, que, sem excluir

outros pontos, visa a promover a articulação com instituições nacionais ou internacionais que atuem na defesa dos direitos humanos (CNJ, *s.d.*).

Neste contexto, em 7 de janeiro de 2022, o CNJ publicou a Recomendação n. 123/2022, que recomenda aos órgãos do Judiciário a observância dos tratados internacionais de direitos humanos e a aplicação da jurisprudência da Corte IDH, dando destaque a necessidade do exercício do controle de convencionalidade. Inspirado na Recomendação n. 123/2023, o CNJ criou o Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos, com a finalidade de fortalecer a cultura de direitos humanos no Poder Judiciário, inaugurando uma estrutura especializada no diálogo institucional com o SIDH. Tratam-se de passos importantes para a efetiva implementação do ICCAL.

A Recomendação n. 123/2022 designa, em seus considerandos, que sua elaboração, dentre outros fatores, dá-se pelo previsto no supramencionado §3º, art. 5º, da Constituição; pela previsão contida na CADH de que seus Estados-partes se comprometem a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos em seu texto e garantir seu livre e pleno exercício a todas as pessoas que estejam em sua jurisdição, sem qualquer tipo de discriminação, e, ainda, a cumprir as decisões da Corte IDH, tendo a o Tribunal interamericano reiterado em sua jurisprudência o dever de controlar a convencionalidade pelo Poder Judiciário, na perspectiva de que cabe aos magistrados a aplicação da norma mais benéfica à promoção dos direitos humanos no equilíbrio normativo derivado pela internacionalização cada vez mais crescente e a necessidade de se estabelecer um diálogo entre os juízes (nacionais e interamericanos) (CNJ, 2022).

Em síntese, a Recomendação n. 123/2023 indica aos órgãos do Poder Judiciário que observem os textos dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no sistema jurídico brasileiro e as diretrizes elencadas pela jurisprudência da Corte IDH, devendo ser realizado o controle de convencionalidade das leis internas. Do mesmo modo, que tais órgãos garantam prioridade do julgamento dos processos em tramitação correlacionados à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos

definidas pela Corte IDH em condenações envolvendo o Brasil e que ainda estejam pendentes de cumprimento integral (RAMOS; GAMA, 20222, p. 294). Cita seu artigo 1º e incisos que:

Art. 1º Recomendar aos órgãos do Poder Judiciário:

I – a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas.

II – a priorização do julgamento dos processos em tramitação relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em condenações envolvendo o Estado brasileiro e que estejam pendentes de cumprimento integral. (CNJ, 2022, <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305>).

Na mesma lógica, segue o Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos, arquitetado a partir da Recomendação n. 123/2022, determinando a adoção de diferentes medidas para orientar a concretização dos direitos humanos no plano do Poder Judiciário. A partir disso, sintetiza a imprescindibilidade do fortalecimento da cultura de direitos humanos e do diálogo jurisdicional na seara do Judiciário como meio de se alcançar um efetivo controle de convencionalidade de inegável matriz constitucional, baseando-se na aplicação da jurisprudência internacional e constituindo novo esforço da Unidade de Monitoramento e Fiscalização das Decisões da Corte IDH, alicerçada pela Resolução n. 364, de 12 de janeiro de 2021 (CNJ, 2022b).

As ações previstas pelo Pacto, que fomentam os direitos humanos em sua perspectiva multinível e, por consequência, a concretização do ICCAL, são cinco: (i) a realização de concurso nacional de decisões judiciais e acórdãos em direitos humanos; (ii) a criação de meta para inclusão da disciplina de direitos humanos nos editais dos concursos públicos para magistratura; (iii) o fortalecimento a programas de capacitação em direitos humanos e controle

de convencionalidade em todas as esferas federativas, em cooperação com as Escolas Judiciais, em parceria com a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministros (ENFAM), com a Corte IDH, com a CIDH e o *Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law*; (iv) a publicação de Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com volumes específicos dedicados a relevantes temas da agenda de direitos humanos, que contará com o apoio do *Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law*; e (v) a realização de seminários internacionais sobre direitos humanos e diálogos jurisdicionais. Sendo todas essas ações realizadas com ênfase no controle de convencionalidade, na jurisprudência da Corte IDH, nos diálogos jurisdicionais e no impacto transformador do SIDH (CNJ, 2022b).

Denota-se que tanto na Recomendação n. 123/2022 quanto no Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos existe um forte estímulo ao desenvolvimento do controle de convencionalidade e aplicação da jurisprudência da Corte IDH por meio de um diálogo jurisdicional multinível de proteção aos direitos humanos. O ministro Luiz Fux, presidente do CNJ à época, em artigo veiculado após a publicação da Recomendação n.123/2022, ressalta que, na contemporaneidade, a perspectiva de futuro coletivo exige a supremacia de uma cultura de direitos humanos enquanto valor essencial, sendo o trabalho pela integridade de direitos uma agenda permanente e prioritária, tanto por sua capacidade decisória, como por institucionalizar a cultura do argumento como medida de respeito ao ser humano (FUX, 2022).

Posto isto, verifica-se que os TRFs já vinham aplicando tanto a jurisprudência da Corte IDH quanto as disposições da CADH e de outros documentos interamericanos em suas decisões, inclusive ganhando destaque no movimento instaurado pela Recomendação n. 123/2022, fundamentalmente pelas suas iniciativas de adesão e posicionamentos de seus presidentes. A título de exemplo, o TRF da 5ª Região, por exemplo, o qual já havia sido o primeiro do país a instalar uma Unidade de Monitoramento e Fiscalização de decisões, deliberações

e recomendações do SIDH, assinou Termo de Cooperação Técnica n. 19/2022, aderindo ao Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos com vistas a ações específicas direcionadas a proteção e promoção dos direitos humanos (TRF5, 2022).

Em pesquisa jurisprudencial nos sítios eletrônicos dos cinco TRFs, aplicando-se como filtro de pesquisa as palavras-chave “Corte Interamericana de Direitos Humanos” ou “Convenção Americana sobre Direitos Humanos” ou “Sistema Interamericano de Direitos Humanos” ou “Controle de Convencionalidade”, somando-se decisões monocráticas e acórdãos, verificou-se que, até 27 de março de 2023 (data de conclusão deste trabalho), havia 41 decisões correlacionadas no TRF da 1ª Região; 94 decisões correlacionadas no TRF da 2ª Região; 385 decisões correlacionadas no TRF da 3ª Região; 641 decisões correlacionadas no TRF da 4ª Região; e 55 decisões correlacionadas no TRF da 5ª Região⁶.

Do mesmo modo, na primeira premiação do Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos decorrente do Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos, no qual foram premiadas oito decisões, distribuídas em oito temas diferentes: (i) direitos da criança e do adolescente; (ii) direitos das pessoas privadas de liberdade; (iii) direitos das mulheres; (iv) direitos da população lésbica, gay, bissexual, transexuais, queer, intersexo e assexuais (LGBTIA+); (v) direitos dos afrodescendentes; (vi) direitos dos povos indígenas e comunidades tradicionais; (vii) direitos da pessoa com deficiência; e (viii) direitos de grupos em situação de vulnerabilidade, as decisões dos TRFs obtiveram relevante destaque, pois se tratam de decisões onde é possível se verificar um movimento do Judiciário alinhado a proposta do ICCAL.

6 Os números citados referem-se ao total de decisões resultante da aplicação dos filtros mencionados, não sendo realizadas exclusões de decisões. Não foram realizadas análises individuais (de conteúdo), tratam-se de decisões que, de uma forma ou de outra, mencionam as palavras-chaves supramencionadas em seu inteiro teor ou ementa. Portanto, algumas delas podem conter citações das respectivas palavras-chaves, mas não possuem fundamentações específicas correlacionadas.

Das vinte e quatro decisões finalistas do concurso, onze foram dos TRFs, sendo que, das oito premiadas, quatro foram dos TRFs. O TRF da 2º região foi premiado na categoria de direitos da população lésbica, gay, bissexual, transexuais, queer, intersexo e assexuais (LGBTIA+); o TRF da 3º Região nas categorias de direitos das mulheres e direitos de grupos em situação de vulnerabilidade; e o TRF da 4º Região na categoria de direitos dos povos indígenas e comunidades tradicionais (CNJ, 2022c). A seguir, examina-se a temática e a correlação ao SIDH envolvendo as decisões finalistas dos TRFs no respectivo concurso:

PROCESSO/ ÓRGÃO JUL- GADOR/DATA JULGAMENTO	ASSUNTO	CORRELAÇÃO COM O SIDH	FUNDAMENTAÇÃO/TESE INTERNACIONAL APLICADA	COLOCA- ÇÃO
Processo n. 5073799 21.2020.4.02. 5101 – TRF2	Direito das pes- soas privadas de liberdade – apli- cação lei militar – competência da Justiça Mili- tar sobre pessoas fora do serviço militar	Menção direta a jurisprudência da Corte IDH em di- versos casos como, por exemplo, (Al- monacid Arellano v. Chile, Palamara Iribarne cs. Chile, Cesti Hurtado vs. Peru e da CADH quanto ao seu ar- tigo 8.1	A decisão foi fundamentada a partir da tese elencada pela Cor- te IDH de que a Justiça Militar deve ser restrita a militares da ativa, considerando que militares inativos devem ser tratados como civis. Para tanto, a fundamentação do Juízo citou trechos da jurisper- dência do Tribunal interamerica- no, inclusive em relação ao dever do Poder Judiciário em exercer o controle de convencionalidade.	Finalista
Processo n. 0011580- 69.2012.4.03. 6181 – TRF3	Direito das pes- soas privadas de liberdade – ex- tincão de puni- bilidade	Menção direta a jurisprudência da Corte IDH em di- versos casos como, por exemplo, Go- mes Lund (Guer- rilha do Araguaia) vs. Brasil, Barrios Altos versus Peru, Asilo Colombiano- -Peruano, Colômbi- a v. Peru, Almo- nacid Arellano e outros Vs. Chile) e quanto a dispo- sitivos da CADH, como o artigo 62.	A decisão foi fundamentada a partir da tese elencada pela Corte IDH quanto a vedação da criação de disposições que visam impedir a investigação e punição de viola- ção graves dos direitos humanos, essencialmente quanto cometidas por agentes do Estado. Para tanto a fundamentação do Juízo citou trechos da jurisprudência do Tri- bunal Interamericano, inclusive em relação ao dever do controle de convencionalidade, afirmando que os Juízes estão sujeitos à leis, mas também devem garantir que as disposições da CADH não sejam prejudicadas pela aplicação de leis contrárias ao seu propósito. Na fundamentação é realizada uma análise objetiva da compatibilida- de de determinadas normas quan- to a CADH e a jurisprudência da Corte IDH.	Finalista

O Conselho Nacional de Justiça como Mecanismo de Concretização do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano: Um Estudo Acerca da Aplicação da Recomendação N. 123/2022 Pelos Tribunais Federais no Brasil

Processo n. 5014547-70.2020.4.03.6100 – TRF3	Direitos das mulheres – Ação Civil Pública – discursos e pronunciamento de agentes públicos da União com caráter discriminatório e preconceituoso em relação às mulheres	Não faz menção a Corte IDH, da CADH ou qualquer tratado interamericano. Contudo, faz menção a outros tratados internacionais de direitos humanos, tal como a Convenção para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Também menciona decisões do Comitê para Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres	A aplicação dos tratados internacionais na fundamentação da respectiva decisão pode ser analisada, resumidamente, a partir de três aspectos: 1) A Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher é mencionada, e o Comitê previsto no artigo 17 dessa Convenção tem a responsabilidade de selecionar e aprovar as campanhas publicitárias mencionadas. 2) A menção aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), especificamente ao ODS 5, que trata da igualdade de gênero, mostra que a ação busca cumprir os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em relação à promoção da igualdade entre homens e mulheres e ao combate à violência de gênero. 3) A “Convenção Internacional sobre eliminação de todas as formas de discriminação” é citada como uma das bases legais para a proteção da comunidade indígena, juntamente com a Constituição da República e a Lei 6.001/73. Essa convenção reforça a necessidade de proteger os direitos dos indígenas e garantir o exercício pleno de seus direitos civis e políticos.	Premiada
Processo n. 1005413-82.2018.4.01.3200 – TRF1 -21/10/2021	Direitos das mulheres – Ação Civil Pública – Obrigação da união e do estado do Amazonas a garantirem a observância de normas relacionadas à humanização do parto e nascimento por todos os profissionais que atuam em maternidades da rede estadual de saúde	Faz menção a outros tratados internacionais de direitos humanos, tal como a Convenção para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Também menciona decisões do Comitê para Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres	Da mesma forma da decisão anterior, a aplicação dos tratados internacionais na fundamentação da respectiva decisão pode ser analisada, resumidamente, a partir de três aspectos: 1) A Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher é mencionada, e o Comitê previsto no artigo 17 dessa Convenção tem a responsabilidade de selecionar e aprovar as campanhas publicitárias mencionadas. 2) A menção aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), especificamente ao ODS 5, que trata da igualdade de gênero, mostra que a ação busca cumprir os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em relação à promoção da igualdade entre homens e mulheres e ao combate à violência de gênero. 3) A “Convenção Internacional sobre eliminação de todas as formas de discriminação” é citada como uma das bases legais para a proteção da comunidade indígena, juntamente com a Constituição da República e a Lei 6.001/73. Essa convenção reforça a necessidade de proteger os direitos dos indígenas e garantir o exercício pleno de seus direitos civis e políticos.	Finalista com menção honrosa

Processo n. 0182854-55.2017.4.02.5114 – TRF2	Direito da população lésbica, gay, bissexual, transexuais, queer, intersexo e assexuais (LGBTIA+) – afastamento das forças armadas - discriminação por mudança de gênero e troca de identificação civil	Menção direta a Opinião Consultiva n. 24/2017 da Corte IDH	Em sua fundamentação, a decisão menciona trechos elencados pela Opinião Consultiva n. 24/2017, apontando que a noção de igualdade deriva diretamente da unidade da natureza do gênero humano e é inseparável da dignidade essencial da pessoa, frente a qual é incompatível toda situação que, por considerar superior um determinado grupo, conduza a tratá-lo com privilégio; ou, inversamente, por considerá-lo inferior, tratá-lo com hostilidade ou de qualquer forma o discrimine do gozo de direitos que são reconhecidos para aqueles que não se consideram incluídos em tal situação. Os Estados devem abster-se de realizar ações que, de qualquer maneira, sejam direcionadas, direta ou indiretamente, à criação de situações de discriminação de jure ou de facto. A jurisprudência da Corte também indicou que, na atual fase da evolução do direito internacional, o princípio fundamental da igualdade e não discriminação entrou no domínio da ius cogens. Sobre ele repousa a base jurídica da ordem pública nacional e internacional e permeia todo o ordenamento jurídico.	Premiada
Processo n. 5000410-46.2021.4.03.6004 TRF1 -	Direito da população lésbica, gay, bissexual, transexuais, queer, intersexo e assexuais (LGBTIA+) - afastamento das forças armadas - discriminação por opção de gênero	Menção direta a Opinião Consultiva n. 24/2017 da Corte IDH	Em sua fundamentação, a decisão menciona trechos elencados pela Opinião Consultiva n. 24/2017, apontando que a mudança de nome e a adequação dos registros e documentos constituem um direito protegido pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesse sentido, a identidade de gênero “se encontra ligada ao conceito de liberdade e da possibilidade de todo ser humano autodeterminar-se e escolher livremente suas opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, conforme às suas próprias convicções, assim como ao direito à proteção de sua vida privada.	Finalista

O Conselho Nacional de Justiça como Mecanismo de Concretização do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano: Um Estudo Acerca da Aplicação da Recomendação N. 123/2022 Pelos Tribunais Federais no Brasil

Processo n. 5006915-58.2020.4.04.7104 – TRF4	Direito dos povos indígenas e comunidades tradicionais – proteção e demarcação de terras originárias	Menção direta a jurisprudência da Corte IDH no caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai, dentre outros relacionados ao tema e ao controle de convencionalidade	A decisão embasa sua fundamentação a partir de uma análise detalhada da jurisprudência da Corte IDH no que diz respeito aos direitos dos povos indígenas, reconhecendo e protegendo os direitos destes grupos, enfatizando a importância da terra, cultura, tradições e propriedade coletiva. A análise se concentra em dois princípios importantes: a proibição de excesso e a proibição da proteção insuficiente. A proibição de excesso refere-se à não intervenção excessiva nos direitos indígenas, garantindo que suas posições legais sejam protegidas e não sejam arbitrariamente afetadas ou eliminadas. A proibição da proteção insuficiente aborda a necessidade de o Estado garantir e promover a dignidade humana dos povos indígenas, respeitando sua diversidade cultural e direitos diferenciados. Além disso, a decisão aponta que a Instrução Normativa/FUNAI n. 09/2020, que desconsidera as demarcações e reivindicações de terras indígenas em andamento é inconstitucional e inconveniente, realizando, com isso, o dever de controlar a convencionalidade das normas internas frente ao SIDH.	Premiada
Processo n. 0001635-08.2016.4.01.4004 – TRF1	Direito dos povos indígenas e comunidades tradicionais – proteção e demarcação de terras originárias	Menção direta a jurisprudência da Corte IDH no caso Pueblo Saramaka vs. Suriname	Em sua fundamentação, a decisão menciona a jurisprudência da Corte IDH quanto ao significativo precedente da Corte IDH quanto aos direitos dos povos indígenas e comunidades tribais, especialmente no que diz respeito à consulta prévia e ao consentimento no contexto de projetos de desenvolvimento e exploração de recursos naturais.	Finalista

Processo n. 1001605- 06.2017.401. 3200 – TRF1	Direito dos povos indígenas e comunidades tradicionais - proteção e demarcação de terras originárias	Menção direta a jurisprudência da Corte IDH no caso Povo Indígena Kichwa Sarayaku Vs. Equador, dentre outros	Da mesma forma que na decisão anterior, mencionou-se a jurisprudência da Corte IDH quanto aos direitos dos povos indígenas e comunidades tribais, especialmente no que diz respeito à consulta prévia e ao consentimento no contexto de projetos de desenvolvimento e exploração de recursos naturais, acrescentando que o Tribunal Interamericano estabeleceu uma distinção entre consulta e consentimento. O dever de obter o consentimento das comunidades indígenas é exigido nas hipóteses de grandes empreendimentos que possam vir a provocar a perda do território indígena ou comprometer significativamente a relação da comunidade indígena com sua terra, o que, neste caso, inclui o acesso aos recursos fundamentais que fomentam a existência do grupo e de suas tradições culturais. Já o dever de consulta prévia, informada e de boa-fé, é necessário diante dos fatos que não envolvam a perda da terra indígena ou que possam comprometer significativamente a relação da comunidade indígena com a sua terra.	Finalista
Processo n. 5010000- 84.2020.4.03. 6100 – TRF3	Direitos de grupos em situação de vulnerabilidade – vítimas e/ou parentes de vítimas da ditadura militar – direito à resposta -	Menção direta a jurisprudência da Corte IDH no caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, dentre outros.	Toda a fundamentação da decisão é embasada pela jurisprudência da Corte IDH quanto ao caso Gomes Lund vs. Brasil. Em síntese, reforça-se os seguintes precedentes determinados pelo Tribunal interamericano no respectivo caso: 1) O dever de investigar violações de direitos humanos; 2) a inadmissibilidade das leis de anistia; 3) o direito à verdade reconhecido às vítimas de violações de direitos humanos e seus familiares; 4) a obrigação do Estado em reparar às vítimas; e 5) a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos cometidos por seu agentes ou em seu território, mesmo quando ocorridas em contextos de conflitos armados interno ou estado de emergência.	Finalista

O Conselho Nacional de Justiça como Mecanismo de Concretização do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano: Um Estudo Acerca da Aplicação da Recomendação N. 123/2022 Pelos Tribunais Federais no Brasil

Processo n. 0001489- 15.2005.4.02. 5106 – TRF2	Direitos de grupos em situação de vulnerabilidade – reintegração de posse – pessoa com economicamente hipossuficiente – falta de assistência a moradia	Trata a respeito da soberania nacional e do controle de convencionalidade e a aplicação de tratados internacionais,	A Fundamentação da respectiva decisão menciona o dever da aplicação do controle de convencionalidade, da jurisprudência da Corte IDH e a necessidade do diálogo entre cortes, afirmando que os juristas devem se apoiar em estudos e precedentes estrangeiros para buscar o ideal de justiça, especialmente na interpretação dos direitos humanos. Outrossim, embasa que a adesão a tratados internacionais é um ato voluntário de cada país, e, ao decidir aderir, o Estado se compromete a cumpri-los. A partir dessa adesão, não se pode alegar que a aplicação de normas internacionais de direitos humanos diminui a soberania nacional, pois é uma escolha do próprio país se comprometer com essas normas. O texto cita o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que estabelece que um Estado não pode “invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Além disso, é mencionada a importância do controle de convencionalidade para evitar interpretações inadequadas dos tratados internacionais, o que poderia levar a um paradoxo do tratado internacional nacional - uma norma internacional existente apenas no país que interpreta o tratado de modo heterodoxo.	Premiada
---	---	--	--	-----------------

As decisões analisadas revelam uma relação estreita entre o ICCAL e suas características. A jurisprudência da Corte IDH e o controle de convencionalidade são aplicados em diversos contextos, como direitos indígenas, consulta prévia e consentimento, leis de anistia e reparação às vítimas. O dever de investigar violações de direitos humanos e a inadmissibilidade das leis de anistia também são abordados, ilustrando a influência do ICCAL na promoção da justiça e na proteção dos direitos humanos.

A análise das decisões destaca a importância da adesão voluntária aos tratados internacionais e do diálogo entre cortes na interpretação adequada das

normas internacionais. Além disso, a aplicação do controle de convencionalidade é evidente em várias decisões, demonstrando a crescente relevância desse mecanismo no contexto nacional. Em resumo, a correlação analítica entre a Recomendação n. 123/2022 e o ICCAL e suas características nas decisões examinadas mostra uma forte presença da jurisprudência da Corte IDH e do controle de convencionalidade na aplicação das leis nacionais, evidenciando o compromisso dos juízes com a proteção dos direitos humanos e a promoção da justiça.

O vasto número de decisões encontradas a partir dos filtros retromencionados nos TRFs, com destaque ao TRF da 4ª Região, com 641 decisões, e ao TRF da 2ª Região, com 385 decisões, assim como suas proeminências no Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos decorrente do Pacto Nacional do Judiciário, o qual foi, como já mencionado, inspirado pela Recomendação do CNJ n. 123/2022, demonstra uma tendência de alinhamento destes Tribunais com a proposta transformadora do SIDH e com as disposições constantes na Recomendação 123/2022 do CNJ.

Com base nisso, o ICCAL, como alicerce primordial de um diálogo entre o direito nacional e internacional, o qual busca alcançar o fortalecimento dos direitos humanos a partir de um sistema multinível de proteção, passa a tomar novas formas no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, tendo o CNJ como um mecanismo fundamental para sua concretização através de sua atuação em favor do controle de convencionalidade e do diálogo entre cortes. Por conseguinte, os juízes nacionais, aqui em especial os juízes dos TRFs, transformam-se em legítimos juízes interamericanos, reconhecendo a força vinculante dos tratados internacionais em suas decisões, promovendo os direitos humanos em consonância a CADH e a jurisprudência da Corte IDH, esta intérprete final daquela.

Portanto, a Recomendação n. 123/2022 apresenta-se como um novo paradigma estruturante da agenda do CNJ voltada à promoção dos direitos humanos, podendo, inclusive, servir como exemplo para outros países latino-americanos pertencentes ao SIDH. Seu enfoque na necessária observância, pelo Poder Judiciário, dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da

jurisprudência da Corte IDH, por mais óbvia que possa parecer, retrata, ultrapassando uma mera ação simbólica, a certificação de uma transformação institucional no plano da judicialização dos direitos humanos e, inclusive, fundamentais, corporificando, dessa maneira, a teoria e os princípios concernentes ao ICCAL. Esse movimento ganha ainda mais corporificação diante da atuação positiva dos TRFs em relação à aplicação de documentos internacionais e da jurisprudência da Corte IDH em suas decisões.

4 CONCLUSÃO

A partir do estudo realizado na primeira parte deste trabalho, pôde-se compreender a construção do ICCAL tendo como ponto de partida a internacionalização dos direitos humanos e as similaridades do contexto latino-americano para a busca da construção de um novo direito público dos direitos humanos na região, sendo um projeto transformador proveniente do empoderamento do SIDH, tendo como principais objetivos o respeito aos direitos humanos, ao Estado de Direito e à democracia, e desenvolvendo sua teoria por meio da integração entre direito nacional e internacional sob uma concepção de diálogo entre cortes e proteção multinível dos direitos humanos.

Por conseguinte, para alcançar seus objetivos, faz-se necessária uma atuação favorável por parte das instituições estatais (administrativas e judiciais). Nesse aspecto, como visto na segunda parte do presente trabalho, o Brasil conta com dois exemplos de atuações favoráveis à proposta do ICCAL: o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Regionais Federais (TRFs).

O Conselho Nacional de Justiça, embora seja um órgão recente, criado no ano de 2005, toma destaque com sua agenda em favor dos direitos humanos. A elaboração da Recomendação CNJ n. 123/2022 conduz a um novo paradigma estruturante do Poder Judiciário na promoção dos direitos humanos no terreno nacional, com foco na imprescindibilidade de observância dos documentos internacionais de direitos humanos, das decisões da Corte IDH e no dever de controle

de convencionalidade, atesta uma transformação institucional no terreno da judicialização dos direitos humanos, inspirando a realização de programas como o Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos, o qual dispõe de ações que visam a intensificar o controle de convencionalidade e os diálogos jurisdicionais das Cortes nacionais e internacionais, corporificando a teoria e os princípios do ICCAL.

Esse movimento toma mais força ao se considerar a atuação dos Tribunais Regionais Federais, que passam, gradativamente, a atentar aos tratados internacionais, com destaque às disposições da CADH, bem como a observar as decisões da Corte IDH, procedendo com um controle de convencionalidade, onde seus juízes passam a representar verdadeiros juízes interamericanos dentro do território nacional em busca da efetivação dos direitos humanos.

Diante disso, ao responder as problemáticas aqui formuladas, é possível concluir que o CNJ contribui para a concretização do ICCAL no Brasil, já que atua na promoção dos direitos humanos, com essencial destaque a Recomendação n. 123/2022. Por meio de suas ações e iniciativas, o CNJ busca garantir a eficiência do Poder Judiciário, partindo de pilares essenciais para a consolidação de um Estado Democrático de Direito.

É importante destacar, no entanto, que a atuação do CNJ é apenas uma parte dos esforços necessários para a concretização do ICCAL. O conceito envolve uma série de outros princípios e valores, os quais devem ser promovidos de maneira articulada e conjunta pelos diferentes atores e instituições latino-americanos. Dessa forma, o CNJ é um mecanismo importante, mas não o único, na busca pela consolidação dos princípios do ICCAL.

Ademais, com base na análise das decisões dos TRFs selecionadas pelo Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos, é possível mencionar que estas estão em consonância com a Recomendação n. 123/2022 e com a lógica do ICCAL a partir da aplicação das decisões da Corte IDH, do controle de convencionalidade e o respeito aos tratados internacionais. As decisões demonstram a aplicação da jurisprudência da Corte IDH e do controle

de convencionalidade em diversos contextos, como direitos indígenas, consulta prévia e consentimento, leis de anistia, igualdade de gênero e reparação às vítimas. Além disso, enfatizam a importância da adesão voluntária aos tratados internacionais e seus efeitos, o diálogo entre cortes na interpretação adequada das normas nacionais frente às internacionais e da aplicação do controle de convencionalidade, auferindo, com isso, uma integração entre o direito interno e externo.

Todavia, não é pelos fatos supramencionados que é possível afirmar que toda a jurisprudência dos TRFs esteja plenamente alinhada ao ICCAL e ao disposto pela Recomendação n. 123/2022, vez que as decisões analisadas tratam de casos específicos selecionados para o Concurso realizado pelo CNJ. O que se percebe e pode-se afirmar, é que existe um início de movimentação de juízes quanto a promoção dos direitos humanos a partir do contexto proporcionado pelo ICCAL.

REFERÊNCIAS

ALESSANDRI, Pablo Saavedra. Algunas reflexiones em cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *In*: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). **Ius Constitutionale Commune em América Latina**: textos básicos para su comprensión. México: Max Planck Institute for Public Law, 2017, p. 457-502.

ANTONIAZZI, Mariela Morales; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). **Ius Constitutionale Commune em América Latina**: textos básicos para su comprensión. México: Max Planck Institute for Public Law, 2017, p. 577-605.

ANTONIAZZI, Mariela Morales. Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* em derechos humanos em América Latina. *In*: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). **Ius Constitutionale Commune em América Latina**: textos básicos para su comprensión. México: Max Planck Institute for Public Law, 2017, p. 417-456.

BANDEIRA, Regina Maria Groba. Comentários sobre a reforma do Judiciário: a Emenda Constitucional nº 45. **Revista Cadernos ASLEGIS**, [s.i.], n. 25, v. 12, p. 29-50, jan./abr., 2005. Disponível em: <https://www.aslegis.org.br/files/cadernos/2005/Caderno25/Comentarios-sobre-a-Reforma-do-Judiciario.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2023.

BICUDO, Hélio. Defesa dos direitos humanos: sistemas regionais. **Revista Estudos Avançados**. São Paulo, SP, v. 17, n. 47, 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/GJMPq5RnwbjqPmKttpbqpnm/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 23 mar. 2023.

BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Uma Aclaración conceptual desde uma perspectiva europea. In: GONZÁLES PÉREZ, L.R.;

BOGDANDY, Armin von (org.). Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum: una aclaración conceptual. **Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2014, p. 3-23. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3655/4.pdf>. Acesso em: 03 maio 2023.

BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurisgenético extraordinário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, DF, v. 09, n. 02, p. 232-252, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6126/pdf>. Acesso em: 24 mar. 2023.

BOSA, Anderson Carlos; MAAS, Rosana Helena. A justiciabilidade do direito á saúde na Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma análise do caso Poblete Vilches vs. Chile. **Revista Unirios**. Paulo Afonso, BA, v. 15, n. 31, p. 259-278, 2021. Disponível em: <https://www.publicacoes.unirios.edu.br/index.php/revistarios/article/view/52>. Acesso em: 24 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição, (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao. Acesso em: 25 mar. 2023.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI. In: XXXIII Curso de Direito Internacional Organizado pela Comissão Jurídica Interamericana da OEA, 2006, Washington, DC. **Organização dos Estados Americanos**. Washington: OEA, 2006. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7º. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANTOR, Ernesto Rey. **Control de conveniconalidad de las leyes y derechos humanos**. México: Porruá, 2008.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). **Afrodescendentes e a matriz da desigualdade social na América Latina: desafios para a inclusão**. Santiago: Publicações das Nações Unidas, 2021. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46872/1/S2000930_pt.pdf. Acesso em: 23 mar. 2023.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). **Os Povos indígenas na América Latina: avanços na última década e desafios pendentes para a garantia de seus direitos**. Santiago: Publicações das Nações Unidas, 2014. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37773/1/S1420764_pt.pdf. Acesso em: 23 mar. 2023.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). **Panorama Social de América Latina y el Caribe**. Santiago: Publicación de las Naciones Unidas, 2022. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/48518/S2200947_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 23 mar. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Direitos Humanos do Poder Judiciário. **CNJ, site o Conselho Nacional de Justiça**, [s.i]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/direitos-humanos/>. Acesso em: 25 mar. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos**. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. [s.i], 2022 (b). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/03/folder-pacto-versao-impressao.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Premiação do Concurso Nacional de Decisões judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos. **Conselho Nacional de Justiça – CNJ**. Brasília, DF, 30 de agosto de 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/agendas/premiacao-do-concurso-nacional-de-decisoes-judiciais-e-acordaos-em-direitos-humanos/>. Acesso em: 26 mar. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação n. 123, de 7 de janeiro de 2022**. Recomenda aos órgãos do poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília, DF: Presidência do Conselho Nacional de Justiça, 07 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305>. Acesso em 25 mar. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. Sentença de mérito, reparações e custas. San José da Costa Rica, 26 de setembro de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 02 maio 2023.

EMERIQUE, Lialian Balmant; GUERRA, Sidney. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. **Revista Jurídica da Presidência da República**. Brasília, DF. V. 10, n. 90, p. 01-34, abr./maio, 2008. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/252/240>. Acesso em: 25 mar. 2023.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juz mmaexicano. **Revista Estudios Constitucionales**. Talca, Chile, v.09, n.02, p. 531-622, 2011. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v9n2/art14.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2023.

FILHO, Roberto Fragale. Conselho Nacional de Justiça: Desenho Institucional, Construção de Agenda e Processo Decisório. **Revista de Ciências Sociais – DADOS**. Rio de Janeiro, RS, v. 56, n. 4, p. 975-7007, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/YXmbJ7jhPnTwwLGQZkkrxrL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 25 mar. 2023.

FUX, Luiz. Judiciário brasileiro pelos direitos humanos. **Conselho Nacional de Justiça – CNJ**. 2022(c). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/artigo-judiciario-brasileiro-pelos-direitos-humanos/>. Acesso em: 26 mar. 2023.

GARGARELLA, Roberto. Sobre el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”. **Revista Uruguia de Ciência Política**. Montevideo, n. 1, v. 27, p. 109-129, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rucp/v27n1/1688-499X-rucp-27-01-109.pdf>. Acesso em: 02 maio 2023.

HEREDIA, Beatriz; LESSA, Antônio Carlos. **Globalização e Mundialização: Discursos e Práticas**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2008.

https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf?ua=1. Acesso em: 10 jan. 2020.

JARAMILLO, Leonardo García. Desafíos de la interamericanización del derecho: la contribución del Ius Constitutionale Commune. *In*: BOGDANDY, Armin von;

KOTZUR, Markus. **A soberania hoje. Palavras-chave para um diálogo Europeu Latino-Americano sobre um atributo do Estado Constitucional Moderno**. Revista Questio Iuris. Rio de Janeiro, RJ, v. 05, n. 01, ISSN 1516-0351, p. 1-20, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/9859>. Acesso em: 09 jul. 2022.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Aproximações teóricas à noção de soberania enquanto postestas e sua limitação por meio da convencionalização do direito e da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: ALVITES, Elena; POMPEU, Gina Marcilio; SARLET, Ingo (org.). **Direitos Fundamentais na perspectiva da democracia interamericana**. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021, p. 153-180.

MAUÉS, Antônio Moreira. Supraligalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. [s.i], v. 18, n. 5, p. 215-235, 2013. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32493.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2023.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. Sobre a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos. Ou: para onde caminha a humanidade. **Revista Direitos Culturais**. Santo Ângelo, RS, v.6, n. 11, p. 109-132, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/partir-humanos-onde-caminha-humanidade-418370706>. Acesso em: 23 mar. 2023.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção dialogada do Ius Constitutionale na América Latina. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, DF, v. 09, n. 02, p. 302-363, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6005>. Acesso em: 23 mar. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Nossa História. **OEA, mais direitos para mais pessoas**, [s.i], [s.d.]. Disponível em: http://www.oas.org/pt/sobre/nossa_historia.asp. Acesso em: 03 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Panorama laboral de los pueblos indígenas en América Latina: la protección social como ruta hacia una recuperación inclusiva frente a la pandemia de COVID-19**. OIT:

2022. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/--ro-lima/documents/publication/wcms_864130.pdf. Acesso em: 23 mar. 2023.

PAMPLONA, Danielle Anne. Um projeto comum para a América latina e os impactos das empresas em direitos humanos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, DF, v. 09, n.02, p. 286-301, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/download/6090/pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. **Revista Direito e Páxis**. Rio de Janeiro, RJ, v. 8, n.2, p. 1356-1388, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/dLhPxzDmJDTcczFVTdhSwJN/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 23 mar. 2023.

PIOVESAN, Flávia. Ius Constitutionale Commune latino-americano em derechos humanos e impacto del Sistem interamericano: Rasgos, potencialidades y desafios. In: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). **Ius Constitutionale Commune em América Latina**: textos básicos para su comprensión. México: Max Planck Institute for Public Law, 2017(b), p. 551-575).

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**. [s.i], v. 03, n. 01, jan./jun., 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/16282/pdf>. Acesso em: 16 jul. 2022.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAMOS, André de Carvalho; GAMA, Marina Faraco Lacerda. Controle de Convencionalidade, Teoria do Duplo Controle e o Pacto Nacional do Judiciário

pelo Direitos Humanos: avanços e desafios. **Revista Direitos Culturais**. Santo Ângelo, RS, v. 17, n. 41, p. 283-279, jan./abr., 2022. Disponível em: <https://san.uri.br/revistas/index.php/direitosculturais/article/view/756/385>. Acesso em: 26 mar. 2023.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. TRF5 é o primeiro Tribunal do país a criar unidade para monitoramento cumprimento das decisões da Corte IDH. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5**. [s.i.], 19 de agosto de 2022. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br/index.php/noticias/leitura-de-noticias/?id=324349>. Acesso em: 26 mar. 2023.

VALADÉS, D. (coords.). **El constitucionalismo contemporáneo**. México: UNAM, 2013, p. 39-66. Disponível em: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/33536?show=full>. Acesso em: 23 mar. 20023.

Submissão: 8.out.23

Aprovação: 11.nov.23

O CASO CAMBRIDGE ANALYTICA E A SOCIEDADE DE RISCO

CAMBRIDGE ANALYTICA SCANDAL AND THE RISK SOCIETY

Heloísa Daniela Nora

Advogada. Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2017-2021). Mestranda em Direito pela mesma instituição de formação - Bolsista CAPES.

E-mail: heloisadnora@gmail.com

Cinthia Obladen de Almendra Freitas

Graduação em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Paraná (1985), Mestrado em Engenharia Elétrica e Informática Industrial pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (1990) e Doutorado em Informática pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2001). Professora Titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (1985-atual) para os cursos de Direito (Direito Eletrônico; Direito e Informática; Propriedade Intelectual; Perícias e Laudos Técnicos; Fraudes e Crimes por Computador) e Ciência da Computação (1985-2015). Foi Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação (Mestrado/Doutorado) em Informática (PPGIa) da mesma instituição (2001-2015). Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação (Mestrado/Doutorado) em Direito (PPGD) a partir de 2005. Foi Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da PUCPR (ago/2020-set/2023). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Justiça, Democracia e Direitos Humanos. Coordenadora do Grupo de Estudos em Lei Geral de Proteção de Dados (GELGPD) da Escola de Direito da PUCPR. Tem experiência nas áreas de Informática e

Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito e Tecnologia, Direito e Internet, Direito Eletrônico, Direito Digital, Novas Tecnologias, Direito de Autor, Sociedades, Contratos Eletrônicos. Tem experiência profissional nas áreas: Forense Computacional/Computação Forense, Documentoscopia e Grafoscopia. Founder da FK Peritos Associados. Membro Consultor da Comissão de Direito Digital e Proteção de Dados da OAB/PR (Portaria 142/2019). Membro da Diretoria do Instituto Nacional de Proteção de Dados - INPD (2019-atual). Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Digital da PUCPR (2021-atual).

E-mail: cinthia.freitas@pucpr.edu.br

Heline Sivini Ferreira

Professora do Curso de Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR); Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), tendo realizado seu estágio de doutoramento no “Centre for Environmental Law” da “Macquarie University”, em Sidney, Austrália; Mestre em Direito pela UFSC; Graduada em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB); Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco (UFSC) e do Grupo de Pesquisa Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica (PUCPR); Diretora de Assuntos Internacionais do Instituto O Direito por um Planeta Verde (IDPV); Membro da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil (APRODAB); Membro da “Commission on Environmental Law” (“International Union for Conservation of Nature”/IUCN). Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Ambiental e Direito Socioambiental, atuando especialmente nos seguintes temas: gestão de riscos ambientais, regimes jurídicos de regulação de riscos,

mudanças climáticas e regime climático, migrações ambientais, agrotóxicos, biossegurança e organismos geneticamente modificados, povos e comunidades tradicionais, normas constitucionais de proteção ambiental/socioambiental e Estado de Direito Ecológico. Autora e organizadora de vários artigos e livros, dentre os quais se destaca “Biocombustíveis: fonte de energia sustentável?”, indicado ao 53º Prêmio Jabuti (2011). Vencedora do Environmental Law Scholarship Award (IUCN/2017).

E-mail: heline.ferreira@pucpr.br

Resumo

Ulrich Beck e a sociedade de risco fundamentam a pesquisa, de modo a explorar as consequências que derivam da interação do ser humano com as redes sociais, chegando dessa forma na delimitação do conceito nominado como meio ambiente digital. Nessa perspectiva, faz-se a análise do caso de compartilhamento indevido de dados envolvendo a empresa *Cambridge Analytica* e o Facebook que, supostamente, interferiu nas eleições presidenciais estadunidenses de 2016 e no referendo do *Brexit*. O objetivo principal é aplicar a teoria do risco de Beck sobre a dimensão tecnológica, analisando os aspectos negativos da utilização indevida de dados no meio ambiente digital. Para alcançar os resultados pretendidos de aproximar a sociedade de risco da evolução tecnológica, utilizou-se do método indutivo, com procedimento teórico e técnica bibliográfica. Como resultado, a pesquisa confirmou a hipótese desenvolvida de que casos como o que envolve a *Cambridge Analytica* trazem riscos abstratos que vão além do que se entende por meio ambiente digital, respondendo ao problema sobre o estudo se a sociedade de risco de Beck engloba os reflexos negativos da utilização indevida de dados na sociedade contemporânea.

Palavras-chave: Sociedade de risco. Novas tecnologias. Meio ambiente digital. Cambridge Analytica.

Abstract

Ulrich Beck and the risk society underpin the research, aiming to explore the consequences stemming from human interaction with social media, thus leading to the delineation of the concept referred to as the digital environment. From this perspective, an analysis is conducted on the case of improper data sharing involving Cambridge Analytica and Facebook, which purportedly interfered in the 2016 US presidential elections and the Brexit referendum. The primary objective is to apply Beck's risk theory to the technological dimension, examining the negative aspects of improper data usage in the digital environment. To achieve the intended results of bridging the risk society with technological evolution, an inductive method was employed, along with theoretical procedures and bibliographic techniques. As a result, the research confirmed the developed hypothesis that cases like those involving Cambridge Analytica bring abstract risks that extend beyond what is typically understood as the digital environment, addressing the question of whether Beck's risk society encompasses the negative repercussions of improper data usage in contemporary society.

Keywords: Risk society. New technologies. Digital environment. Cambridge Analytica.

1 INTRODUÇÃO

Em uma era definida por avanços tecnológicos, a interação com o meio digital inaugura uma nova fronteira repleta de novas promessas e riscos emergentes. A utilização de redes sociais tornou-se algo comum na sociedade em que vivemos e o compartilhamento de dados nesse novo meio passa, muitas vezes, despercebido para o usuário, que está ocupado *curtindo* ou compartilhando postagens de seus colegas na rede. Essa exposição de dados pode parecer inofensiva para o sujeito que a desconhece, entretanto, os dados tornaram-se motivo de exploração econômica pelas empresas que lidam com essa nova “mercadoria”.

Nesse cenário, a informação pessoal dos usuários tornou-se um ativo valioso, alimentando estratégias de *marketing* direcionado, publicidade personalizada e análises de comportamento do consumidor, gerando preocupações crescentes sobre privacidade e ética na era digital.

O artigo aplicou método de pesquisa dedutivo, para ponderar sobre esse novo meio de interação social, guiado pelos pensamentos elencados por Ulrich Beck em sua obra “A sociedade de risco”. As teorias do sociólogo alemão iluminam as complexidades de riscos transcendentais e transfronteiriços, a dicotomia de perigos concretos e abstratos, o colapso dos padrões de segurança e a natureza global pervasiva dos riscos. À medida em que se aprofunda o estudo nas complexidades da sociedade de risco, o foco muda para o meio ambiente digital, uma esfera entrelaçada na trama da existência moderna que se apresenta como uma faceta cultural do meio ambiente onde ocorrem as interações humanas e fluxo de dados. A visão do meio ambiente cultural deve estar sempre entrelaçada com o meio ambiente, como bem se verá em seu capítulo específico, devendo sempre ser respeitado o seu caráter uno e indivisível.

Após essa exposição teórica, apresenta-se uma análise sobre as consequências da interação entre o ser humano e o meio ambiente digital, avaliando riscos que decorrem desta. Ao categorizar os riscos, analisa-se a superexposição de informações feitas na rede. Por fim, o artigo volta-se para a análise aprofundada do caso de compartilhamento indevido de dados envolvendo a empresa *Cambridge Analytica* que foi exposto pela mídia em 2018. Este episódio serviu como reflexão das teorias articuladas por Ulrich Beck na obra que desenvolve a teoria da sociedade de risco e isso será realizado através da contextualização, onde buscou-se destacar a relevância contemporânea e atual do trabalho do autor na compreensão da complexa interação entre evolução tecnológica, meio ambiente digital e riscos sociais, respondendo, dessa forma, a hipótese desenvolvida de que os riscos abstratos vão além do que se entende por meio ambiente digital.

2 SOCIEDADE DE RISCO E MEIO AMBIENTE DIGITAL

O ano era 1986. Durante a madrugada do dia 26 de abril, um dos reatores nucleares da Usina Nuclear de *Chernobyl*, localizada perto da cidade de *Pripyat* (Ucrânia) demonstrou falhas em um teste de segurança. As reações descontroladas do teste resultaram em uma explosão e um incêndio radioativo que durou cerca de duas semanas (KINGSLEY, 2021). O número de mortos oficial é de 31, mas estima-se que os números de afetados ultrapassa os quatro mil (GRAY, 2019). A área ao redor da Usina permanece altamente contaminada, com um impacto significativo na sociedade e no meio ambiente. Nesse contexto, é publicada a primeira edição do livro “Sociedade de risco” do sociólogo alemão Ulrich Beck, que nas primeiras páginas de sua obra menciona o desastre: “A miséria pode ser segregada, mas não os perigos da era nuclear” (BECK, 2010, p. 7).

Para que se torne possível correlacionar a sociedade de risco com o meio ambiente digital é necessário delimitar alguns conceitos trazidos por Beck em sua obra. Enquanto os perigos são características intrínsecas do ambiente, referindo-se a eventos que independem da exposição humana para acontecer, os riscos são algo construído socialmente de acordo com as interações da sociedade com esses perigos. Pensando em um meio ambiente digital, o que pode se perceber é que enquanto o meio existe, com seus perigos, o risco se materializa na interação entre ser-humano e rede, como se verá a seguir.

Os riscos, por sua vez, se subdividem em dois: riscos abstratos e concretos. Enquanto o risco concreto é aquele produzido pelas ações e decisões humanas, os riscos abstratos se apresentam quando os riscos deixam de ser calculáveis e seus efeitos começam a ser imprevisíveis – ou seja, não se delimitam mais em tempo e espaço, tornando-se riscos transtemporais e transfronteiriços, outra característica que se assemelha com as inúmeras interconexões da rede mundial de computadores integradas em vários pontos do planeta.

A Sociedade de Risco desenvolvida por Ulrich Beck relaciona-se diretamente com a evolução da sociedade e a formação da sociedade contemporânea,

onde já é possível perceber uma quebra de paradigma e a preponderância dos riscos abstratos. As características da sociedade de risco correlacionam-se com a interação usuário/rede em pontos cruciais para o estudo a ser desenvolvido: ameaças que não podem ser contidas por fronteiras nacionais, que se espalham indeterminadamente pelo planeta; efeitos dos riscos que não são percebidos instantaneamente, com resultados que atravessam fronteiras do tempo. Resumindo, os riscos tornam-se transfronteiriços e transtemporais, características que se conectam ao meio ambiente digital.

Outro conceito importante desenvolvido na obra de Beck é o “efeito bumerangue”. Este, explicita que cedo ou tarde os riscos da modernização acabam alcançando aqueles que os produziram ou lucraram com eles, isto é, mesmo aqueles considerados poderosos estão a mercê dos riscos, e não somente com ameaças a saúde, mas a sua legitimidade, propriedade e lucro (BECK, 2010, p. 27).

Entendidos os conceitos que abordam a sociedade de risco trazida por Ulrich Beck em seu livro, passa-se a analisar o aspecto digital deste. Atualmente, o fenômeno observado entre a sociedade não é mais uma simples conectividade, e sim uma *hiperconectividade*, com a tecnologia e seu progresso potencializando riscos globais e catastróficos. O sociólogo espanhol Manuel Castells (2005) destaca em sua obra um processo de convergência tecnológica, com tecnologias que integram o mundo em enormes redes globais de instrumentalidade.

Observa-se, portanto, como a utilização de tecnologias acaba intensificando, senão criando, riscos. O avanço constante dessas inovações, embora proporcione também benefícios para o bem-estar social, desencadeia desafios complexos. A interconexão cada vez maior entre os indivíduos e o mundo digital gera uma rede repleta de possíveis vulnerabilidades, destacando a necessidade de se compreender as implicações mais amplas dessa relação. Para isso, após devidamente delineados os aspectos gerais da teoria da sociedade de risco, passa-se a analisar sua inserção no meio ambiente digital.

3 A FACETA DIGITAL DO MEIO AMBIENTE

Como visto no capítulo anterior, a noção de risco e perigo relaciona-se com a evolução da sociedade. Se na primeira modernidade os riscos concretos fabricados pela própria humanidade eram preponderantes, a formação da sociedade contemporânea e da segunda modernidade traz consigo a noção de riscos incalculáveis, chamados de abstratos. É dentro desse grupo de riscos abstratos que há a conexão com o emprego de novas tecnologias, como explicam Cavedon, Ferreira, Freitas (2014, p. 8):

Ao possibilitar o armazenamento, a transmissão e o processamento de informações em meios digitais, a informática torna-se onipresente no cotidiano das pessoas, congregando uma variedade de riscos que não podem ser facilmente percebidos ou identificados.

Além de incalculáveis, imprevisíveis e incontroláveis, esses riscos também se caracterizam como transtemporais (não se materializam no momento em que se constituem) e transfronteiriços (ultrapassam os limites do local impactado), e a utilização de novas tecnologias pelos indivíduos/usuários apenas intensifica esses aspectos, principalmente no meio que se encontram, como se verá a seguir.

O meio ambiente se conceitua como um bem uno, indivisível, que não pode ser segregado. Segundo a Constituição Federal Brasileira e o fundamento constitucional da proteção do meio ambiente (artigo 225), todos têm direito a um meio ambiente “ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”. O conceito de meio ambiente, por outro lado, pode ser encontrado na lei que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente¹ (BRASIL, 1981), devidamente recepcionada pela Constituição brasileira. Para entender onde se encontra o meio ambiente

1 Também conhecida por PNMA, é a Lei federal brasileira de número 6.938/81.

digital e sua classificação doutrinária, é necessário antes explorar esse fundamento. Para isso, há de se analisar o estabelecido no art. 3º da Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981, que descreve o meio ambiente como: “[...] o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Amplamente estabelecido, o meio ambiente descrito pelo artigo citado, tem como característica principal a possibilidade de inúmeras interpretações. Estas interpretações, entretanto, devem sempre ser realizadas à luz do conteúdo constitucional, como bem elenca Coutinho (2014, p. 3):

Começando pelo art. 1º, da Carta Magna, donde se extrai os princípios fundamentais. Neste ponto, destacamos que a República Federativa do Brasil, tendo como fundamento, dentre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, deve promover a preservação do meio ambiente, nele incluído o meio ambiente cultural e artificial, garantindo a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país (art. 5º, caput) o uso dos bens ambientais de acordo com os critérios e limites definidos na própria Constituição e no sistema de leis infraconstitucionais existentes no ordenamento jurídico pátrio.

É a partir desse conceito que se interpreta o artigo 225 da Constituição Federal brasileira (BRASIL, 1988), que, como visto acima, dispõe sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado, além de reconhecê-lo como um direito de caráter fundamental a ser preservado para gerações futuras. Percebe-se que, mesmo se tratando de um bem considerado uno e indivisível sem possibilidade de fragmentação, há a abertura para a congregação de diferentes facetas ao meio ambiente (COUTINHO, 2014) como por exemplo, o meio ambiente digital.

Disposto nos artigos 215 e 216 da Constituição Federal brasileira, o meio ambiente cultural se define como o conjunto de “bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira [...]”, aqui se incluem: “as criações científicas, artísticas e tecnológicas”. A

existência do meio ambiente digital, portanto, pode ser vista como a manifestação da criação humana e parte do patrimônio imaterial, mostrando-se como parte da dimensão cultural do meio ambiente. Essa nova faceta se apresenta como o local de manifestação de pensamento, criação, expressão e informação dentro da rede mundial de computadores.

Após essa análise, é possível entender que o meio ambiente digital é uma classificação doutrinária para melhor identificar o conjunto normativo a ser aplicado em situações concretas, e pode ser visto como um local de manifestação de pensamento, criação, expressão e informação. Além do mencionado, importante salientar que o meio ambiente digital já foi reconhecido pela jurisprudência brasileira quando o ministro relator Carlos Ayres Britto, em acórdão que derrubou a Lei da Imprensa (2009, p. 4), declarou que, quanto ao regime de internet, não seria possível recusar sua qualificação de: “território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação.”

Seguindo o conceito apresentado é que se desenvolve a ideia das consequências da ação do ser humano no meio digital. Sempre tendo em mente que o meio ambiente deve ser visto como algo uno e que as ações propagadas no meio ambiente digital o impactam, seja de forma direta ou indireta. Para isso, no próximo capítulo, com base nos conceitos desenvolvidos pelo artigo de autoria de Cavedon, Ferreira e Freitas (2014) serão associados os riscos tecnológicos com a sociedade de risco de Beck e o meio ambiente digital.

4 A INTER-RELAÇÃO DO SER HUMANO COM AS REDES SOCIAIS

O surgimento das redes sociais tornou as interações do usuário com a rede e o meio ambiente digital muito mais íntimas. Compartilhar fotos, vídeos, pensamentos – muitas vezes sob o anonimato de um *nickname*² – para familiares

2 *Nickname* ou simplesmente “*nick*” significa “apelido” em inglês, na internet é muito utilizado em jogos ou fóruns.

e amigos, que podem reagir de diversas maneiras, só aumentou essa conexão com o mundo digital. Visto que o meio ambiente digital se encontra interligado à sua dimensão mais ampla, o meio ambiente, há a necessidade de entender quais as consequências do desconhecimento dos riscos que decorrem dessa interação e se apresentam no universo digital. No artigo utilizado como referência (CAVEDON; FERREIRA; FREITAS, 2014, p. 205) elencam-se as consequências dessa relação intrínseca do ser humano com o digital e o risco decorrente destas. São categorizadas em três categorias que serão analisadas: diretas, indiretas e comportamentais.

As consequências “diretas”, como o próprio nome sugere, são aquelas que decorrem dos avanços da informática e afetam o meio ambiente em primeiro nível, como por exemplo a produção de lixo eletrônico (*ou e-waste*), que afeta a dimensão mais ampla do meio ambiente. Isso decorre da relação do homem moderno com o meio ambiente digital por meio de dispositivos eletrônicos e seu descarte incorreto. É possível imaginar o seguinte cenário hipotético, em uma escala muito pequena: um usuário aficionado de certa marca de *smartphones* sempre compra o novo aparelho lançado anualmente, realizando o descarte incorreto de seu antigo *smartphone*. Esse mesmo usuário, ao chegar em casa, percebe que seu computador não está mais funcionando e rapidamente compra outro, também se desfazendo do antigo de forma incorreta, impactando diretamente o meio ambiente com o descarte indevido. Agora, imagine-se esse descarte sendo realizado não apenas por um usuário, mas milhões de pessoas e empresas, diariamente. O Brasil, por exemplo, segundo dados da pesquisa “Resíduos eletrônicos no Brasil” é o quinto maior produtor de lixo eletrônico. Anualmente, mais de 53 milhões de toneladas de equipamentos eletroeletrônicos são descartados em todo o mundo (TOKARNIA, 2021). Assim se categorizam as consequências diretas.

Partindo para outra classificação, são “indiretas” as consequências que derivam de ações do homem no meio ambiente digital e podem causar reflexos no meio ambiente. No texto utilizado como base, há a exemplificação dessa

consequência com um crime cibernético, utilizando um *malware*³: esse arquivo malicioso pode causar danos à máquina, ou *hardware*. E esse dano pode levar à substituição desse equipamento, sendo assim, serão necessários insumos para fabricar novas peças, além dos recursos humanos e financeiros que deverão ser alocados.

Por fim, a consequência denominada “comportamental”. Essa consequência é uma faceta intrigante e potencialmente impactante das interações humanas. Essas alterações descritas agora estão no comportamento do homem, ou usuário, no meio ambiente digital:

Assim, o usuário pode publicar (ou como se utiliza em linguagem coloquial, “postar”) o que lhe interessa, muitas vezes acreditando que somente os “amigos” irão ler ou tomar conhecimento. O problema reside no fato de que os amigos possuem amigos e assim por diante, numa rede sem fim e não linear, dinâmica e descentralizada, visto que a cada nova postagem todos podem se manifestar, contribuir, “curtir” e divulgar. Eis a cadeia completa da exposição sem fim, visto que uma vez publicado não se tem como voltar atrás (CAVEDON; FERREIRA; FREITAS, 2014, p. 216-217).

E é aqui que se encontra a relação com o caso a ser analisado posteriormente. O usuário, ao interagir com o meio digital de forma a expor informações privadas e pessoais nas redes, não tem noção das consequências que podem surgir. O compartilhamento de informações em redes sociais, hoje em dia, tornou-se algo comum e muitas vezes ocorre de maneira inconsciente, impulsionado pela familiaridade cotidiana com as plataformas digitais e uma relativa falta de compreensão sobre como esses dados podem ser explorados ou utilizados por terceiros. Essa aparente normalização do compartilhamento cria uma ilusão de trivialidade, quando na realidade está intrinsecamente ligada a complexas questões de privacidade e segurança digital.

3 *Malware* é um termo genérico utilizado para se referir aos softwares maliciosos que são projetados para causar danos a um computador, por exemplo.

4.1 Curtir, compartilhar, comentar

Na grande peça interconectada da era digital, as redes sociais emergiram como o palco onde as narrativas pessoais se entrelaçam com a complexa teia da vida online. A dinâmica da sociedade de exposição parece caracterizar nossa era contemporânea, destacando a interconexão entre o virtual e a crescente necessidade de auto-exposição. Em um cenário onde a linha entre o público e o privado se torna tênue, as redes sociais moldam e são moldadas pela forma como são compartilhadas, relacionadas e construídas as identidades online. Em meio a *selfies*, “postagens”, atualizações de status, testes de personalidade, curtidas, compartilhamentos, comentários e muito mais, explora-se não apenas a facilidade com que se transmite a vida para uma audiência global, sem fronteiras, mas também os desafios intrínsecos relacionados aos riscos dessa exposição. Nesse momento do artigo, se desvendam as complexidades e consequências comportamentais dessa exposição.

Facebook, Instagram, Twitter (agora ‘X’), *TikTok, Youtube, MySpace, LinkedIn*, são inúmeros os meios de ingresso nas redes, e são inúmeras as quantidades de informação, anúncios, imagens e vídeos propagadas nestas, como bem ilustra Han (2022, p. 25) “Ficamos atordoados pela embriaguez de comunicação e informação”. Segundo a agência *We Are Social*⁴ em pesquisa divulgada no ano de 2023, no Brasil, 85% da população está conectada (181 milhões de pessoas). A rede social mais utilizada pelos brasileiros é o WhatsApp (93,4%) e a média mensal que as pessoas passam no aplicativo ultrapassa 28 horas.

No cenário global, também de acordo com a pesquisa realizada pela agência *We Are Social* (2023), o Facebook é a rede social mais utilizada, somando mais de 2,9 bilhões de contas cadastradas e os usuários da internet ao redor do

4 Para mais informações, acessar: <https://wearesocial.com/uk/blog/2023/01/the-changing-world-of-digital-in-2023/>

mundo chegam a 5,16 bilhões, representando 64,4% da população mundial – desses, 4,76 bilhões acessam as redes sociais, representando 59,4% das pessoas no mundo.

Esse compartilhamento das vidas dos usuários online acaba, inadvertidamente, abrindo portas para uma série de riscos que envolvem a privacidade. O que inicialmente parece um simples “curtir”, pode revelar muito mais do que se imagina, principalmente para grandes empresas como a *Meta*, empresa controladora do Facebook. A coleta de dados por empresas e anunciantes transforma momentos íntimos em *commodities* valiosas.

Danilo Doneda, jurista brasileiro especializado em privacidade e proteção de dados, em entrevista concedida à IHU Online, comentou que o que deve ser discutido sobre o uso de dados é cada vez menos a privacidade, e sim a perda de controle sobre aspectos da vida, advertindo:

No momento em que a pessoa que não se importa com a sua privacidade descobre que um plano de saúde nega a contratação porque obteve informações de que ela tem uma determinada condição genética que nem ela mesma sabia que tinha, ou seja, quando as consequências de tratamento de dados afetarem a vida dessa pessoa, possivelmente ela passará a pensar melhor sobre isso (FACHIN, 2018, on-line).

Quando questionado sobre o caso envolvendo o Facebook e a *Cambridge Analytica*, trouxe um apontamento extremamente interessante para a análise: “Quem são os clientes do Facebook? Não sou eu nem você; nós somos usuários. Mas o cliente do Facebook é quem paga para o Facebook, ou seja, o anunciante. Esse acesso pode ser feito de várias formas, como a publicidade.” (FACHIN, 2018, on-line)

Dizer que dados são o novo petróleo não é exagero, mas como petróleo, só possuem utilidade depois de refinados e transformados em algo “útil”. A grande pergunta reside na linha traçada entre expressão pessoal e exposição excessiva. Os riscos criados na rede derivam apenas de seu desconhecimento?

Ou a atuação indevida das grandes empresas é um fator que deve ser levado em consideração? Essas indagações serão respondidas após a análise do caso envolvendo a empresa *Cambridge Analytica*. Aqui, será possível entender como a utilização de redes sociais inseridas no meio ambiente digital conseguem refletir e espelhar os pensamentos trazidos por Ulrich Beck em sua obra, trazendo com clareza perigos, ameaças e riscos inseridos nessa nova modernidade.

5 CASO CAMBRIDGE ANALYTICA E UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE DADOS

O caso envolvendo a empresa de análise de dados *Cambridge Analytica* envolve a utilização indevida de dados pessoais de mais de 87 milhões de usuários do Facebook. A empresa foi criada em 2013 com o financiamento do bilionário e republicano Robert Mercer. Seu objetivo era ter uma ferramenta que permitisse o conhecimento do eleitorado e a possibilidade de influenciar suas decisões em eleições. No comando da empresa estava Alexander Nix, que dirigiu em seu país (Reino Unido) a *Strategic Communication Laboratories* (SCL), uma espécie de empresa parceira da *Cambridge Analytica*.

O ponto de partida remonta ao ano de 2014, quando o professor de psicologia da Universidade de Cambridge, Alexandr Kogan, desenvolveu um aplicativo, em início pensado para fins educativos, chamado “*This is your digital life*”. Kogan recebeu um financiamento da *SCL Elections*, controladora da *Cambridge Analytica* (que, apesar do nome, não tinha conexões com a Universidade que o professor trabalhava) e compartilhou os dados obtidos no aplicativo por meio de sua empresa *Global Science Research* (GSR).

O aplicativo apresentava-se como um teste de personalidade e atraía usuários interessados em descobrir mais sobre si mesmos. Utilizava perguntas aparentemente inofensivas com respostas que variavam entre “muito preciso” ou “muito impreciso”, por exemplo: em uma tela aparecia a frase: “Eu não falo muito” (BRODWIN, 2018, on-line) e o usuário deveria escolher qual opção se enquadrava. Dessas respostas, gerava-se um resultado, que trazia os traços da personalidade de quem o respondia.

Antes de iniciar o teste de personalidade, além de receber um incentivo financeiro, os usuários recebiam uma solicitação para conceder permissões ao aplicativo para acessar seus perfis no Facebook. O aplicativo tinha acesso não somente aos dados do usuário que aceitava essa permissão, mas também de seus amigos adicionados. Ou seja, por mais que a pessoa não tenha participado do “teste”, se alguém do círculo de amizades dela participou, ela seria afetada. Estima-se que cerca de 270 mil usuários da rede social participaram do quiz. No total, foram coletados dados de 87 milhões de pessoas (VENTURA, 2018).

Em 2015, a campanha do senador americano Ted Cruz utilizou em sua campanha dados coletados sem a permissão dos usuários (DAVIES, 2015). Acredita-se que Cruz pagou pesquisadores para ter acesso aos dados da pesquisa realizada pelo aplicativo de Kogan (*This is your digital life*). Mais tarde, em 2016, a campanha de Donald Trump seguiu o mesmo rumo, investindo fortemente em anúncios no Facebook que focassem nas pessoas que foram estudadas minuciosamente. Quase como um bumerangue (aqui, no sentido da palavra, e não no conceito desenvolvido por Ulrich Beck mencionado anteriormente), os dados desses usuários eram enviados, analisados por um time e reenviados para estes como uma mensagem ou anúncio direcionado. As campanhas do *Brexit* (2016) contaram com o mesmo emprego de publicidade direcionada.

Basicamente, o indivíduo afetado não percebia estar fazendo parte desse grande experimento. O candidato que apresentava suas propostas fazia com que o usuário enxergasse o mundo de sua maneira, criando uma polarização dentro das redes. Esse fenômeno, quase imperceptível para o usuário, revela uma manipulação sutil da percepção, onde a informação é moldada para criar uma realidade customizada, fragmentando a coesão social e polarizando opiniões.

O caso ganhou destaque midiático em março de 2018, quando os jornais *The New York Times*⁵ e o *The Guardian*⁶ revelaram detalhes sobre a manipulação

5 Reportagem disponível no link: <https://www.nytimes.com/2018/03/17/us/politics/cambridge-analytica-trump-campaign.html>

6 Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>

de dados feitas pela *Cambridge Analytica*. Os relatórios destacavam não apenas uma extensa coleta de dados, mas também a utilização destes para influenciar algoritmos utilizados pelo Facebook para apresentar conteúdos para os usuários, além da influência que o caso teve nas eleições, em particular, a eleição presidencial dos Estados Unidos em 2016 e o referendo sobre o *Brexit* no Reino Unido.

E como esses dados se “transformaram” em votos? Essa pergunta é respondida pela reportagem do *The Guardian* (HERN, 2018) que entrevistou o ex-funcionário Christopher Wylie, onde explica como funcionava o processo de tratamento de dados na *Cambridge Analytica*. Eram realizadas 120 perguntas para perfilar as pessoas ao longo de cinco diferentes grupos, esse modelo de cinco fatores é chamado popularmente de modelo O.C.E.A.N (GERBER, *et al.*, 2011) e se divide em: Abertura à Experiência, Conscienciosidade, Extroversão, Amabilidade e Neuroticismo. A combinação única de pontuações em cada um dos fatores cria um perfil de personalidade específico para cada indivíduo. Esse modelo, se baseia em quatro pressupostos sobre a natureza humana, quais sejam: a) a existência de traços de personalidade mensuráveis; b) traços que são variáveis entre os indivíduos; c) as causas do comportamento humano estão enraizadas dentro do comportamento individual; e d) as pessoas se entendem e entendem outros, dentro de suas particularidades.

Ainda segundo Wylie, o processo era muito rápido para o usuário, isto é, havia o acesso ao aplicativo e logo após era fornecido o código de pagamento. Atrás das cortinas, muito acontecia nesse curto intervalo de tempo: primeiro, o aplicativo coletava o máximo de dados possíveis sobre o usuário, como o perfil psicológico, dados pessoais (nome, localização e detalhes de contato). Depois, o aplicativo fazia a mesma coisa com todos os amigos adicionados pelo usuário respondendo o teste.

Para transformar todos esses perfis de personalidade em dados que poderiam ser utilizados no direcionamento de publicidade eleitoral, foram construídos 253 algoritmos e cada um deles provia uma previsão dos milhares de registros perfilados. Wylie conta que no final de agosto de 2014, obteve 2,1 milhões de registros perfilados. Esses 253 algoritmos e suas previsões conseguiam

determinar quem receberia que formato de anúncio, dessa forma, os candidatos conseguiam criar uma conexão em um nível “emocional” com seus eleitores.

Em maio de 2018, após divulgação do ocorrido na mídia, a empresa *Cambridge Analytica* entrou com pedido de falência⁷. O “desfecho” do caso nos Estados Unidos se deu em dezembro de 2022, quando a Meta concordou em pagar 725 milhões de dólares (MCMALLUM, 2022) para encerrar a ação coletiva que acusava a *Cambridge Analytica* e o Facebook do vazamento e compartilhamento ilegal de dados.

No Brasil, o caso foi analisado por meio do processo administrativo de nº 08012.000723/2018-19⁸, como representante, estava o Departamento de Proteção de Defesa do Consumidor (DPDC) e como representado, o Facebook Inc. e Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. O caso passou a ser investigado após o conhecimento da notícia sobre o compartilhamento ilegal de dados, em 2018. A decisão do Ministério da Justiça e Segurança Pública foi de multar o Facebook em 6,6 milhões de reais pelo compartilhamento ilegal de dados de ao menos 443.000 usuários brasileiros (ROSSI, 2019). Importante salientar que a decisão do caso foi dada antes da promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados brasileiras, mas que foram levadas em consideração princípios como o da privacidade e boa-fé, caracterizando-se o risco do uso indevido dos dados:

Destarte, não há como tratar de dados pessoais no âmbito das relações de consumo sem considerar a vulnerabilidade do consumidor. Isso porque os dados pessoais, assim como as demais informações obtidas a partir deles, constituem-se em uma representação virtual da pessoa perante à sociedade, ampliando ou reduzindo suas oportunidades no mercado, conforme o seu uso. *O risco do uso indevido*

7 É possível acessar: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/cambridge-analytica-registra-pedido-de-falencia-nos-eua-apos-escandalo-com-facebook.ghml>

8 A nota técnica pode ser acessada em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/nota-tecnica-108.pdf>

de dados coletados e processados ocorre, principalmente, quando o seu tratamento é empregado de forma equivocada ou discriminatória, acarretando a sua classificação e discriminação no mercado de consumo. Isso, por sua vez, enseja por afetar expressivamente o direito do consumidor ao acesso a bens e serviços e as suas oportunidades (BRASIL, 2019) (grifou-se).

Na nota técnica, também se fala sobre a publicidade e remuneração dos fornecedores pelo sistema “*cost per link*”:

Hoje é possível conhecer as preferências dos usuários pelos sites acessados ou mesmo pelas palavras que empregam em mecanismos de buscas, criando-se verdadeiros perfis acerca do cruzamento de dados de conexão. *A remuneração é calculada para os fornecedores que lidam com dados de usuários pelo número de cliques em determinado link (cost per click).* Desta forma, calculam-se os preços dos contratos de publicidade através da estimativa de consumidores em potencial, especificados pelas informações que disponibilizam sobre si. [...] Aliás, a forma com a qual o Facebook opera no mercado virtual caracteriza uma aparente gratuidade dos serviços prestados aos consumidores na Internet, mas que são pagos por anunciantes de produtos e serviços (BRASIL, 2019) (grifou-se).

No cerne do escândalo está a exploração da vulnerabilidade inerente à partilha massiva de dados pessoais na era das redes sociais. A *Cambridge Analytica* não apenas adquiriu dados sem consentimento dos usuários, mas também os utilizou para criar perfis psicográficos detalhados, segmentando os eleitores em categorias específicas. Isso evidenciou o potencial de manipulação política através do direcionamento personalizado de mensagens, desencadeando reflexões sobre os limites éticos e legais na era da informação.

O caso elencado se reflete no meio ambiente digital a partir de uma perspectiva da sociedade de risco quando observados os impactos comportamentais e a exposição nas redes. Milhares de pessoas afetadas, muitas vezes com

seu completo desconhecimento. E mesmo que conhecido, se não respondessem o teste de personalidade e se reservassem da exposição nas redes, se apenas um colega adicionado na rede social o fizesse, já estaria inserido nesse contexto. E aqui, retoma-se a ideia trazida no primeiro capítulo: a miséria pode ser segregada, mas não os perigos trazidos pela inter-relação do ser humano com a rede.

6 DO DIGITAL PARA O REAL: A APROXIMAÇÃO DA SOCIEDADE DE RISCO E A EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA COM O CASO *CAMBRIDGE ANALYTICA*

A teoria formulada por Beck fornece uma estrutura conceitual para entender as complexidades dos riscos caracterizados por serem transtemporais e transfronteiriços, enquanto o caso *Cambridge Analytica* exemplifica as implicações desses riscos no contexto da era digital, particularmente em relação a uma sociedade de exposição e o compartilhamento indevido de dados. Aqui, se evidencia a noção de solidariedade do risco proposta por Beck, onde: “O modelo da sociedade de risco marca, nesse sentido, uma época social na qual a solidariedade por medo emerge e torna-se uma força política.” (BECK, 2010, p. 60). A solidariedade, nesse contexto, não se baseia em interesses ou ideias compartilhadas, mas na percepção de que todos estão sujeitos a riscos similares que demandam cooperação e ação coletiva, referindo-se principalmente a faceta digital do meio ambiente.

Percebe-se ainda a formação do efeito bumerangue, talvez de forma mais tímida, mas ainda presente. Quando as empresas responsáveis são efetivamente julgadas, surge a ameaça ao que é mais valorizado por elas: o lucro. Embora não tenha resultado em uma condenação e tenha sido encerrado por meio de um acordo proposto pelo Facebook, há a percepção de que aquele que produziu os riscos foram alcançados por eles.

Quanto ao aspecto transtemporal e transfronteiriço, o caso elencado traz essas características em sua essência. As informações e dados coletados em 2014

interferiram nas eleições que ocorreram em 2016. Ainda, esse *modus operandi* deixado pela *Cambridge Analytica*, supostamente, é utilizado (ou foi utilizado) em outros países, inclusive no Brasil, na campanha de Jair Bolsonaro em 2018, que utilizou as redes sociais para espalhar desinformação (VILICIC, 2020). Ou seja, os riscos ultrapassam barreiras de tempo e de fronteiras nacionais, desafiando as instituições reguladoras e legislações existentes. Ainda, são abstratos por não ser possível prever seus resultados, como bem demonstrado no caso, seria quase impossível dizer que um simples teste de personalidade realizado de forma descontrainda em uma rede social utilizaria essas informações para coletar dados do usuário, de colegas adicionados na rede, perfilar todo esse conjunto, transformar em publicidade direcionada que voltaria para esses usuários – que reagiriam a publicação, que enviaria mais dados, dados estes transformados novamente, que continuariam nesse ciclo até o resultado desejado pelas empresas responsáveis.

A característica comportamental estudada nesse artigo, exemplifica como o desconhecimento da rede e seu funcionamento contribui para a criação de riscos no meio ambiente digital. Claro, não há como afirmar que o mero desconhecimento em um caso como o *Cambridge Analytica* foi o principal fator de risco, afinal, havia a má-fé e atuação indevida das empresas e pessoas envolvidas no tratamento desses dados. O caso, talvez por sua grande repercussão, possa ter auxiliado de alguma forma para a formação de uma consciência dentro da rede. Uma vez que o usuário entende que está inserido no meio digital, e que esse meio traz riscos como qualquer outro, os riscos decorrentes da autoexposição excessiva começam a ser percebidos. É importante que o usuário consiga observar a formação de bolhas informacionais que segregam a rede e consequentemente trazem anúncios ou conteúdo extremamente direcionados, criando uma polarização social. Entretanto, a percepção do risco dentro da rede pode ser distorcida ou limitada, prejudicando a capacidade da sociedade em se preparar para responder a esses desafios.

Quando inserimos o caso dentro do meio ambiente, aqui em seu conceito amplo, podemos perceber que os riscos se concretizam na forma das eleições e

seus resultados. Usando os Estados Unidos, por exemplo. A eleição de Donald Trump impactou diretamente os regimes de clima (ALBUQUERQUE, 2021), como por exemplo a saída do país do Acordo de Paris sobre mudanças climáticas, em 2017⁹. Ao estudar o conceito de meio ambiente digital, entretanto, percebe-se que não há como realizar essa divisão de riscos em cada uma das esferas, visto que se trata de uma unidade única. Logo, analisar os impactos que o caso envolvendo a *Cambridge Analytica* teve no meio ambiente digital, é analisar os impactos no meio ambiente em toda sua amplitude.

Isto é, ao impactar a segurança e privacidade dos usuários na rede, o caso elencado teve resultados que impactam a vida “real” desses até então usuários. As consequências comportamentais mais uma vez aparecem quando se analisa o quesito do meio ambiente digital. E isso remonta a uma busca por novas formas de lidar com o meio ambiente e suas facetas que surgem com a inserção da tecnologia.

Importante salientar que, segundo Beck, os riscos não se esgotam em efeitos e danos já ocorridos, já que neles existe o componente futuro. Em sua obra, traz o seguinte exemplo:

Um exemplo a partir do laudo ambiental: o comitê que emite o laudo refere-se ao fato de que as altas concentrações de nitrato decorrentes da fertilização com nitrogênio até o momento infiltrou-se pouco ou sequer chegou a se infiltrar nas camadas profundas dos grandes aquíferos subterrâneos dos quais extraímos nossa água potável. Elas, em grande medida, decompõem-se no subsolo. Todavia não se sabe ainda como isto ocorre e por quanto tempo ainda ocorrerá (BECK, 2010, p. 39-40).

Realizando uma analogia do trecho exposto acima com o caso do compartilhamento indevido dos dados, há de se imaginar se os riscos produzidos já se

9 Disponível na reportagem: <https://g1.globo.com/natureza/noticia/trump-anuncia-saida-dos-eua-do-acordo-de-paris-sobre-mudancas-climaticas.ghtml>

esgotaram, ou se neles ainda resta o componente do futuro, imagine-se: os dados utilizados para criação de publicidade direcionada alienou as pessoas de forma que a visão de mundo delas tornou-se viciada pelo conteúdo que consomem. Esse conteúdo, ao ser compartilhado ou curtido, se infiltra em outros usuários com visões igualmente polarizadas, gerando mais publicidade por parte das empresas que estão observando e estudando o fenômeno. Essas opiniões, dentro da rede, expressam-se em épocas de eleição, criando uma perigosa divisão que não leva em conta opiniões contrárias. E é praticamente impossível prever um esgotamento disso, ou por quanto tempo ainda irá ocorrer, uma vez expostos a “fórmula do sucesso” utilizada pela *Cambridge Analytica* em suas campanhas bem-sucedidas, cabe às empresas que lidam com dados, e aos agentes políticos que se utilizam dessas tecnologias perceberem o que estão criando, e como esses riscos podem afetar futuras gerações.

Por último, a *Cambridge Analytica* não é a única empresa a utilizar dados de forma descuidada e imprudente para manipular a opinião dos usuários. O escândalo só tomou as proporções vistas na mídia porque foi descoberto pelos usuários e funcionários da empresa. Não será possível esgotar os exemplos de empresas nesse artigo, por ser uma lista extensa, mas como sede de exemplo, podemos citar a empresa russa chamada *Internet Research Agency* (IRA) que expôs suas publicações para cerca de 126 milhões de usuários durante as eleições presidenciais entre Donald Trump e Hillary Clinton¹⁰. Essas publicações, muitas vezes feitas por contas falsas no Twitter, tinham o objetivo de manipular opiniões para favorecer o candidato republicano.

Finalmente, é possível observar como o caso *Cambridge Analytica* consegue ilustrar os riscos decorrentes do desconhecimento tecnológico e como estes afetam não somente o indivíduo ou usuário praticando a ação, estendendo-se de forma intangível, abstrata, transtemporal e transfronteiriça.

10 Disponível na reportagem: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/24/internacional/1519484655_450950.html

7 CONCLUSÃO

Diante do analisado, é possível extrair que o atual estado de *hiperconectividade* e interdependência do ser humano trazem consequências que afetam o meio no qual está inserido – o meio ambiente digital. No caso específico, em primeiro lugar, buscou-se analisar o caráter comportamental dessas consequências que derivam da utilização e exposição sem o conhecimento do usuário, assim como a má-fé das empresas ao tratar dados. A sociedade de risco de Beck consegue se manter atual e traçar um paralelo entre o fenômeno que ocorre dentro do meio ambiente digital e a efetivação dos riscos, sendo possível demonstrar aspectos da teoria como o efeito bumerangue e uma sociedade de risco que acompanha uma solidariedade emergente.

Em segundo lugar, foi possível entender que o meio ambiente digital não pode ser visto como algo segregado do meio ambiente e que riscos decorrentes das novas tecnologias são riscos ao meio ambiente em seu conceito macro. Foi possível espelhar a teoria da sociedade de risco demonstrada por Beck em sua obra no caso *Cambridge Analytica*, entendendo que os riscos existentes no caso estão presentes na segunda modernidade, comprovando a hipótese desenvolvida de que os riscos abstratos vão além do que se entende por meio ambiente digital, afinal, seus reflexos se dão (e continuarão refletindo no futuro) no meio ambiente como algo indivisível. Por último, a análise do caso tornou possível a evidenciação da aproximação da sociedade de risco e a evolução tecnológica, tornando aparente como a teoria desenvolvida por Beck se espelha nos riscos apresentados.

A sociedade de risco está agora desafiada a repensar as práticas de compartilhamento nas redes sociais, exigir maior transparência e considerar cuidadosamente as implicações de uma exposição digital que, muitas vezes, é tão fácil quanto um clique.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Felipe Leal. **Climate Politics and the Crisis of the Liberal International Order. Contexto Internacional**, [S.L.], v. 43, n. 2, p. 259-282, ago. 2021. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-8529.2019430200002> Acesso em 01 abr. 2024.

BASTOS, Marco; FARKAS, Johan. **“Donald Trump Is My President!”: the internet research agency propaganda machine. Social Media + Society**, [S.L.], v. 5, n. 3, p. 205630511986546, jul. 2019. SAGE Publications. <http://dx.doi.org/10.1177/2056305119865466> Acesso em 01 abr. 2024.

BECK, Ulrich, **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 01 abr. 2024.

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Nota Técnica n.o 108/2019/CSA-SENACON/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ**. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/nota-tecnica-108.pdf> Acesso em 01 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm Acesso em 01 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 130 – Distrito Federal, 2009**. Partido Democrático Trabalhista e Presidência da República. Relator: ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411> Acesso em 01 abr. 2024.

BRODWIN, Erin. **Here's the personality test Cambridge Analytica had Facebook users take.** Insider, 2018. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/facebook-personality-test-cambridge-analytica-data-trump-election-2018-3> Acesso em 01 abr. 2024.

Cambridge Analytica registra pedido de falência nos EUA após escândalo com Facebook. G1, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/cambridge-analytica-registra-pedido-de-falencia-nos-eua-apos-escandalo-com-facebook.ghtml> Acesso em 01 abr. 2024.

CASTELLS, Manuel. **A era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura, Volume I: A Sociedade em Rede.** 6 ed. São Paulo: Ed Paz e Terra. 2005.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos.** São Paulo: Cultrix, 1996. 249 p. Tradução de Newton Roberval Eichenberg.

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas.** São Paulo: Cultrix, 2006.

CAVEDON, Ricardo; FERREIRA, Helene Sivini; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. **O meio ambiente digital sob a ótica da Teoria da Sociedade de Risco: os avanços da informática em debate.** Revista Direito Ambiental e Sociedade, n. 1, v. 5, p. 194-223, 2015.

COUTINHO, Ricardo Silva. **O meio ambiente digital e a tutela dos bens culturais.** Revista Brasileira de Meio Ambiente Digital e Sociedade da Informação, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 221-244, 2014.

DAVIES, Harry. **Ted Cruz using firm that harvested data on millions of unwitting Facebook users.** The Guardian, 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/us-news/2015/dec/11/senator-ted-cruz-president-campaign-facebook-user-data> Acesso em 01 abr. 2024.

DONEDA, Danilo. **Reflexões sobre proteção de dados pessoais em redes sociais.** Revista Internacional de Protección de Datos Personales. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho (Bogotá, Colombia) No. 1 Julho - Dezembro de 2012.

FACHIN, Patrícia. **A regulação de dados pessoais e a perda de controle sobre alguns aspectos da vida. Entrevista especial com Danilo Doneda.** IHU Unisinos, 2018. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/categorias/159-entrevistas/578297-a-regulacao-de-dados-pessoais-e-a-perda-de-controle-sobre-alguns-aspectos-da-vida-entrevista-especial-com-danilo-doneda> Acesso em 01 abr. 2024.

FERREIRA, Helene Sivini. **A dimensão ambiental da teoria da sociedade de risco. Direito Socioambiental e Sustentabilidade: Estado, sociedades e meio ambiente** [livro eletrônico] / organização de Helene Sivini Ferreira e Cinthia Obladen de Almendra Freitas, p. 108-158, Editora Letra da lei, 2016.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. **Risco e proteção de dados pessoais.** Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade, Curitiba, v. 2, n. 4, p. 225-247, 2022.

GERBER, Alan S.; HUBER, Gregory A.; DOHERTY, David; DOWLING, Conor M.. **The Big Five Personality Traits in the Political Arena.** Annual Review Of Political Science, [S.L.], v. 14, n. 1, p. 265-287, 15 jun. 2011. Annual Reviews. <http://dx.doi.org/10.1146/annurev-polisci-051010-111659>.

GRAY, Richard. **The true toll of the Chernobyl disaster.** BBC, 2019. <https://www.bbc.com/future/article/20190725-will-we-ever-know-chernobyls-true-death-toll#:~:text=According%20to%20the%20official%2C%20internationally,result%20of%20the%20radiation%20exposure> Acesso em 01 abr. 2024.

HAN, Byung Chul. **Infocracia: Digitalização e a crise da democracia.** Petrópolis: Vozes, 2022. 107 p. Tradução de: Gabriel S. Philipson.

HERN, Alex. **Cambridge Analytica: how did it turn clicks into votes?.** The Guardian, 2018. <https://www.theguardian.com/news/2018/may/06/cambridge-analytica-how-turn-clicks-into-votes-christopher-wylie> Acesso em 01 abr. 2024.

How Trump Consultants Exploited the Facebook Data of Millions. The New York Times, 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/03/17/us/politics/cambridge-analytica-trump-campaign.html> Acesso em 01 abr. 2024.

KINGSLEY, Jennifer. **A vida segue em Chernobyl, 35 anos após o pior acidente nuclear do mundo.** National Geographic Brasil, 2021. <https://www.nationalgeographicbrasil.com/historia/2021/04/a-vida-segue-em-chernobyl-35-anos-apos-o-pior-acidente-nuclear-do-mundo> Acesso em 01 abr. 2024.

MARS, Amanda. **Como a desinformação influenciou nas eleições presidenciais?** El País, Nova Iorque, 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/24/internacional/1519484655_450950.html Acesso em 01 abr. 2024.

MCMALLUM, Shiona. **Meta settles Cambridge Analytica scandal case for \$725m.** BBC, 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-64075067> Acesso em 01 abr. 2024.

NOWAK, Michael; ECKLES, Dean. **Determining user personality characteristics from social networking system communications and characteristics.** Titular: Meta Platforms Inc. US8825764B2. Depósito: 10/09/2012.

REIS, Rafael Almeida Oliveira. **Diálogos entre sociedade de risco e sociedade Informacional: hiperconectividade e a regulação da Proteção de dados pessoais no brasil.** 2023. 154 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2023.

Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach. The Guardian, 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election> Acesso em 01 abr. 2024.

ROSSI, Marina. **Brasil multa Facebook em 6,6 milhões de reais pelo vazamento de dados no caso Cambridge Analytica.** El País, 2019. Disponível em: <https://>

brasil.elpais.com/tecnologia/2019-12-30/brasil-multa-facebook-em-66-milhoes-de-reais-pelo-vazamento-de-dados-no-caso-cambridge-analytica.html Acesso em 01 abr. 2024.

The changing world of digital in 2023. We are social, 2023. Disponível em: <https://wearesocial.com/uk/blog/2023/01/the-changing-world-of-digital-in-2023/> Acesso em 01 abr. 2024.

TOKARNIA, Mariana. **Brasil é o quinto maior produtor de lixo eletrônico: pesquisa resíduos eletrônicos no Brasil foi divulgada hoje.** Agência Brasil, 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-10/brasil-e-o-quinto-maior-produtor-de-lixo-eletronico> Acesso em 01 abr. 2024.

Trump anuncia saída dos EUA do Acordo de Paris sobre mudanças climáticas. G1, 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/noticia/trump-anuncia-saida-dos-eua-do-acordo-de-paris-sobre-mudancas-climaticas.ghtml> Acesso em 01 abr. 2024.

VENTURA, Felipe. **Como saber se você foi afetado pelo caso Cambridge Analytica no Facebook.** Tecnoblog, 2018. Disponível em: <https://tecnoblog.net/noticias/2018/04/09/facebook-aviso-cambridge-analytica/> Acesso em 01 abr. 2024.

VILICIC, Filipe. **Brittany Kaiser: “Campanha de Bolsonaro usou internet para desinformação”.** Veja, 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/paginas-amarelas/brittany-kaiser-campanha-de-bolsonaro-usou-internet-para-desinformacao> Acesso em 01 abr. 2024.

Submissão: 8.abr.24

Aprovação: 15.abr.24

O ABUSO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA REFORMA DO CONAD: O PODER EXECUTIVO A SERVIÇO DA ADMINISTRAÇÃO MONOLÓGICA

THE ABUSE OF ADMINISTRATIVE DISCRETION IN THE REFORM OF CONAD: THE EXECUTIVE POWER AT THE SERVICE OF THE MONOLOGIC ADMINISTRATION

Doacir Gonçalves de Quadros

Doutor em Sociologia (UFPR). Professor de Ciência Política e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado Acadêmico em Direito) do Centro Universitário Internacional (Uninter).
E-mail: dgquadros2001@yahoo.com.br.

Helio Gustavo Mussoi

Doutorando em Sociologia (UFPR). Mestre em Direito (Centro Universitário Internacional - Uninter).
E-mail: heliomussoi@outlook.com.

Resumo

Este artigo pondera sobre a utilização da discricionariedade administrativa como justificativa para a reforma do Conselho Nacional de Política sobre Drogas (Conad) realizada durante o governo de Jair Messias Bolsonaro (2018-2022). A justificativa desta reflexão está no potencial que ela oferece para se expandir a análise para outros casos semelhantes. Isso ocorre especialmente diante de decisões oriundas do Poder Executivo e que realizam mudanças no desenho institucional dos conselhos gestores visando à captura e o controle estatal destes instrumentos de criação de políticas públicas. Esta reflexão possibilita examinar o aprimoramento da legitimidade democrática dos conselhos como instituições participativas para a sociedade em todos os entes políticos estatais. O método

adotado neste artigo foi analítico-dedutivo realizado a partir da análise teórica da legislação e da literatura sobre o tema. Como resultado identificou-se que o governo Bolsonaro lançou mão da discricionariedade administrativa para limitar a participação da sociedade civil no Conad ao transformá-lo em um órgão governamental e, tal ação sugere que houve a violação de limites democrático-constitucionais quanto à garantia da participação social na gestão pública por meio dos conselhos. Conclui-se que a reforma do Conad realizada pela administração de Bolsonaro, então chefe do Poder Executivo, foi de caráter monológica, distanciando-se do paradigma da administração consensual e dialógica.

Palavras-chave: Administração pública. Administração consensual. Discricionariedade administrativa. Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas. Decreto n. 9.926/2019.

Abstract

This article considers the use of administrative discretion as a justification for the reform of the Brazilian National Drug Policy Council (Conad) carried out during the government of Jair Messias Bolsonaro (2018-2022). The rationale for this reflection lies in the potential to expand the analysis to other similar cases. It occurs mainly in the face of decisions stemming from the executive branch and which make changes to the institutional design of management councils aiming to capture and state control of these instruments to develop public policies. This reflection makes it possible to examine the improvement of the democratic legitimacy of councils as participatory institutions for society in all state political entities. The method adopted in this article was analytical-deductive, based on theoretical analysis of legislation and literature on the subject. As a result, we identified that the Bolsonaro's government used administrative discretion to limit the participation of civil society in Conad by transforming it into a governmental body, and such action suggests that there was a violation of democratic-constitutional limits regarding the guarantee of participation social in public management through councils. We concluded that the reform of Conad carried out by the Bolsonaro

administration, while he was serving as the president, was of a monological nature, distancing itself from the paradigm of consensual and dialogical administration.

Keywords: *Public administration. Consensual administration. Administrative discretion. Brazilian National Drug Policy Council. Decree n. 9,926/2019.*

1 INTRODUÇÃO

O objetivo neste artigo é refletir sobre a discricionariedade administrativa do Poder Executivo a partir das alterações promovidas no governo de Jair Bolsonaro (2018-2022) sobre a composição e o funcionamento do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (Conad).

A política do governo de Jair Bolsonaro em relação aos conselhos gestores federais deu-se em uma conjuntura conflituosa, com uma atuação focada na edição de atos normativos que tiveram como consequência a extinção ou a redução da participação popular nas deliberações dessas instituições participativas (Mussoi; Quadros, 2021; Mussoi; Quadros, 2023). Inicialmente a estratégia adotada pelo governo foi no sentido de extinguir conselhos por meio do Decreto n. 9.759/2019 e do Decreto n. 9.784/2019. A atuação do STF nessa questão teve impacto através da medida cautelar na ADI n. 6121, impedindo a Corte que houvesse a extinção indiscriminada de conselhos previstos em Lei, sob os argumentos de que haveria a violação da separação de poderes e do direito à participação democrática na gestão pública (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2019).

Após esses limites impostos pelo STF, o governo de Jair Bolsonaro na sua gestão passou a promover alterações não mais para extinguir os conselhos, mas esvaziando o potencial deliberativo nestes espaços de representação. E aqui se encontram as mudanças realizadas pela administração federal no Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (Conad) no Decreto n. 9.926/2019, objeto do presente estudo. O governo editou o referido Decreto n. 9.926/2019, remodelando o Conad, bem como extinguiu parcialmente as previsões a respeito do Decreto n. 5.912/2006 como, por exemplo, o número de assentos no Conselho, período de mandato, recondução ao cargo de representação etc.

Dentre as mudanças ocorridas no Conad durante o governo Bolsonaro está a exclusão total das instituições representativas da sociedade civil dos processos deliberativos e decisórios do Conad, conforme indicado por Coelho (2019), Oliveira (2019), Franceschinelli, Maues e Leirner (2021), Moraes, Silva e Frota, (2021), Quintas (2022, p. 87), Costa e Mendes (2023, p. 165). Segundo Mussoi e Quadros (2023), o governo produziu atos normativos para a reforma de conselhos gestores que extrapolavam os limites estabelecidos no Estado Constitucional. Esses atos caminham numa lógica de ampliação de poder e de redução do controle social sobre as políticas públicas por meio dos conselhos. Os autores indicam que essa estratégia do governo é reconhecida como legalismo autocrático e erosão democrática.

De outro lado, em relação às mudanças perpetradas pelo chefe do poder executivo, há o posicionamento de Castro e Gómez (2020) que consideram que as mudanças realizadas no governo Bolsonaro não violam o princípio democrático. Os autores argumentam que poder ser recomendável à participação da sociedade civil nos conselhos de políticas públicas que dizem respeito às drogas, porém não é um direito da sociedade, portanto não é um dever do Estado. Problematisa-se aqui neste artigo a partir da competência discricionária do poder executivo no exercício da função administrativa para compreender: (1) no governo Bolsonaro quais foram as principais mudanças e consequências na estrutura participativa de políticas sobre drogas do Conad; (2) se houve nesse caso o abuso do poder normativo nessa reformulação, ou se a competência discricionária do Chefe do Poder Executivo na regulamentação do desenho institucional desses conselhos permite a reforma nos termos realizados; (3) em que medida a alteração implica no desrespeito à lógica da democratização da administração pública e se aproxima de um paradigma da administração monológica.

Para se atingir o objetivo proposto neste artigo adota-se o método analítico-dedutivo realizado a partir da pesquisa bibliográfica feita sobre a literatura e a legislação consultadas sobre o tema. A primeira seção deste artigo discorre sobre a reforma no Conad com o intuito de estabelecer os vieses das alterações promovidas

pelo governo de Jair Bolsonaro sobre o funcionamento e sobre a composição deste conselho gestor. A partir da Constituição Federal de 1988 a posteriori abordam-se algumas noções gerais sobre a competência discricionária no exercício da função administrativa. Finaliza-se o artigo argumentando sobre o uso indevido da competência discricionária pelo poder executivo do então presidente Bolsonaro na reforma do Conad, e como tal ação pode caracterizar a respectiva administração pública como monológica e não consensual.

2 A REFORMA DO CONAD VIA DECRETO N. 9.926/2019

O tema da política de drogas no Brasil é um assunto polêmico e não diferente durante o governo de Jair Bolsonaro. Segundo apontam Mattos (2019, p. 37-38) e Fábio (2019), no Decreto n. 9.761/2019 do presidente Jair Bolsonaro foi aprovada uma reforma na Política Nacional sobre Drogas, na qual foram realizadas alterações consideráveis quando comparado com o modelo de políticas anteriormente vigente, como, por exemplo, o término da política de redução de danos e o favorecimento da política de abstinência. Com destaque que para Figueiredo e Quadros (2021, p. 70), a política criminal de drogas brasileira tende sempre a ser transgressora de direitos fundamentais garantidos pela Constituição de 1988.

Em especial sobre o Conad, observa-se que este conselho apresenta historicamente um extenso desenvolvimento legislativo até chegar ao desenho institucional criado no governo Bolsonaro. Inicialmente era intitulado como “Conselho Federal de Entorpecentes”, nos termos das Leis n. 7.560/1986 e n. 8.764/1993. Depois, conforme cartilha da Secretaria Nacional de Cuidados e Prevenção às Drogas Ministério da Cidadania, ele foi reorganizado e transformado em “Conselho Nacional Antidrogas” pela Medida Provisória n. 1.669/1998 (Brasil. Ministério da Cidadania, 2020, p. 8). A nomenclatura de Conselho Nacional Antidrogas – aqui já utilizando a sigla Conad –, foi mantida na vigência do Decreto n. 3.696/2000 que reestruturou e previu como um órgão normativo e de deliberação coletiva integrante do Sistema Nacional Antidrogas (Sisnad), conforme o art. 3º,

caput e inciso I, e o art. 4º do mencionado decreto. Posteriormente, com a Lei n. 11.343/2006 se passou a tratar do Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas (Sisnad) com breves menções sobre o Conad. Na sequência adveio o Decreto n. 5.912/2006 que manteve a descrição do Conad como um órgão normativo e de deliberação coletiva do Sisnad, nos termos do art. 2º, I. Este último ato normativo de organização do conselho perdurou de 2006 até a edição do Decreto n. 9.926/2019. Mais recentemente houve nova reestruturação no Conad através do Decreto n. 11.480/2023.

Para aferir quais foram as principais mudanças realizadas pelo governo Bolsonaro no Conad, a seguir elencam-se alterações no órgão e proveniente do ato normativo editado (Decreto n. 9.926/2019) pelo governo Bolsonaro. Para facilitar a compreensão sobre as alterações compara-se conteúdo deste decreto com o imediatamente anterior, o Decreto n. 5.912/2006. Tal análise será permeada com as considerações dadas pela literatura que abordou por meio desses decretos as mudanças no conselho.

Uma primeira alteração no Conad foi à redução do número de assentos do colegiado, diminuindo de 30 conselheiros como previa o art. 5º do Decreto n. 5.912/2006 e passou para 14 com o art. 3º do Decreto n. 9.926/2019. A redução de assentos no Conad impactou a representação de diversas entidades técnicas no conselho – inclusive da administração indireta como os conselhos profissionais. E, também tal redução atingiu a participação no conselho de entidades da sociedade civil como, por exemplo, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Conselho Federal de Medicina (CFM), Conselho Federal de Psicologia (CFP), Conselho Federal de Serviço Social (CFESS), Conselho Federal de Enfermagem (COFEN), Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC) e União Nacional dos Estudantes (UNE). Pode-se presumir que nesta reformulação no número de assentos no Conad retirando a possibilidade de participação de entidades da sociedade civil e técnica afeta e também impossibilita um debate plural sobre as políticas públicas e as drogas.

Em relação à retirada dos assentos de representantes de diversos setores sociais na composição do Conad, conforme apontou Coelho (2019), o Conselho se tornara essencialmente composto apenas por representantes da administração federal e de dois conselhos estaduais antidrogas. Oliveira (2019) chama a atenção ao fato de que se antes havia 13 (treze) conselheiros representantes de setores da sociedade civil no Conad. Após as modificações realizadas pelo Decreto n. 9.926/2019 a participação de setores da sociedade civil passou a depender de que o membro integrante dos conselhos estaduais antidrogas também fosse representante da sociedade civil e não agentes públicos do governo estadual. A partir dessa consideração de Oliveira é possível afirmar que o Conad ficou numa linha tênue entre ser um conselho gestor com escassa participação de setores da sociedade civil ou então um conselho governamental em sua totalidade. Para Franceschinelli, Maués e Leiner (2021) essa alteração no Conad evidenciou uma estratégia governamental de alteração nos conselhos gestores instituídos por Lei, modificando a composição para reduzir o poder deliberativo e de controle.

Ademais, ao reduzir os representantes de diversos setores sociais da composição do Conad, o governo atinge a literalidade da Lei n. 11.343/2006 que trata do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad. O art. 8º-D, incluído pela Lei n. 13.840/2019 e sancionado pelo Presidente Jair Bolsonaro elenca os objetivos do Plano Nacional de Políticas sobre Drogas e o inciso II descreve que um deles é “viabilizar a ampla participação social na formulação, implementação e avaliação das políticas sobre drogas”. Com efeito, o poder executivo teria o poder de vetar o referido trecho no momento pertinente do processo legislativo, mas posteriormente com a criação do Decreto n. 9.926/2019 agiu frontalmente contrário à lei em sentido formal e a hierarquia normativa.

Outra questão prejudicial a uma participação plural no Conselho reside no fato de que antes do Decreto n. 5.912/2006, o art. 6º estabelecia um mandato de 2 anos para os conselheiros e era permitida a possibilidade de uma recondução. Todavia, o Decreto n. 9.926/2019 revogou o respectivo dispositivo, não dispondo acerca do período de mandato e da viabilidade de recondução. Isso pode ser

atribuído à composição de apenas conselheiros do setor público federal e estadual. A composição do Conad também sofreu alterações quanto à participação de representantes das entidades da Federação. Enquanto no Decreto n. 5.912/2006 o art. 5º, V assegurava assentos para os conselhos estaduais sobre drogas, indicados pelo Presidente do Conad, o Decreto n. 9.926/2019, através do art. 3º, VI e VII, passou a se dar tanto por representantes dos referidos conselhos estaduais como também de órgãos estaduais de políticas sobre drogas.

Inclui-se também a alteração relacionada à omissão do convite ao Ministério Público Federal (MPF) para participar como observador e sem direito a voto e que estava previsto no art. 11, parágrafo único do Decreto n. 5.912/2006. No entanto, não houve qualquer disposição semelhante no Decreto n. 9.926/2019.

O voto de qualidade do Presidente do Conad em caso de empate nas deliberações originalmente presente no art. 9º do Decreto n. 5.912/2006, que à época era presidido pelo Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, conforme o art. 5º, I do mesmo decreto, manteve-se no Decreto n. 9.926/2019, no art. 4º, §3º. A diferença é que, segundo o art. 3º, I, do Decreto n. 9.926/2019, a Presidência do Conad, e, por decorrência, a possibilidade do exercício do voto de qualidade, caberia ao Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública.

Durante a vigência do Decreto n. 5.912/2006, o art. 11 permitia que o Presidente do Conad instituísse grupos técnicos. Entretanto, o Decreto n. 9.926/2019 trouxe uma alteração significativa ao vedar completamente a possibilidade de criação de subcolegiados no art. 12. Assim, o Conad passou a contar apenas com dois subcolegiados regularmente instituídos e desempenhando funções não decisórias e meramente de assessoramento no âmbito do Conad: a Comissão Bipartite e o Grupo Consultivo, previstos nos artigos 6º e 7º, respectivamente, do Decreto n. 9.926/2019.

Anteriormente, o Decreto n. 5.912/2006 não previa a frequência das reuniões ordinárias. Contudo, o regimento interno anterior (Portaria n. 473/2014) estabelecia no art. 14, I, a realização de quatro reuniões anuais (Brasil. Ministério da Justiça, 2014). Porém, no Decreto n. 9.926/2019 essa previsão foi modificada

no art. 4º, para uma reunião por semestre. Assim, na comparação observa-se uma redução na quantidade de reuniões ordinárias programadas.

Por fim, merece destaque também dentre as alterações a restrição na divulgação das deliberações em curso, conforme posto no art. 11 do Decreto n. 9.926/2019. Tal disposição conferiria poder discricionário aos Ministros de Estado da Justiça e Segurança Pública e de Estado da Cidadania na divulgação e acesso das informações em discussão no Conselho. Tal alteração sugere uma limitação para a sociedade na transparência pública da agenda política debatida no Conselho, de modo a limitar o controle da sociedade sobre a criação de políticas públicas acerca das drogas. A transparência na gestão pública é salutar no Estado Democrático ao promover a clareza e o controle sobre as ações dos governantes eleitos pelo voto popular. Logo, a legitimidade democrática do Conad depende da fiscalização da sociedade acerca das discussões que ocorrem no interior do Conselho e, para tanto, é saudável a publicidade dos trabalhos realizados no conselho.

3 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E OS REGULAMENTOS DO ART. 84, VI, ALÍNEA “A”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

3.1. Noções gerais sobre a discricionariedade administrativa

A função administrativa é uma das três funções do Estado em paralelo à legislativa e à judicial. Tem como pressuposto básico a competência discricionária ou discricionariedade administrativa. Esse fenômeno é que confere a esfera de poder estatal a independência em relação às demais funções (Pires, 2021, p. 166-167). A atividade administrativa tem como pilares a observância dos fundamentos e limites do sistema jurídico, devendo estar intrinsecamente relacionada aos princípios do Estado de Direito e da ordem constitucional. A Constituição brasileira de 1988 prevê que o poder emana do povo e que o poder exercido pelo administrador advém da legislação (a qual é simbolicamente expressão do poder do povo). Com efeito, a atividade administrativa deve perquirir os objetivos orientados pela lei (Bandeira de Mello, 2017, p. 49-54).

Considerando que a função administrativa tem condição antecedente a imprescindível subordinação à lei (leia-se, ao sistema jurídico), o poder discricionário da administração pública em verdade deve ser considerado como um “dever discricionário” de atuação. Isto é, de buscar o alcance da finalidade legal. No entanto, predomina atualmente a concepção da discricionariedade como um “poder” (Bandeira de Mello, 2017, p. 15-16). A discricionariedade pode ser conceituada como:

[...] a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente (Bandeira de Mello, 2017, p. 48).

Porém, atualmente a literatura afirma que a concepção da discricionariedade administrativa caminha no sentido de uma técnica decisória estatal – para qualquer dos poderes que estejam no exercício da função administrativa – a qual restringe a liberdade das escolhas políticas. Isto porque, a legitimidade da discricionariedade administrativa está atrelada no dever de que sejam considerados de princípios constitucionais, direitos fundamentais, a proporcionalidade, a boa-fé etc. Portanto, contemporaneamente não se admite que a discricionariedade seja absoluta e ilimitada (Marrara, 2012, p. 210-212).

Assim, a atuação da autoridade pública só é legítima quando se encontra nos parâmetros conferidos pelo sistema jurídico, de modo que não há competência para a violação do princípio da legalidade ou dos valores consagrados no Estado Democrático de Direito (Flores, 2014, p. 387). Com efeito, a discricionariedade é um verdadeiro dever de agir conforme as normas constitucionais e legais (Madalena; Vedana, 2020, p. 523). Deste modo a discricionariedade e o Estado Constitucional

são compatíveis entre si, haja vista que, ao mesmo tempo que há ainda o espaço a decisão no exercício da função administrativa, as escolhas devem estar pautadas pela observância dos parâmetros normativamente estabelecidos da Constituição e das leis (Cademartori; Oliveira, 2016, p. 180).

Assim, no atual contexto da constitucionalização e evolução do direito administrativo não são mais aceitos os atos considerados como de “soberania” ou tão-somente “políticos”. Nesse sentido, é imperioso o aprimoramento do controle valorativo acerca do poder discricionário, que passa a ser considerado não apenas como uma liberdade de escolha, mas sim como uma competência administrativa vinculada ao direito fundamental à boa administração (Freitas, 2015, p. 118).

Em resumo, a discricionariedade não é absoluta no Estado Democrático de Direito. Haja vista que as normas constitucionais e legais são limites e restrições ao exercício desse poder (ou dever). Se essa competência segundo a doutrina já esteve configurada num espaço de ampla capacidade de escolhas por parte do governante e pautada na conveniência e oportunidade do mérito administrativo, o desenvolvimento do debate teórico mostra que hoje a Constituição, os direitos fundamentais e o sistema jurídico operam de modo a colocar freios e limites na discricionariedade.

3.2. Há limites para a discricionariedade na organização da estrutura administrativa pelo chefe do Poder Executivo?

A discricionariedade administrativa está presente nos regulamentos administrativos. Nesse sentido, nas palavras de Pires (2020, p. 203): “[...] no exercício da competência discricionária, em realização da função administrativa, é possível que a escolha, dentre a pluralidade de decisões legítimas, seja feita e externada por um regulamento”.

Nesta reflexão, a principal norma constitucional é o art. 84, VI, alínea “a”, da Constituição de 1988, que segundo a doutrina é uma exceção à disciplina geral ou regime jurídico dos regulamentos administrativos. Trata-se de um dispositivo

que atribui competências restritas ao Presidente da República. Basicamente o possibilita adaptar a organização dos órgãos federais criados anteriormente por lei na estrutura administrativa. Além disso, prevê a possibilidade de alteração de algumas, mas não de todas as atribuições destes órgãos, pois seria o mesmo que promover a extinção deles (Bandeira de Mello, 2014, p. 350-351).

Vale registrar que a organização da estrutura administrativa estabelecida no referido art. 84, VI, alínea “a”, da Constituição pode ser enquadrado como uma competência que se materializa num ato político, haja vista que tem diretamente como alicerce a norma constitucional. Nesse contexto, de acordo com Pires (2020, p. 303-305), os atos políticos são aqueles que extraem o fundamento diretamente da Constituição (federal ou estadual) e não das outras normas do ordenamento jurídico. O autor acompanha o posicionamento doutrinário que considera equivocada a divisão entre a função política – e, por decorrência, os atos políticos – separada das outras funções estatais.

Tais atos apresentam a característica da discricionariedade administrativa e como em qualquer ato administrativo, poderá haver a ponderação com base na teoria dos princípios e o controle de seus elementos e pressupostos.

Nesse sentido:

De tal sorte, a liberdade que é outorgada à Administração Pública, sobretudo ao mais alto escalão – a quem é competente para a edição de atos políticos, como o chefe do Executivo e seus ministros ou secretários –, mesmo com a possibilidade de emitir atos com fundamento imediato em normas constitucionais, consiste, estruturalmente, na mesma liberdade possível que se reconhece a qualquer outro ato administrativo (Pires, 2020, p. 304).

Nesse contexto, em seu voto o Min. Roberto Barroso do STF e relator da ADPF n. 622 – a qual tratou das modificações Conanda – afirmou que é da competência discricionária do Presidente da República o exercício da gestão da Administração Pública Federal, o que inclui o papel de conferir o arranjo da

organização e funcionamento dos órgãos federais. Não obstante, enfatiza que a discricionariedade do Chefe do Poder Executivo não se dá de maneira absoluta, mas está limitada pelas normas constitucionais e legais. Ademais, o controle realizado pelo Poder Judiciário nesses casos deve se dar de maneira ocasional em face da separação de poderes (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2021a, p. 16-17). A respeito da temática, constou de maneira expressa na ementa da referida ADPF n. 622 que “A estruturação da administração pública federal insere-se na competência discricionária do Chefe do Executivo federal. Entretanto, o exercício dessa competência encontra limites na Constituição e nas leis, e deve respeitá-las” (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2021a, p. 2).

Esta norma extraída da decisão realizada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 622, no caso do Conanda, é importante precedente para a reflexão a seguir acerca do controle jurisdicional das reformas via regulamentos administrativos realizadas em órgãos como o Conad.

4 O USO INDEVIDO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA COMO JUSTIFICATIVA PARA A REFORMA DO CONAD

Cumprir destacar conforme alerta Madalena e Vedana (2020, p. 544-547, 550), que a discricionariedade no Brasil é corriqueiramente usada para legitimar escolhas não republicanas e interesses próprios da autoridade. O que contraria indubitavelmente, como indicado anteriormente neste artigo, à legalidade, a constitucionalidade e o Estado Democrático.

Em especial sobre das, alterações no Conad promovidas pelo Decreto n. 9.926/2019, em janeiro de 2021 o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6.659. Os dispositivos questionados do Decreto n. 9.926/2019 foram os artigos 3º (composição do Conad) e 14, I (que revogou dispositivos do Decreto n. 5.912/06) (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2021b). Ao prestar informações na mencionada ação, a Presidência da República, citando o art. 84, VI, alínea “a” da Constituição

argumentou a existência de competência normativa do Presidente da República para poder “[...] configurar a estrutura administrativa de maneira que julgar mais eficiente [...]” (Brasil. Advocacia Geral da União, 2021a, p. 6).

Nesse mesmo sentido, a Advocacia Geral da União (AGU) manifestou-se na mesma ADI n. 6.659, afirmando que a organização dessa estrutura administrativa participativa do Estado brasileiro estaria no rol de competências discricionárias do Presidente da República. Segundo a AGU, a atividade de “[...] organização administrativa é matéria essencialmente discricionária, cuja maleabilidade é indispensável para que se possa alcançar o interesse público” (Brasil. Advocacia Geral da União, 2021b, p. 9). O argumento utilizado para justificar seriam tanto as mudanças de contexto desde a instituição do conselho, quanto à pluralidade de concepções políticas que integram o Executivo ao longo dos anos.

Com efeito, verifica-se de o acordo com a Presidência da República e a AGU que a discricionariedade do Presidente da República na edição de atos normativos referentes à organização da estrutura administrativa foi utilizada à época pelo governo como um instrumento para justificar as alterações no Conad. Este argumento governamental baseia-se numa visão que não enxerga limite a discricionariedade administrativa do Executivo. No entanto, neste artigo a arrazoa-se que ela se mostra incompatível a ordem constitucional, ao Estado Constitucional brasileiro, e ao precedente julgado pelo STF na ADPF n. 622 como tratado na seção anterior.

Há um intenso vínculo entre o direito e a política através do conceito dediscricionariedade administrativa. Essa relação pode ser ilustrada na abstrata noção de mérito administrativo, que é frequentemente percebido como um espaço alheio à previsibilidade das ações exigidas pelas normas constitucionais e a fiscalização jurídica. O mérito administrativo é muitas vezes utilizado pelo governante com tendências a práticas autoritárias como mecanismo para escapar do controle e conduzir aos estados de exceção (Pires, 2021, p. 166-170). Esta perspectiva interage também com a literatura que trata do legalismo autocrático e da erosão democrática na medida em que mostra o uso estratégico que governantes autoritários fazem

do direito para minar as bases do Estado Constitucional e Democrático de Direito (Corrales, 2015; Freeman, 2018; Ginsburg e Huq, 2018; Landau, 2021; Scheppele, 2018). Com efeito, a própria discrecionariedade administrativa pode ser utilizada como um instrumento jurídico para justificar a adoção de atos com uma visão enviesada, conferindo margem para as obstinações de governantes autocratas. De modo que se trata de uma ferramenta jurídica para escapar dos controles sociais e ampliar o Poder Executivo e se alinhando com a teoria do legalismo autocrático.

Dentre os vícios apontados por Marrara (2012, p. 222) é o mau uso da discrecionariedade que se materializa em duas hipóteses: (1) no caso de atos pautados por razões pessoais e para perseguir administrados, assim estando a depender do caso o motivo, a finalidade e a razoabilidade viciadas; (2) no caso de atos que têm como justificativa fatos falsos ou desvirtuados, utilizados pela autoridade como fundamento que permita uma determinada decisão. Este mau uso da discrecionariedade está presente nas justificativas utilizadas pelo governo Bolsonaro e AGU para as alterações do Conad.

Merece destaque o comentário do presidente Bolsonaro destacado pelo Portal de Notícias G1, quando perguntado o que o motivou a fazer as alterações realizadas nos conselhos gestores. E, segundo o então presidente “nós queremos enxugar os conselhos, extinguir a grande maioria deles para que o governo possa funcionar. Não podemos ficar reféns de conselhos, muitos deles [ocupados] por pessoas indicadas por outros governos” (G1, 2019). Além disso, na data em que publicou o Decreto n. 9.926/2019, o Presidente postou no seu perfil na rede social X (twitter) que:

Há décadas a esquerda se infiltrou em nossas instituições e passou a promover sua ideologia travestida de posicionamentos técnicos. O decreto que assinei hoje extingue vagas para órgãos aparelhados no Conselho Nacional sobre Drogas e acaba com o viés ideológico nas discussões (Bolsonaro, 2019).

Ambas as falas do Presidente sugerem que o Conad estaria sofrendo na sua composição interna a influência de seus adversários políticos pertencentes ao espectro da esquerda política. Presume-se pelos comentários do Presidente que as deliberações no Conad estariam contaminadas pelo “viés ideológico” e o governo por meio do decreto estaria extinguindo os opositores ao seu governo. Como se mostrou neste artigo, as alterações promovidas pelo decreto editado pelo governo Bolsonaro impactou diretamente na restrição da participação efetiva de representantes de diferentes entidades profissionais e de setores sociais da sociedade civil. Dentre as entidades estão, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o Conselho Federal de Medicina (CFM), o Conselho Federal de Psicologia (CFP), etc. É problemático generalizar que as atuações destas entidades, sobretudo as de caráter técnico, sejam orientadas por uma ideologia política, em especial o ativismo da esquerda política. É possível presumir, por exemplo, que em relação à exclusão das entidades técnicas da composição do Conad tal decisão faça parte de uma forma de administração do Presidente que subestima a expertise do conhecimento técnico.

5 A MUDANÇA DE PARADIGMA DA ADMINISTRAÇÃO MONOLÓGICA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL

Para Giovanni e Nogueira (2018, p. 29) uma cultura política participativa confere valor tanto às contribuições da sociedade quanto ao papel do poder público. E, tal cultura amplia-se à medida que se consolida a democratização da administração pública. Nesse sentido, Loureiro e Moreira (2014, p. 477) asseveram que no contexto brasileiro advindo desde a redemocratização, há uma exigência social em um nível cada vez mais acentuado de participação social e transparência na administração pública.

O avanço qualitativo da concepção democrática rumo a um paradigma administrativo mais participativo/deliberativo pode ser representado pela categoria da administração consensual (*soft administration*). É entendida como uma mudança na atitude administrativa do Estado, o qual passa a restringir o número

de decisões unilaterais por atos administrativos impositivos e passa a adotar uma postura que favoreça a deliberação por meio da participação de outros atores no processo decisório (Faleiros Júnior, 2017, p. 71).

Assim, a perspectiva da administração consensual se contrapõe à da administração monológica, a qual impõe obrigações pela autoridade estatal e resiste ao uso de procedimentos decisórios que incluem a participação de setores da sociedade civil nas decisões estatais. Segundo Oliveira e Schwanka (2009, p. 320) historicamente observam-se a passagem de uma gestão administrativa estatal monológica/ autoritária relacionada ao modelo da unilateralidade do ato administrativo para uma gestão administrativa democrática aberta e vinculada à bilateralidade/multilateralidade dos acordos administrativos.

Nesse sentido, a ampliação da participação (governança) na administração pública confere legitimidade democrática para a tomada de decisão (Frey, 2004, p. 123). Nesse entendimento, está implícita a ideia sobre a necessidade da superação do sistema administrativo de caráter ineficiente/burocrático pautado pela lei administrativa para outro tipo vinculada a observância de direitos fundamentais como o da participação popular na gestão estatal para materializar as vontades sociais (Faleiros Júnior, 2017, p. 82-86).

Amiúde no plano teórico, a administração pública no Estado Social e Democrático de Direito tem como pilares o consenso e diálogo. O poder estatal é descentralizado permitindo espaços institucionalizados para a participação popular e para a fiscalização sobre as atividades estatais (Mazzali, 2009, p. 193). Destarte, no Brasil as experiências de descentralização do poder estatal vêm sendo ampliadas a partir da Constituição de 1988 (Moreira Neto, 1992, p. 123-124). E, dentre tais experiências, estão os conselhos gestores, como no caso do Conad.

No trabalho constituinte de 1988 estava em pauta a democratização da administração pública brasileira e a superação do modelo deficitário segmentado e excludente com que as políticas públicas eram implementadas no Brasil (Raichelis, 2018, p. 175-176). Com efeito, é a partir da Constituição de 1988 que se altera a lógica da construção das políticas públicas entendidas como instrumentos para a

solução de problemas públicos que afetam uma coletividade. A criação e implementação de políticas públicas não deve ser restrita a decisão dos representantes eleitos, mas também deve partir da participação popular (Parziale, 2020, p. 263, 266). No Brasil os conselhos gestores de políticas públicas fazem parte de um contexto de conquistas sociais para a ampliação da articulação plural na esfera pública, tendo como fundamento a importância da atuação popular na gestão estatal (Ribas; Meza, 2018, p. 49). Os conselhos gestores setoriais conferem legitimidade democrática para a construção das respectivas políticas públicas, indo em direção contrária à cultura administrativa monológica (Raichelis, 2018, p. 175-178).

O caráter participativo e deliberativo dos conselhos gestores de políticas públicas se alinha a lógica da administração consensual que é peculiar a um Estado Democrático não no seu viés representativo, mas deliberativo. Os conselhos gestores de políticas públicas ao permitir nos processos decisórios internos a participação de diferentes grupos e setores sociais estão conferindo legitimidade democrática para a tomada de decisões da administração pública. Em sentido contrário apontam as evidências coletadas neste artigo frente às alterações provocadas no Conad e oriundas pelo Decreto n. 9.926/2019. Há um movimento de limitação da participação e de controle social restringindo a tomada de decisão no Conad aos gabinetes governamentais em detrimento ao envolvimento de setores da sociedade.

O paradigma da administração consensual e não monológica impõe que as decisões referentes à manutenção e a organização dos conselhos gestores sejam voltadas para o consenso. A reforma do Conad deu-se em sentido oposto e ilustra uma situação em que o poder de discricionariedade administrativa do Executivo viola os princípios, valores e parâmetros democráticos consagrados na Constituição Federal de 1988.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo neste artigo foi propor uma reflexão sobre a discricionariedade administrativa do Poder Executivo a partir das alterações promovidas no

governo de Jair Bolsonaro (2018-2022) sobre o Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (Conad).

Argumentou-se neste artigo que a reforma do Conad na sua composição e no funcionamento suprimiu a participação efetiva de setores da sociedade civil, transformando-o em um conselho governamental. Dentre as principais mudanças realizadas apresentadas aqui estão a: (a) redução do número de assentos do colegiado, especialmente com a eliminação da participação de conselhos profissionais e de outras entidades da sociedade civil; (b) impossibilidade de criação de subcolegiados, grupos de trabalho e similares no Conad; (c) vedação do acesso à informação ao conferir discricionariedade ao Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública e do Ministro de Estado da Cidadania para autorizar ou não a divulgação/publicidade das discussões em curso.

Destacou-se aqui que, em se tratando da competência discricionária da autoridade estatal, a doutrina alerta para importância do estabelecimento de limites ao exercício desse poder. Em face aos limites consagrados presentes na Constituição de 1988 não se pode falar em um espaço de absoluta liberdade para a autoridade pública pautar as suas decisões. Tal premissa, é válida inclusive nos regulamentos administrativos e especialmente no art. 84, VI, alínea “a” da Constituição, o qual estabelece a competência do Presidente da República para dispor acerca da organização da estrutura administrativa dos órgãos federais. O Chefe do Poder Executivo deve ter observância à ordem constitucional ao justificar e fundamentar a alteração no desenho institucional dos conselhos gestores federais, como no caso do Conad.

Além disso, a norma extraída da ADPF n. 622 referente às alterações em outro Conselho (Conanda) e realizadas pelo Decreto n. 10.003/2019 implicaria no dever dos poderes políticos e o Judiciário observarem esses mesmos fundamentos no caso do Conad. No entanto, apesar da tese fixada no precedente possuir caráter genérico e aplicável em outros casos semelhantes, tratou-se de uma decisão casuística referente a um conselho específico. Nesse sentido, o Conad permaneceu com as mudanças realizadas durante toda a gestão do governo Bolsonaro apesar da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6.659 proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). A revogação e reestruturação do Conad ocorreram somente com a edição do Decreto n. 11.480/2023, após o governo Bolsonaro.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BOLSONARO, Jair Messias. **Jair M. Bolsonaro@jairbolsonaro**. Não paginado. 22 jul. 2019, 18h42min. Disponível em: <https://twitter.com/jairbolsonaro/status/1153420010200731649>. Acesso em: 24 jan. 2021.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.659**. 2021b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755134159&prcID=6083197#>. Acesso em 5 out. 2021.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Informações n. 00017/2021/CONSUNIAO/CGU/AGU**. 2021a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755064486&prcID=6083197#>. Acesso em 5 out. 2021.

BRASIL. Ministério da Cidadania. **Secretaria Nacional de Cuidados e Prevenção às Drogas**. 11 perguntas para você conhecer a legislação sobre drogas no Brasil. Florianópolis: SEAD/UFSC, 2020. Disponível em: https://www.gov.br/cidadania/pt-br/noticias-e-conteudos/publicacoes-1/desenvolvimento-social/cartilha_11-perguntas-para-voce-conhecer-a-legislacao-sobre-drogas-no-brasil.pdf. Acesso em 14 out. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria n. 473, de 27 de fevereiro de 2014. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 53, 28 fevereiro 2014. Disponível em: http://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/899/3/PRT_GM_2014_473.pdf. Acesso em 12 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.659**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2021b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6083197>. Acesso em: 9 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 622**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2021a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5774611>. Acesso em: 9 mar. 2021. P. 16-17.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.121**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341826697&ext=.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2020.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; OLIVEIRA, Vitória Cristina. Constitucionalização do Direito Administrativo e a sindicabilidade do ato discricionário. **REI – Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 168-191, 2016. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/38>. Acesso em 30 out. 2021.

CASTRO, Stephany; GÓMEZ, Gabriel. Brasil bajo Bolsonaro: contrastes a la luz de la Democracia Liberal. In: CHAGUACEDA, Armando; DUNO-GOTTBERG, Luís (Coords.). **La derecha como autoritarismo en el siglo XXI**. Buenos Aires: Fundación Cadafal, 2020.

COELHO, Gabriela. Bolsonaro esvazia Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas, e OAB perde vaga. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 jul. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-22/oab-excluida-conselho-nacional-politicas-drogas>. Acesso em 12. fev. 2021.

CORRALES, Javier. Legalismo autocrático na Venezuela. **Journal of Democracy em Português**, p. 1-24, vol. 4, n. 2, out. 2015. Disponível em: http://plataforma-democratica.org/Arquivos/JD-v4_n2_01_Legalismo_autocratico_na_Venezuela.pdf. Acesso em 24 mar. 2024.

COSTA, Pedro Henrique Antunes da; MENDES, Kíssila Teixeira. O Fundo Nacional Antidrogas (FUNAD) e a contrarreforma psiquiátrica. **Argumentum**, v. 15, n. 3, p. 156–170, 2023. DOI: 10.47456/argumentum.v15i3.39919. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/argumentum/article/view/39919>. Acesso em: 10 dez. 2023.

FÁBIO, André Cabette. O que Bolsonaro alterou na Política Nacional sobre Drogas. **Nexo Jornal**, 17 abr. 2019. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2019/04/17/O-que-Bolsonaro-alterou-na-Política-Nacional-sobre-Drogas>. Acesso em 06 out. 2021.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A Administração Pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 2, p. 69-90, 2017. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/131126>. Acesso em: 22 maio. 2021.

FIGUEIREDO, Daniel José de; QUADROS, Doacir Gonçalves de. Política criminal de drogas: afronta a direitos fundamentais e desproporcionalidade sob o argumento de proteção à saúde. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 9, n. 1, p. 57-72, abr. 2021. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/6521>. Acesso em 22 mai. 2021.

FLORES, Carlos Arruda. Parâmetros para o controle judicial da discricionariedade administrativa. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 9, n. 1, p. 382-406, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5760/3137>. Acesso em: 01 nov. 2021.

FRANCESCHINELLI, Milena; MAUES, Babi; LEIRNER, André. Transconselhos: retomar luta por democracia participativa. **Outras Palavras**, 27 jan. 2021. <https://outraspalavras.net/crise-brasileira/transconselhos-retomar-luta-por-democracia-participativa/>. Acesso em 12 fev. 2021.

FREEMAN, Will. Colonization, Duplication, Evasion: the institutional strategies of autocratic legalism. **Ssrn Electronic Journal**, p. 2-23, 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3210488>. Acesso em: 24 mar. 2024.

FREITAS, Juarez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 36, n. 70, p. 115, 17 jun. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n70p115>. Acesso em: 5 out. 2021.

FREY, Klaus. Governança interativa: uma concepção para compreender a gestão pública participativa? **Política & Sociedade**, Florianópolis, v. 3, n. 5, p. 119-138, 2004. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/1982>. Acesso em 25 mar. 2021.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. **How to save a constitutional democracy**. Chicago; London: The Chicago University Press, 2018.

GIOVANNI, Geraldo Di; NOGUEIRA, Marco Aurélio. Introdução. In: GIOVANNI, Geraldo Di; NOGUEIRA, Marco Aurélio (orgs). **Dicionário de políticas públicas**. 3. ed. São Paulo: UNESP, 2018.

G1. Bolsonaro diz que quer extinguir a maioria dos conselhos formados por governo e sociedade civil. Rio de Janeiro, 22 jul. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/22/bolsonaro-diz-que-quer-extinguir-a-grande-maioria-dos-conselhos-formados-por-governo-e-sociedade-civil.gh.html>. Acesso em 5 out. 2021.

LANDAU, David. Constitucionalismo abusivo. Tradução de Ulisses Levy Silvério dos Reis e Rafael Lamera Giesta Cabral. **REJUR - Revista Jurídica da UFERSA**, Mossoró, v. 4, n. 7, p. 1-16, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.21708/issn2526-9488.v4.n7.p17-71.2020>. Acesso em 24 mar. 2024.

LOUREIRO, Maria de F. M.; MOREIRA, Francisco R. F. As ouvidorias do sistema de justiça: fundamento democrático, participação Popular e gestão pública. **Revista Themis: Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)**, Fortaleza, v. 12, p. 455-488, 2014. Disponível em: <https://revistathemis.tjce.jus.br/THEMIS/article/view/49>. Acesso em 10 dez. 2023.

MADALENA, Luis Henrique Braga; VEDANA, Óliver. O mistério do mal da discricionariedade (administrativa). **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 15, n. 2, p. 523-553, 2º quadrimestre de 2020. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/16862/9577>. Acesso em: 01 nov. 2021.

MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012.

MAZZALI, Gisele C. O dever de motivar e a ação administrativa discricionária. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 4, n. 1, p. 179-195, 1º quadrimestre de 2009. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/7270/4139>. Acesso em: 01 nov. 2021.

MORAIS, Neiara; SILVA, Maria Andréa Luz da; FROTA, Francisco Horacio da Silva. A participação institucionalizada em tempos de recessão democrática. **Revista Debates**, v. 15, n. 1, p. 223-246, 2021. DOI: 10.22456/1982-5269.111187. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/debates/article/view/111187>. Acesso em: 06 dez. 2023.

MATTOS, Kênia Rodrigues. Política nacional sobre drogas: uma análise da crença que permeia a lógica carcerária e a população atingida. **Áskesis**, São Carlos, v. 8, n.2, jul.-dez. 2019, p. 33-49. Disponível em: <https://revistaaskesis.ufscar.br/index.php/askesis/article/view/425>. Acesso em 6 out. 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política: legislativa, administrativa e judicial. Fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MUSSOI, Hélio Gustavo; QUADROS, Doacir Gonçalves de. Conselhos gestores de políticas públicas: entre a participação deliberativa e o pluralismo jurídico. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, p. 641-667, 2021a. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/58579/37755>. Acesso em 06 out. 2021.

MUSSOI, Helio Gustavo; QUADROS, Doacir Gonçalves de. **REI - Revista Estudos Institucionais**, [S. l.], v. 8, n. 3, p. 582-606, 2023. DOI: 10.21783/rei.v8i3.680. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/680>. Acesso em: 6 dez. 2023.

OLIVEIRA, Assis da Costa. Conad: Governo Bolsonaro não sabe funcionar respeitando a diversidade de interesses. **Justificando**, São Paulo, 25 jul. 2019. Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/07/25/conad-governo-bolsonaro-nao-sabe-funcionar-respeitando-a-diversidade-de-interesses/>. Acesso em 12. fev. 2021.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 104, p. 303-322, 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67859>. Acesso em 22 maio. 2021.

PARZIALE, Aniello dos Reis. A anatomia dos conselhos participativos. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, v. 14, p. 263-280, jul-set. 2020.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discrecionariedade administrativa**: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Estados de exceção**: a usurpação da soberania popular. São Paulo: Contracorrente, 2021.

QUINTAS, Ana Caroline de Moraes Oliveira. **Estado, comunidades terapêuticas e neoliberalismo**: um estudo sobre a política de drogas no Brasil. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Medicina Social Hesio Cordeiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 116 f. 2022. Disponível em: <https://www.bdttd.uerj.br:8443/handle/1/18715>. Acesso em: 10 dez. 2023.

RAICHELIS, Raquel. Conselhos Gestores. In: GIOVANNI, Geraldo Di; NOGUEIRA, Marco Aurélio (orgs.). **Dicionário de políticas públicas**. 3. ed. São Paulo: UNESP, 2018.

RIBAS, João André Nascimento; MEZA, Maria Lucia Figueiredo Gomes. Os conselhos gestores de políticas públicas: espaços de consolidação da administração pública societal? **Administração Pública e Gestão Social**, Viçosa, v. 10, n. 1, p. 45-54, jan. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21118/apgs.v10i1.1492>. Acesso em: 28 jul. 2020.

SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic legalism. **Law Review**, University of Chicago, v. 85, p. 545-583, 2018. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/publication/autocratic-legalism>. Acesso em: 24 mar. 2024.

Submissão: 6.mar.24

Aprovação: 26.mar.24

JUÍZO 100% DIGITAL: A VISÃO DE JUÍZES E ADVOGADOS SOBRE O ATENDIMENTO POR CANAIS REMOTOS

100% DIGITAL JUDGMENT: THE VIEW OF JUDGES AND LAWYERS ON SERVICE BY REMOTE CHANNELS

Jayder Ramos Araújo

Mestrando em Direito e Poder Judiciário pelo Programa de Pós Graduação em Poder Judiciário/Enfam. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF. Integrante do Grupo de Pesquisa “Gestão de Unidades, Redes Organizacionais e Design Organizacional” da Enfam.

E-mail: jayder.araujo@tjdft.jus.br

Resumo

O processo de transformação digital do Poder Judiciário remete à superação do referencial de justiça prestada em um lugar físico para o paradigma de justiça como um serviço, ofertado por meio de plataformas digitais, com o uso de novas tecnologias. A pesquisa realizada buscou investigar quais são as percepções de juízes e advogados sobre o Juízo 100% Digital instituído pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, notadamente quanto ao uso dos canais remotos de atendimento, tendo em vista o impacto profundo que isso causou no funcionamento do Poder Judiciário. Foi realizada uma pesquisa empírica quantitativa e qualitativa com juízes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDF e advogados que atuam perante o mesmo tribunal. Os resultados revelaram que tanto juízes como advogados são favoráveis à manutenção e prevalência dos canais remotos de atendimento, mesmo após o fim das restrições decorrentes da pandemia de Covid-19. O Balcão Virtual foi muito bem avaliado pelos advogados.

A maioria dos advogados e juízes mostrou-se favorável à manutenção do sistema de agendamento para atendimentos prestados por juízes por canais remotos.

Palavras-chave: Transformação digital. Juízo 100% digital. Atendimento remoto.

Abstract

The process of digital transformation of the Judiciary refers to overcoming the benchmark of justice provided in a physical place to the paradigm of justice as a service, offered through digital platforms, with the use of new technologies. The research carried out sought to investigate what are the perceptions of judges and lawyers about the 100% Digital Judgment instituted by the National Council of Justice - CNJ, notably regarding the use of remote service channels, in view of the profound impact that this has had on the functioning of the Judiciary Branch. A quantitative and qualitative empirical research was carried out with judges from the Court of Justice of the Federal District and Territories - TJDF and lawyers who work before the same court. The results revealed that both judges and lawyers are in favor of the maintenance and prevalence of remote service channels, even after the end of restrictions resulting from the Covid-19 pandemic. The Virtual Desk was highly rated by lawyers. Most lawyers and judges were in favor of maintaining the scheduling system for consultations provided by judges through remote channels.

Keywords: Digital transformation. 100% digital judgment. Videoconference. Remote service.

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário tem o dever constitucional de oferecer à população um serviço eficiente¹, que assegure a todos o acesso facilitado à Justiça² para a

1 O princípio da eficiência está consagrado no art. 37, caput, da Constituição Federal.

2 A garantia do acesso à Justiça está prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

solução adequada dos seus litígios em tempo razoável³. Diante desse panorama, o sistema de justiça deve ser objeto de constante revisão e aperfeiçoamento para que consiga entregar à sociedade uma prestação jurisdicional de qualidade, célere e com menos custos, mesmo diante do desafio do elevado número de casos novos apresentados à Justiça a cada ano⁴.

Um caminho para a resposta à alta demanda da sociedade pelos serviços do Judiciário é o investimento em soluções tecnológicas. O processo eletrônico, aliado ao desenvolvimento de novas ferramentas de automatização da tramitação processual, mediante a eliminação da intervenção humana em atividades repetitivas e mecanizadas como a juntada de petições e documentos, permite que as pessoas sejam alocadas nas atividades mais intelectuais e onde a sua sensibilidade, bom senso e discernimento são essenciais para a entrega da prestação jurisdicional. É uma visão de Justiça que extrai o que há de melhor da tecnologia, mas que não robotiza a solução dos conflitos.

Esse contexto de transformação digital do Poder Judiciário foi acelerado pela pandemia de Covid-19 e da consequente necessidade de isolamento social. O modelo de funcionamento da instituição, até então, estava ancorado em um lugar físico – os fóruns e as sedes dos tribunais – onde toda a dinâmica das relações entre os atores da justiça se desenvolvia, especialmente o atendimento de partes e advogados pelas secretarias das varas e pelos juízes. Entretanto, diante da impossibilidade da realização de atos presenciais, o Judiciário foi desafiado a desenvolver soluções que assegurassem a continuidade dos serviços prestados à sociedade, mesmo à distância.

3 A duração razoável do processo foi agasalhada no rol dos direitos e garantias fundamentais por força da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que inseriu o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal.

4 Segundo o relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça de 2022, em média, a cada grupo de cem mil habitantes, 11.339 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2021. Isso representa um aumento de 9,9% em relação ao indicador do ano de 2020 (p. 112).

O Conselho Nacional de Justiça teve papel primordial na elaboração de uma estratégia nacional para a reorganização do Judiciário no contexto da pandemia. Para tanto, instituiu, em janeiro de 2021, por meio da Resolução n. 370, a Estratégia Nacional de Tecnologia da Informação e Comunicação do Poder Judiciário – ENTIC-JUD. Na perspectiva da sociedade, a estratégia ancorou-se nos objetivos de promover a transformação digital e de aumentar a satisfação dos usuários do sistema judiciário.

Trata-se de um desdobramento do Planejamento do CNJ para o biênio 2020/2022, em que foi definido, como um dos cinco eixos da Justiça, a “Justiça 4.0 e Promoção do Acesso à Justiça Digital”⁵, mediante o diálogo entre o real e o digital para o incremento da governança, da transparência e da eficiência do Poder Judiciário, com a efetiva aproximação do cidadão e a redução de despesas.

O Programa Justiça 4.0 é o catalisador da transformação digital do Poder Judiciário Nacional, por intermédio de uma série de ações e iniciativas que buscam dar celeridade à prestação jurisdicional e reduzir as despesas com esse serviço público (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022, p. 25). Dentre essas iniciativas, destaca-se a autorização para a criação, pelos tribunais, do Juízo 100% Digital, regulamentado pela Resolução CNJ n. 345, de 9 de outubro de 2020.

No Juízo 100% Digital, os atos processuais devem ser praticados por meio eletrônico e remoto, por intermédio da rede mundial de computadores; as audiências são realizadas, exclusivamente, por videoconferência e o atendimento de partes e advogados passa a ser prestado por canais remotos, tais como telefone, e-mail, videochamadas ou outros meios de comunicação.

A implantação do Juízo 100% Digital remete a um novo *design* dos tribunais. O lugar físico deixa de ser o referencial para o usuário acessar e interagir com o Judiciário, tendo em vista que todos os serviços passam a ser disponibilizados à distância, com a utilização de ferramentas e recursos tecnológicos acessados pela rede mundial de computadores.

5 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/observatorio/5-eixos-da-justica/> Acesso em: 10 set. 2022.

Torna-se, dessa forma, possível a interação entre juízes e servidores do Judiciário com os demais atores do Sistema de Justiça por meio de modernas plataformas de videoconferência, à distância, valendo-se apenas de um celular e de um *link*, sem que nenhum deles tenha que se deslocar até o prédio do fórum (FERRARI, 2021, p. RB-17.1).

Esse cenário de profunda mudança motivou essa pesquisa, pois considerou-se relevante investigar se devem ser mantidos os canais remotos de atendimento prestados pelas secretarias das varas e pelos juízes, mesmo após o fim da pandemia de Covid-19.

Partiu-se da hipótese de pesquisa de que, na visão de juízes e advogados, devem ser mantidos os atendimentos virtuais por meio de canais remotos, independentemente da superação das restrições decorrentes do isolamento social exigido para a contenção da transmissão do coronavírus.

1.1 Metodologia

O trabalho de pesquisa proposto insere-se no campo da pesquisa empírica em Direito. Trata-se de uma abordagem do fenômeno jurídico por meio da investigação prática (GUSTIN; DIAS; NICÁCIO, 2020, p. 77), baseada nas percepções de advogados e juízes quanto à sua experiência com os atendimentos remotos prestados no modelo de Juízo 100% Digital.

A pesquisa foi realizada com juízes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDF-T e advogados que atuam perante o mesmo tribunal. Essa escolha decorreu da viabilidade para a coleta de dados, tendo em vista que o pesquisador encontrou apoio institucional para a realização do trabalho de campo, mediante a autorização, pela Presidência do Tribunal, de que fosse disponibilizado o formulário de pesquisa na página eletrônica do portal do Processo Judicial Eletrônico - PJe, pois se tratava de tema de interesse institucional. Foi dispensada, pelo Tribunal, a submissão prévia da pesquisa ao Comitê de Ética em Pesquisa.

A coleta de dados perante juízes e advogados foi realizada mediante a aplicação de *survey*. Trata-se de um tipo de pesquisa empírica em que se pretende mensurar opiniões e conhecimento de um determinado grupo populacional a respeito do tema pesquisado (GUSTIN; DIAS; NICÁCIO, 2020, p. 160). Não houve a delimitação da amostra, pois a ideia era alcançar o maior número possível de respondentes, sem viés de seleção.

Os formulários de pesquisa foram disponibilizados no período de 1º a 23 de março de 2022. Para os advogados, foi colocado um *link* na página inicial de internet do Processo Judicial Eletrônico - PJe que remetia diretamente ao formulário do *Googleforms*. O formulário foi encaminhado aos juízes por meio do *WhatsApp*, tendo em vista que nesse aplicativo há vários grupos de magistrados do TJDF, facilitando o alcance desse público.

Todos os dados coletados foram inseridos em uma planilha de *Excel* para facilitar a análise dos resultados e permitir realizar correlações entre os perfis dos respondentes e as suas respostas aos questionamentos.

A pesquisa foi respondida por 756 advogados, assim distribuídos conforme o ramo de atuação na advocacia: 735 advogados privados, 17 Defensores Públicos, 3 Procuradores do Distrito Federal e 1 Procurador da Fazenda Nacional.

Entre os magistrados do TJDF, houve 120 respondentes dentro de um universo de 369 juízes e desembargadores, assim distribuídos conforme o cargo: 6 desembargadores, 2 juízes substitutos de segundo grau, 7 juízes de turma recursal, 76 juízes de direito e 29 juízes de direito substitutos.

Além da pesquisa de campo, foram coletados dados de uma pesquisa de satisfação do usuário do TJDF com o atendimento prestado pelas unidades judiciárias por intermédio do Balcão Virtual. Considerando que essa ferramenta recebeu melhorias no curso do tempo, foi delimitado, para fins de análise de dados, tão somente as pesquisas respondidas durante o mês de março de 2022, a fim de coincidir com o período em que foram aplicados os questionários da pesquisa aos advogados e juízes.

2 TRANSFORMAÇÃO DIGITAL NO PODER JUDICIÁRIO

Richard Susskind adverte que os tribunais físicos são antiquados e estão desconectados de uma sociedade cada vez mais digital. Além disso, ofertam um serviço muito caro, muito lento e, em certa medida, incompreensível para o usuário (SUSSKIND, 2019, p. 27).

Em contraposição ao modelo atual, o autor defende que o futuro nos remete à Justiça como um serviço, ofertado por meio de plataformas digitais, com o uso de novas tecnologias. Será um serviço mais acessível, justo, rápido, eficiente e proporcional (SUSSKIND, 2019, p. 116). Trata-se do que o autor denomina de “tribunais *online*”.

Segundo Susskind, há dois sentidos para a utilização do termo “tribunais *online*”. O sentido específico é o que atrai o debate mais acalorado, que pode ser chamado de julgamento *online*. Isso envolve a resolução de casos por juízes humanos, mas não em tribunais físicos. As petições são enviadas em formulários *online* e os juízes proferem suas decisões por meio, também, de uma plataforma *online* (SUSSKIND, 2019, p.6).

O sentido mais geral de tribunais *online* se baseia na construção de um sistema que aproveita todo o potencial da tecnologia para estender seu alcance além daquilo que hoje é oferecido pelos tribunais tradicionais. Mais do que decisões judiciais, esses “tribunais estendidos” fornecem ferramentas para ajudar os usuários a compreender a legislação e as opções disponíveis para o exercício de seu direito. Eles orientam os usuários no preenchimento de formulários judiciais bem como auxiliam na formulação dos argumentos e na reunião de provas e evidências. Além disso, podem oferecer várias formas de soluções extrajudiciais, como a negociação e avaliação neutra precoce. Tudo isso não como um método alternativo para o público que busca o sistema judicial, mas como parte dele. É um modelo que explora todo o potencial de novas tecnologias, como aplicativos, smartphones, portais, videochamadas, *chatbots* e outras ferramentas de interação, em que os próprios usuários podem fazer uso do serviço e interagir

com tribunais e juízes, progredindo nas disputas por meio de sistemas intuitivos (SUSSKIND, 2019, p. 6-7).

Segundo Susskind, os tribunais *online* que estão emergindo em todo o mundo estão oferecendo uma combinação dessas duas concepções e já são uma realidade em países como Inglaterra, País de Gales, Canadá, EUA, China, Cingapura e Austrália (SUSSKIND, 2019, p. 7)

O modelo de tribunais *online* traçado por Susskind é utilizado como referencial para este trabalho de pesquisa, tendo em vista a transformação acelerada e emergencial que o Judiciário brasileiro implementou nos últimos anos, impulsionada pela declaração de estado de pandemia de Covid-19, em 11 de maio de 2020, pela Organização Mundial da Saúde - OMS⁶, que exigiu, para a contenção do contágio pelo coronavírus, a suspensão do atendimento presencial do público e do trabalho presencial de magistrados, servidores e de todos os colaboradores.

Nesse contexto, abriu-se a janela favorável para a mudança e a superação da resistência dos atores do sistema de Justiça, com a transição do modelo de funcionamento dos tribunais e de oferta do serviço à sociedade para o ambiente digital. Mesmo os céticos e resistentes ao funcionamento virtual foram compelidos a aderir às novas ferramentas digitais para prestar atendimentos por canais remotos.

No período anterior à pandemia, possivelmente uma mudança dessa magnitude exigiria tempo de maturação para a superação gradual das resistências. Contudo, não houve opção de escolha diante da realidade mundial. Inicialmente, os tribunais improvisaram esses atendimentos com a utilização de ferramentas como *WhatsApp Business*, *e-mail* e telefone celular.

Diante desse quadro inicial de ausência de padronização, coube mais uma vez ao CNJ o papel de regulamentar o atendimento remoto a ser prestado pelas unidades judiciárias. Para isso, foi instituído o Balcão Virtual, por meio da Resolução CNJ n. 372, de 12 de fevereiro de 2021.

6 Informação disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em: 22 out. 2022.

Conforme esse normativo, os tribunais, à exceção do Supremo Tribunal Federal, deveriam disponibilizar, em 30 (trinta) dias, uma ferramenta de videoconferência que permitisse o atendimento imediato do público pela unidade judiciária durante o horário de seu funcionamento, de forma similar à do balcão de atendimento presencial.

O atendimento por canais remotos foi um dos componentes que caracterizaram o denominado Juízo 100% Digital, regulamentado pela Resolução CNJ n. 345, de 09 de outubro de 2020. Não se tratava de solução transitória para a manutenção do funcionamento do Poder Judiciário no período de isolamento social decorrente da pandemia de Covid-19. Era o início da construção de um novo *design* de funcionamento da Justiça.

O Juízo 100% Digital concretiza a mudança do referencial de prestação do serviço judiciário, desvinculando-o dos prédios físicos. É a superação de uma cultura arraigada no sistema de Justiça, que considera o fórum como o epicentro das atividades jurisdicionais (SHUENQUENER; GABRIEL; PORTO, 2022, p. RB-1.1).

Essa concepção da Justiça está alinhada à ideia de tribunais *online* de Susskind e encontra ressonância na proposta de Governo Digital instituída pela Lei n. 14.129, de 19 de março de 2021. Esse normativo alcança todas as esferas da administração pública direta e indireta, abrangendo os três poderes da república, de forma que a estratégia nacional do Poder Judiciário deve se alinhar aos objetivos e princípios dispostos nela.

Dentre os princípios e diretrizes do Governo Digital e da eficiência pública, destacam-se a desburocratização, a modernização, o fortalecimento e a simplificação da relação do poder público com a sociedade, mediante serviços digitais, acessíveis inclusive por dispositivos móveis, sem a necessidade de solicitação presencial; o uso de linguagem clara e compreensível a qualquer cidadão; o uso da tecnologia para otimizar processos de trabalho; o estímulo a ações educativas para qualificação dos servidores públicos para o uso das tecnologias digitais e para a inclusão digital da população.⁷

7 Os princípios e diretrizes do Governo Digital e da eficiência pública estão descritos no art. 3º da Lei n. 14.129, de 29 de março de 2021.

A transformação digital incorpora o desafio de remodelar o serviço ofertado à sociedade na perspectiva da experiência do usuário. Trata-se de uma abordagem inovadora, tendo em vista que não havia, até então, essa preocupação central com o nível de satisfação do cidadão com o que lhe era ofertado.

Essa é uma tendência mundial. A título de exemplo, o governo norte-americano disponibiliza no site www.usability.gov conceitos básicos para orientar a modelagem dos serviços digitais com foco no cidadão⁸. Segundo orientação que consta no site, somente pela ótica do usuário será possível ter uma compreensão profunda do que eles precisam, valorizam, bem como quais são as suas habilidades e limitações.

Iniciativa similar está em curso no Brasil. O Governo Federal, por meio do Decreto nº 10.332, de 27 de abril de 2020, instituiu a Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022. O desdobramento da estratégia está centrado na oferta de serviços digitais de qualidade, por meio de canais simples e intuitivos, com o objetivo final de reconquistar a confiança dos brasileiros. É um modelo que se alinha ao conceito de justiça efetivamente aberta, transparente, escrutável e acessível à sociedade (BECKER; WORKART; BRÍGIDO, 2021, p. RB-10.1).

Diante desse foco no usuário enquanto destinatário do serviço público, é imprescindível compreender, a partir da percepção dele, se a transformação digital do Poder Judiciário tem alcançado o propósito de facilitar o seu acesso aos serviços de maneira mais simples e intuitiva, sempre com um olhar inclusivo para os mais vulneráveis, notadamente em relação às gerações de transição que foram forjadas no mundo analógico e se viram obrigadas, já na fase adulta, a aderirem ao universo digital.

Em razão disso, esse trabalho de pesquisa buscou aprofundar-se no estudo da transformação do Poder Judiciário para o modelo de Justiça Digital a partir da percepção de juízes e advogados, atores centrais de toda a dinâmica em que se desenvolve a marcha processual, em relação ao atendimento prestado por canais remotos.

8 Disponível em: www.usability.gov/what-and-why/user-experience.html.

3 ATENDIMENTOS POR CANAIS REMOTOS

Este item é dedicado à apresentação dos resultados da pesquisa realizada com os juízes e com os advogados em relação às suas experiências com os canais remotos de atendimento. Além disso, há um tópico dedicado ao Balcão Virtual instituído pelo CNJ como ferramenta oficial de atendimento do Juízo 100% Digital, onde serão apresentados os resultados de uma pesquisa de satisfação do usuário realizada pelo TJDFT.

3.1 atendimentos remotos prestados pelas varas

Na pesquisa aplicada, os advogados foram indagados sobre o seu canal preferido de atendimento pelas secretarias das varas. Para tanto, foram apresentadas as cinco opções disponíveis: Balcão Virtual, *WhatsApp*, telefone, e-mail e balcão físico. Os resultados, estratificados conforme o tempo de atuação profissional, foram os seguintes:

Tabela 1 - Canal preferido dos advogados para serem atendidos pelas secretarias das varas

Tempo de Advocacia	Balcão Virtual	WhatsApp	Balcão Físico	Telefone	E-mail
5 anos ou menos	49%	37%	7%	4%	3%
De 6 a 10 anos	40%	37%	10%	7%	6%
De 11 a 15 anos	46%	36%	11%	4%	3%
De 16 a 20 anos	46%	26%	18%	7%	3%
21 anos ou mais	41%	30%	20%	5%	4%
MÉDIA GERAL	44%	33%	13%	5%	4%

Fonte: O autor (2022)

Conforme os resultados alcançados, somente 13% dos advogados, em média, manifestaram preferência pelos balcões físicos das secretarias das varas. Isso revela que os canais remotos se incorporaram à rotina dos advogados e vão superando a necessidade de deslocamento aos prédios da justiça para a resolução dos seus problemas do cotidiano.

Merece destaque o Balcão Virtual, pois mesmo com o seu pouco tempo de funcionamento, já é o preferido dos advogados.

Entre a primeira e a última faixas de tempo de advocacia há uma variação que revela mais adesão dos advogados com menos tempo de profissão aos canais remotos. Somente 7% dos profissionais com 5 ou menos anos de profissão escolheram o balcão físico como o preferido. Entre os advogados mais experientes, com 21 ou mais anos de atuação, esse índice sobe para 20%, mas mesmo entre eles, o Balcão Virtual e o *WhatsApp* prevaleceram como ferramentas preferenciais.

Além da informar o seu canal preferido, o entrevistado foi levado a comparar o atendimento pelos canais remotos com o atendimento presencial. Os resultados estão representados na tabela abaixo:

Tabela 2 - Comparativo entre o atendimento remoto e o presencial na percepção dos advogados

Tempo de Advocacia	O remoto é melhor	O remoto é pior	O remoto não é melhor nem pior
5 anos ou menos	60%	7%	33%
De 6 a 10 anos	57%	14%	29%
De 11 a 15 anos	61%	13%	26%
De 16 a 20 anos	48%	21%	31%
21 anos ou mais	49%	22%	29%
MÉDIA GERAL	55%	15%	30%

Fonte: O autor (2022)

A maioria dos advogados se posicionou no sentido de que o atendimento remoto é melhor do que o atendimento presencial. Indagados sobre a razão da sua resposta, os termos mais recorrentes foram comodidade, agilidade, economia e eficiência. As críticas, em geral, foram relacionadas à dificuldade de acesso às ferramentas remotas e ao tempo excessivo de espera para o atendimento.

3.1.1 Balcão Virtual

Dentre os canais remotos, o Balcão Virtual é o canal preferido pela maioria dos advogados, independentemente do tempo de atuação profissional. Em razão do protagonismo dessa ferramenta e, atento à relevância da opinião do usuário sobre o serviço a ele oferecido, esse canal foi objeto de aprofundamento na pesquisa.

O projeto do Balcão Virtual, conforme foi concebido pelo CNJ, tem o objetivo de disponibilizar, no site de cada tribunal, uma ferramenta de videoconferência que permita o imediato contato com o setor de atendimento da unidade judiciária, popularmente denominado balcão, durante o horário de atendimento ao público.

Com a intenção de facilitar a implementação, o CNJ deixou a critério de cada tribunal a escolha da ferramenta tecnológica para o Balcão Virtual, mesmo que diversa da solução empregada para a realização das audiências e sessões de julgamento, desde que se mostrasse adequada para o atendimento remoto.

Segundo dados de uma pesquisa realizada em 13 de setembro de 2021 pelo CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022, p. 26-27), 66% das unidades judiciárias de primeiro e de segundo grau do país já possuíam o Balcão Virtual; dessas, 92% informaram que o cidadão não precisava realizar o agendamento para ter acesso ao serviço e não se exigia cadastro prévio.

Conforme o mesmo levantamento, entre os tribunais que informaram a ferramenta utilizada para o balcão virtual, 30% disseram utilizar o *Microsoft*

Teams, 29% o *WhatsApp*, 21% o *Zoom* e 20% o *Google Meet*. Todavia, 8.223 unidades judiciárias do país responderam que utilizam outras ferramentas para atendimento.

Esses dados estatísticos revelam as dificuldades enfrentadas pelos tribunais para o cumprimento da Resolução CNJ n. 372/21, tendo em vista que foi concedido, em fevereiro de 2021, o prazo de trinta dias, a contar da entrada em vigor do normativo, para que todos os balcões virtuais estivessem instalados, mas em setembro daquele ano, aproximadamente um terço das unidades judiciárias ainda não havia disponibilizado a ferramenta para o atendimento virtual.

Essa indisponibilidade da ferramenta de atendimento remoto impacta, diretamente, a avaliação negativa do usuário sobre o modelo de Justiça Digital. Se o objetivo é a oferta do serviço em uma plataforma digital, é imprescindível que haja um meio eficiente de atendimento *on line* à disposição dos usuários para que seja assegurado o pleno acesso à Justiça, com um canal direto com a Justiça para a resolução desde questões cotidianas relacionadas à tramitação processual até pedidos urgentes de preferências na expedição de documentos, que eram usualmente apresentados, no período anterior à pandemia, diretamente aos atendentes nos balcões das varas.

Outra questão que chama a atenção é a diversidade de ferramentas de atendimento. A liberdade concedida aos tribunais para a escolha do aplicativo de videoconferência mais conveniente acabou gerando a falta de padronização entre os tribunais.

Nesse sentido, considerando que qualquer aplicativo exige uma curva de aprendizagem e que o usuário do sistema de justiça, especialmente advogados, comumente utilizam o serviço de mais de um tribunal de justiça, sempre haverá um esforço adicional para a utilização dessa ferramenta de atendimento, quando se tratar de algo novo, não coincidente com a adotada pelo tribunal onde ele costumeiramente atua.

Considerando que a implantação dos balcões virtuais alterou o canal de atendimento dos jurisdicionados e dos advogados, foi relevante investigar,

entre os usuários dessa ferramenta no TJDFT, qual é a sua avaliação quanto ao atendimento virtual, especialmente quando comparado ao atendimento que até então era prestado de forma presencial.

Para captar essa percepção do usuário, o TJDFT oferece um formulário de avaliação ao final do atendimento por esse canal remoto com o objetivo de mensurar o seu nível de satisfação com o serviço ofertado no tocante à facilidade de localização do Balcão Virtual no site do Tribunal; facilidade de uso da ferramenta; qualidade do atendimento que foi prestado e, por fim, o usuário tem a oportunidade de expressar o seu nível geral de satisfação com o Balcão Virtual.

Os dados analisados foram coletados entre os dias 1º e 31 de março de 2022, a fim de que coincidissem com o mesmo período em que os advogados e juízes foram entrevistados. Houve 3.691 respostas à Pesquisa de Satisfação nesse período e os resultados estão retratados abaixo.

A escala de avaliação utilizada é apresentada em uma gradação de 1 a 10, onde 1 significa que o respondente está totalmente insatisfeito enquanto 10 indica que ele está totalmente satisfeito.

Tabela 3 - Pesquisa de Satisfação dos Usuários do Balcão Virtual do TJDFT

Localização no Site	Facilidade de Uso	Qualidade do Atendimento	Satisfação Geral
9,24	9,28	9,32	9,20

Fonte: O autor (2022)

O resultado indica, em todos os quesitos, que o usuário está muito satisfeito com o Balcão Virtual oferecido pelo TJDFT. Foi oferecido, entretanto, um campo livre em que o usuário poderia manifestar a razão da nota atribuída a cada item.

No campo referente à localização do Balcão Virtual no site do TJDFT, 27 respondentes atribuíram nota inferior a 4, sob a justificativa de que não

encontraram o ícone na página inicial da internet do tribunal. Houve relatos da necessidade de realização de pesquisa no *Google* para encontrar o caminho para acessar o Balcão Virtual.

Todavia, na página principal da internet do TJDF, em local destacado na parte superior, há um botão com o ícone padronizado pelo CNJ para a ferramenta, com a expressão Balcão Virtual ao lado da figura representativa do aplicativo.

Essa dificuldade de identificação do canal de acesso foi apontada somente por 27 usuários de um universo de 3.691 respondentes, de forma que é possível concluir que a localização no site está bastante adequada.

Todavia, considerando as dificuldades narradas por esses usuários e focado na melhoria do serviço digital, deve ser um ponto de constante preocupação dos tribunais a disponibilização do ícone de acesso ao Balcão Virtual em local de destaque na página principal dos seus sites.

Em consulta aos sites dos vinte e sete tribunais estaduais do país⁹, cujo critério foi a busca de um ícone na página principal de internet que levasse o usuário diretamente ao Balcão Virtual, foi constatado que em dezessete deles há um ícone para acesso direto ao Balcão Virtual, enquanto em dez tribunais é necessário que o interessado acesse algum outro menu para localizar o caminho de acesso ao Balcão Virtual.

Embora o CNJ tenha criado uma identidade visual para o Balcão Virtual, entre os dezessete tribunais que disponibilizam o acesso à ferramenta na sua página principal de internet, somente sete utilizavam o referido ícone. Essa falta de padronização dificulta a jornada do usuário, aumentando o seu esforço para identificar e fazer uso da ferramenta regulamentada pelo CNJ.

Considerando a necessidade de uma identidade visual dos portais dos tribunais, encontra-se em estudo no Comitê de Comunicação Social do Poder Judiciário do CNJ um projeto de padronização mínima para a apresentação de

9 Acesso aos sites dos tribunais estaduais em: 22 out. 2022.

informações institucionais na internet¹⁰. Essa pode ser uma oportunidade para a adequação dos portais à nova realidade digital, com espaços de destaque para a oferta dos serviços de fácil acessibilidade e usabilidade.

No item relacionado à facilidade de uso da ferramenta, 28 usuários atribuíram nota inferior a 4 (quatro) na sua avaliação. As críticas podem ser catalogadas em três temas principais: a dificuldade de uso do aplicativo *Teams*; a necessidade de melhoria do filtro de pesquisa para a localização da unidade judiciária em que se busca o atendimento e problemas de conexão para atendimento por áudio e vídeo.

Essas percepções indicam a importância das melhorias contínuas na ferramenta para o aprimoramento da experiência do usuário. Deve ser objeto de preocupação dos tribunais a oferta de ferramentas tecnológicas fáceis e intuitivas, a fim de facilitar cada vez mais o acesso à justiça.

No quesito relacionado à qualidade do atendimento prestado, 73 usuários atribuíram nota inferior a 4 (quatro). Nos comentários, houve alguns registros sobre a qualidade insatisfatória do atendimento, seja pelo despreparo do atendente para resolver o problema ou para prestar as informações solicitadas, seja pela questão comportamental da falta de polidez ou impaciência do serventuário. Todavia, em 49 dos comentários a queixa foi quanto à falta de atendimento ou ao tempo excessivo de espera para o início do atendimento.

Diante do número total de respondentes, sobressaiu o alto nível de satisfação com a qualidade do atendimento, tendo em vista que as notas inferiores a 4 não representam nem 2% dos usuários que preencheram o formulário de pesquisa. Essas reclamações indicam apenas a necessidade de atuações pontuais dos gestores no sentido de redirecionar o atendimento para pessoas com esse perfil e ofertar treinamento adequado para essa atividade.

É preciso aprofundar a pesquisa para compreender as razões das queixas de falta de atendimento ou de demora, uma vez que se trata de um serviço *on*

10 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/comissao-inicia-trabalho-para-padronizacao-minima-em-sites-do-judiciario/>. Acesso em 10 set. 2022.

line que deve adotar como referencial o modelo de atendimento presencial, não podendo se admitir que algum usuário não consiga, pelo canal remoto, obter esse atendimento, sob pena de comprometimento do seu direito de acesso à justiça.

3.2 atendimentos remotos prestados pelos juízes

Um serviço que foi bastante impactado no contexto da pandemia foi o atendimento prestado pelos magistrados aos advogados. O Estatuto da OAB e a Lei Orgânica da Magistratura Nacional - Loman garantem aos advogados o direito de ser atendidos pelos juízes nas salas e gabinetes destes últimos. São legislações escritas em uma época em que nem se cogitava que seria possível a realização de reuniões remotas, por sistemas de transmissão de sons e imagens.

A evolução tecnológica, especialmente a criação da internet e de aplicativos de comunicação à distância por sistemas de videochamadas ou videoconferências, abriu a possibilidade de atendimento remoto com características similares a uma reunião presencial. Alguns, inclusive, denominam a videoconferência de atendimento telepresencial.

O Judiciário, até o início da pandemia, não havia incorporado, como regra, a tecnologia de videoconferência para o atendimento prestado pelos juízes aos advogados. Todavia, diante do fechamento dos fóruns e da impossibilidade de contato pessoal, a solução foi a disponibilização de canais remotos de atendimento para que os advogados pudessem contatar os juízes.

Diante dessa realidade, diretamente relacionada ao modelo de Juízo 100% Digital, na pesquisa realizada com advogados esse tema foi abordado, a fim de que fosse colhida a sua percepção sobre a sua experiência com esse tipo de atendimento remoto.

No TJDF, é oferecida, no site do tribunal, uma ferramenta de agendamento do atendimento¹¹, em que o advogado tem a possibilidade de escolher, dentre os dias e horários disponibilizados pelo juiz, aquele que melhor atende

11 Disponível em: <https://rh.tjdft.jus.br/enderecos/app.html>.

aos seus interesses. Ao fazer o agendamento, o advogado recebe um *link* para acesso à reunião, no dia e hora agendados, pelo aplicativo *Teams*. Antes da criação desse canal oficial, muitos juízes realizaram atendimentos por meio de *WhatsApp* e por ligações telefônicas.

Na pesquisa, o advogado foi provocado a comparar todos esses canais e a escolher qual é o seu preferido. Considerando a hipótese de que essas respostas pudessem ter uma relação com o tempo de atuação profissional, os resultados são apresentados com base nesse critério, conforme tabela abaixo:

Tabela 4 - Canal preferido pelos advogados para serem atendidos por juízes

Tempo de Advocacia	Virtual por Agendamento	Presencial	WhatsApp	Telefone
5 anos ou menos	72%	20%	7%	1%
De 6 a 10 anos	59%	31%	9%	1%
De 11 a 15 anos	62%	29%	9%	0%
De 16 a 20 anos	66%	30%	3%	1%
21 anos ou mais	56%	37%	7%	0%
MÉDIA GERAL	63%	29%	7%	1%

Fonte: O autor (2022)

Em todas as faixas prevaleceu a preferência pelos canais remotos de atendimento, com destaque absoluto para o atendimento virtual pelo *Teams*, por sistema de agendamento. Entre os advogados com menos tempo de advocacia, somente 20% escolheram o atendimento presencial como o seu canal preferido, enquanto na última faixa, daqueles que já advogam há mais de 21 anos, a escolha pelo atendimento presencial foi mais expressiva, representando mais de um terço dos entrevistados.

Esses resultados confirmam uma hipótese de pesquisa, no sentido de que os canais remotos facilitaram a comunicação dos advogados com os juízes, mas que haveria uma resistência à mudança mais perceptível em relação aos advogados com mais tempo de profissão.

Além da escolha do canal preferido, os advogados puderam comparar a qualidade do atendimento prestado pelos juízes por canais remotos com o presencial.

Tabela 5 - Comparativo entre os canais de atendimento remoto e presencial na percepção dos advogados

Tempo de Advocacia	O Remoto é Melhor	O Remoto é Pior	O Remoto Não é Melhor nem Pior
5 anos ou menos	42%	13%	45%
De 6 a 10 anos	36%	17%	47%
De 11 a 15 anos	38%	20%	42%
De 16 a 20 anos	34%	21%	45%
21 anos ou mais	33%	21%	46%
MÉDIA GERAL	37%	18%	45%

Fonte: O autor (2022)

A percepção de quase metade dos advogados foi no sentido de que não há diferença na qualidade do atendimento prestado de maneira presencial ou por canais remotos. Somente 18% deles entendem que os canais remotos são piores, mas expressivos 37% dos advogados posicionaram-se no sentido de que o canal remoto é melhor.

Para o objetivo da pesquisa, foi essencial também ouvir os juízes sobre a sua experiência com o atendimento remoto. Foram oferecidos, assim como para

os advogados, campos livres para que eles pudessem expressar quais foram as vantagens e desvantagens identificadas durante os atendimentos que prestaram aos advogados por canais remotos.

Prevaleceram os comentários apontando as vantagens do atendimento por videoconferência. A maioria dos juízes e advogados, inclusive, respondeu não ter percebido desvantagens na adoção da ferramenta.

O quadro abaixo está organizado em ordem decrescente das vantagens e desvantagens mais citadas por juízes e advogados em relação ao atendimento por canais remotos:

Quadro 1 - Vantagens do atendimento por canais remotos

Juízes	Advogados
Economia de tempo/agilidade/objetividade do atendimento	Otimização do tempo de juízes e advogados/objetividade do atendimento
Possibilidade de melhor organização do atendimento (agendamento com horário pré-estabelecido e estudo prévio do processo)	Comodidade e fim das esperas nos corredores dos fóruns para aguardar atendimento
Facilitação do acesso dos advogados aos juízes, inclusive de advogados que residem em outras unidades da Federação	Redução de gastos com deslocamentos, estacionamentos e filas
Redução de gastos com deslocamentos	Menos hostilidade por parte dos magistrados
Mais segurança e transparência do atendimento, diante da possibilidade de gravação da conversa	Mais disponibilidade dos juízes para prestar atendimentos
Comodidade para juízes e advogados	Possibilidade de gravação dos atendimentos

Fonte: O autor (2022)

Quadro 2 — Desvantagens do atendimento por canais remotos

Juízes	Advogados
Aumento do número de atendimentos desnecessários para solicitações de preferência ou para solução de questões cartorárias	Ficou mais difícil falar com o juiz, tendo em vista que sempre é o assessor ou o diretor de secretaria que realiza o atendimento
Aumento do número de solicitações de atendimentos em face da facilitação do acesso	Foi feito o agendamento, mas o juiz não apareceu no horário marcado
Advogados realizam o agendamento e não comparecem e nem fazem o cancelamento	Há questões que só devem ser conversadas presencialmente
Exposição dos juízes em razão da possibilidade de gravação da conversa pelo advogado	O presencial permite mais interação entre as pessoas
Distanciamento entre juízes e advogados	O juiz estava disperso, fazendo outras coisas enquanto prestava o atendimento
Informalidade excessiva de alguns advogados em relação à vestimenta e ao local de onde participaram da videoconferência	No atendimento remoto é possível simular falhas no sistema para justificar que não foi possível prestar o atendimento

Fonte: O autor (2022)

Os quadros consolidam uma visão bastante favorável de juízes e advogados à manutenção do atendimento remoto, mesmo que não haja restrições para a realização de reuniões presenciais, mas revela que ainda é prematuro se afirmar que os atendimentos presenciais são totalmente dispensáveis ou desnecessários.

O bom senso e o discernimento de magistrados e advogados podem ser um bom caminho para equilibrar essa equação, com uma visão mais flexível de que a prevalência do atendimento remoto não representa a eliminação da possibilidade de atendimentos presenciais em situações que justifiquem esse contato pessoal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Judiciário está inserido no contexto mundial de transformação digital e necessita fazer toda essa mudança sem paralisar os serviços que presta à sociedade. A democratização do acesso à justiça exige que o usuário seja colocado no centro das decisões. Nesse sentido, a Justiça Digital que se desenha deve focar os seus esforços na boa experiência do usuário que fará uso das novas ferramentas tecnológicas.

A pesquisa revelou que a maior frequência de críticas ao atendimento remoto do modelo de Juízo 100% Digital tem correlação com o tempo de atuação profissional dos advogados. Além de uma possível resistência a mudanças, pode-se cogitar que essa posição mais resistente possa estar relacionada com a maior dificuldade com o uso de ferramentas tecnológicas e não como uma deficiência intrínseca ao modelo. Nesse sentido, é essencial que haja mais foco no treinamento para melhorar a experiência desses usuários com as inovações.

É relevante destacar que o atendimento presencial realizado nos balcões das varas faz parte da cultura dos tribunais e exige um olhar atento à transição para o modelo de atendimento por canais remotos, notadamente o prestado por intermédio dos balcões virtuais.

Embora seja prematuro afirmar, no estágio atual de implantação do Juízo 100% Digital, que os balcões físicos podem ser integralmente substituídos pelos balcões virtuais, a pesquisa revelou que ela é muito bem avaliada e atende às necessidades dos atores do sistema de Justiça.

A pesquisa também apontou uma percepção muito favorável de juízes e advogados à manutenção dos atendimentos por agendamento, mediante canais remotos, embora tenham sido apresentadas algumas ponderações quanto à necessidade de atendimentos presenciais para questões mais delicadas.

Diante do cenário de transição para o Juízo 100% Digital, a valorização da experiência do usuário com os novos ferramentais revela-se o caminho seguro para a transformação. Se o usuário avalia positivamente, significa que o Judiciário

está no caminho certo. Se ele avalia mal, é necessário a escuta ativa para mudanças de rumo e construção de novas soluções que tornem a sua jornada mais fácil e inclusiva.

Os canais remotos de atendimento e demais componentes do Juízo 100% Digital, ao contrário do que muitos apregoam, não representam o fim do Judiciário que conhecemos, mas tão somente o leva a outro referencial, em que a presença física deixa de ser uma premissa indispensável para o acesso à justiça e para a prática dos atos processuais.

Trata-se da construção de uma justiça mais simples e acessível. É uma nova era que se predispõe a romper as barreiras físicas, a fim de assegurar a oferta de um serviço mais ágil e cômodo aos atores do sistema de justiça.

REFERÊNCIAS

BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro; BRÍGIDO, João Pedro. Open justice!. *In*: FEIGELSON, Bruno (Coord.); RODRIGUES, Marco Antonio (Coord.). **Litigation 4.0: O futuro da justiça e do processo civil vis-à-vis as novas tecnologias**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. cap. 10.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 313, de 18 de março de 2020**. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 345, de 08 de outubro de 2020**. Dispõe sobre o “Juízo 100% Digital” e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3512>. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 370, de 27 de janeiro de 2021**. Estabelece a Estratégia Nacional de Tecnologia da Informação e Comunicação do Poder Judiciário (ENTIC-JUD). Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3706>. Acesso em: 8 out. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 372, de 11 de fevereiro de 2021**. Regulamenta a criação de plataforma de videoconferência denominada “Balcão Virtual.” Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3742>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 4 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 10.332, de 27 de abril de 2020**. Institui a Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022, no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: www.in.gov.br/web/dou/-/decreto-n-10.332-de-28-de-abril-de-2020-254430358. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar n. 35, de 13 de março de 1979**. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em: 31 out. 2022.

BRASIL. **Lei n. 14.129, de 19 de março de 2021**. Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública e altera a Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), a Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, e a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14129.htm. Acesso em: 27 set. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.906, de 03 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 31 out. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **5 Eixos da Justiça para a gestão 2020-2022 do CNJ**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/observatorio/5-eixos-da-justica/>. Acesso em: 3 ago. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Comissão inicia trabalho para padronização mínima em sites do Judiciário**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/comissao-inicia-trabalho-para-padronizacao-minima-em-sites-do-judiciario/>. Acesso em: 28 set. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 2 set. 2022.

FERRARI, Isabela (Coord.). **Justiça Digital**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

GUSTIN, Miracy; DIAS, Maria Tereza; NICÁCIO, Camila. **(Re)pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 5 ed. São Paulo: Almedina, 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Internet já é acessível em 90,0% dos domicílios do país em 2021**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/34954-internet-ja-e-acessivel-em-90-0-dos-domicilios-do-pais-em-2021#:~:text=Internet%20chega%20a%2090%2C0,%25%20para%2092%2C3%25..> Acesso em: 10 out. 2022.

RIBEIRO, Ludmila M. L.; VILAROUCA, Márcio G.. Como Devo Fazer Entrevistas?. In: QUEIROZ, Rafael M. R.; FEFERBAUM, Marina. **Metodologia da Pesquisa em Direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SHUENQUENER, Valter; GABRIEL, Anderson de Paiva; PORTO, Fábio Ribeiro. **Justiça 4.0: A transformação tecnológica do poder judiciário deflagrada**

pelo CNJ no biênio 2020-2022. In: FUX, Luiz et al. **O Judiciário do Futuro: Justiça 4.0 e o processo contemporâneo**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

SUSSKIND, Richard. **Online Courts and the Future of Justice**. 1 ed. Oxford: Oxford University Press, USA, 2019.

USA. U. S. GENERAL SERVICES ADMINISTRATION. **User Experience Basics**. Disponível em: www.usability.gov/what-and-why/user-experience.html. Acesso em: 27 dez. 2021.

Submissão: 01.nov.22

Aprovação: 25.fev.23

ENSINO JURÍDICO NO BRASIL: UMA REFLEXÃO HISTÓRICA E AS ATUAIS DIRETRIZES CURRICULARES NACIONAIS

LEGAL EDUCATION IN BRAZIL: A HISTORICAL REFLECTION AND THE CURRENT NATIONAL CURRICULUM GUIDELINES

Beatriz de Castro Rosa

Doutora e Mestre em Direito Constitucional (Unifor). Curso de Formação e Aperfeiçoamento em Mediation and Conflict Resolution pela Columbia Law School (NY-EUA). Professora Universitária dos Cursos de Graduação em Direito da Unifor e Unichristus e da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Unichristus.

E-mail: beatrizcastrorosa@gmail.com

Denise Almeida de Andrade

Doutora e mestre em Direito Constitucional, Pós-Doutora em Direito Político e Econômico. Professora do Mestrado e Graduação da Unichristus. Professora da FGVLaw. Co-coordenadora do grupo de pesquisa Mulheres e Democracia.

E-mail: andradedenise@hotmail.com

Resumo

Esta pesquisa possui como objetivo analisar como a formação jurídica tem sido orientada no Brasil, a partir da criação dos primeiros cursos de Direito, a fim de compreender como os melhores cursos de Direito, segundo o RUF, estão implementando as Diretrizes Curriculares Nacionais, notadamente, quanto as novas tecnologias e a inteligência artificial. Para responder ao questionamento, realizou-se uma análise histórica sobre a base da formação jurídica no Brasil e verificou-se como as competências e habilidades descritas nas Diretrizes Curriculares dos Cursos de Direito coadunam com os conhecimentos necessários para o exercício das profissões jurídicas no contexto da contemporaneidade e

como o uso inteligência artificial e/ou novas tecnologias tem sido incorporada à formação jurídica. A pesquisa é exploratória e os procedimentos adotados seguem uma abordagem qualitativa. É possível concluir que as instituições de ensino jurídico pesquisadas estão em processo de adequação de suas matrizes curriculares para a implementação das competências e habilidades apontadas nas DCN's, em especial, quanto às novas tecnologias e a inteligência artificial.

Palavras-chave: Ensino Jurídico. Habilidades e competências. Diretrizes Curriculares. Tecnologia.

Abstract

This research aims to analyze how legal training has been oriented in Brazil since the creation of the first Law courses and how the best Law courses, according to the RUF, are implementing the National Curriculum Guidelines, notably, regarding new technologies and intelligence artificial. To answer the question, a historical analysis was carried out on the basis of legal training in Brazil and it was verified how the skills and abilities described in the Curricular Guidelines of Law Courses are in line with the knowledge necessary for the exercise of legal professions in the context of contemporaneity and how the use of artificial intelligence and/or new technologies has been incorporated into legal education. The research is exploratory and the adopted procedures follow a qualitative approach. It is possible to conclude that the researched legal education institutions are in the process of adapting their curricular matrices for the implementation of the competences and abilities indicated in the DCN's, in particular, regarding new technologies and artificial intelligence.

Keywords: Legal Education. Skills and competences. Curriculum Guidelines. Technology.

1 INTRODUÇÃO

Embora a temática não seja recente, a discussão sobre o ensino jurídico sempre se destacou como pauta estimulante e de extrema relevância nas áreas acadêmica e corporativa, tendo em vista ter acompanhado o processo de

formação política-cidadã das classes dirigentes do país e, atualmente, para ter um relevante papel no fortalecimento da democracia no Brasil.

Entre os pesquisadores do assunto existe um consenso sobre a compreensão de que o modelo de formação de bacharéis no Brasil vivencia desde a inauguração dos cursos jurídicos no país, uma crise e, que o cenário contemporâneo anseia pela elaboração de um projeto pedagógico para a formação desse bacharel com consistente embasamento não somente no campo técnico-científico, mas com forte ênfase nas dimensões social, ética e atitudinal, haja vista a necessidade de desenvolver competências e habilidades necessárias ao exercício profissional no século XXI.

Ao que parece, os profissionais do Direito não estão sendo estimulados a desenvolver habilidades para compreender o contexto sociopolítico em que estão inseridos e a aptidão para intervir nesse contexto com poderes decisórios. Por essa razão, tem sido cada vez mais evidente a importância de questionar a formação acadêmica dos futuros bacharéis.

Realizar um estudo mais aprofundado sobre a formação acadêmica dos bacharéis e o papel dos cursos de Direito no Brasil no atual contexto do Estado Democrático é uma proposta que surgiu da necessidade de compreender a relação entre o ensino jurídico e as instituições do poder que o justificam ou retroalimentam e, situar historicamente os fatores que ensejaram a (de) formação desses profissionais. Ademais, verificar como as competências e habilidades descritas nas Diretrizes Curriculares para os Cursos de Direito coadunam com os conhecimentos necessários para o exercício das profissões jurídicas e se adequam ao contexto da contemporaneidade.

2 O ENSINO JURÍDICO: HISTÓRICO SOBRE FORMAÇÃO DA ELITE POLÍTICO-ADMINISTRATIVA POR BACHARÉIS

A independência do Brasil, em 1822, inaugurou um novo momento histórico em relação à educação superior, diante da necessidade de formação e qualificação dos futuros ocupantes dos diversos cargos públicos institucionalizados,

já que o bacharelado jurídico brasileiro era até esse momento formado em Portugal e preparado para manter os interesses da administração colonial, conforme destaca Olívio (2000, p.216):

Em Coimbra, a formação em Direito era um processo de socialização destinado a criar um senso de lealdade e obediência ao rei. É bastante significativo que, durante os trezentos anos em que o Brasil foi colônia de Portugal, Coimbra fosse a única Faculdade de Direito dentro do império português.

No entanto, antes de avançar sobre a temática no período imperial, é necessário considerar que a história do ensino jurídico brasileiro tem suas raízes fincadas em Portugal, pois foi naquela instituição de ensino superior (Coimbra) que se formou quase que a totalidade da elite brasileira no período colonial.

Por essa razão é tão relevante conhecer o ensino jurídico efetivado em Coimbra para perceber a sua influência na educação jurídica brasileira, tendo em vista que “a filosofia escolástica difundida na época dos jesuítas produziu um ensino do direito abstrato e essencialista, distante da realidade histórica e material” (TAGLIAVINI, 2014).

O processo de colonização no Brasil influenciou diretamente a metodologia educacional no país, tornando ainda mais evidentes os traços distintivos do sistema educacional brasileiro, quais sejam, a exclusão e o elitismo, que ainda preponderaram na sociedade brasileira nos dias atuais (ROSA, 2007).

A educação estabelecida no país, no citado período, tinha por objetivo prover, em princípio, a escolarização das camadas dominantes, ou seja, o ensino dos filhos dos primeiros colonos e imigrantes europeus que aqui se estabeleceram no primeiro momento da colonização.

Devido ao vínculo de submissão existente entre o Brasil Colônia e sua Metrópole, o modelo educacional utilizado pelos jesuítas reproduzia aquele vigente na Metrópole, não ameaçando, dessa forma, as estruturas coloniais. Não se permitia, por exemplo, que os estudantes tivessem acesso às inovações científicas e nem que compreendessem a realidade política e econômica na qual estavam inseridos.

O sistema de ensino dos jesuítas, durante longo tempo, foi a base da educação brasileira. Este aparelho educacional instruiu praticamente todos os grandes intelectuais brasileiros entre os séculos XVI e XVIII. Os estudos eram iniciados nos colégios jesuíticos e finalizados em Portugal, especialmente em Coimbra, onde se formavam em Letras, Filosofia, Medicina e, sobretudo, em Direito, reforçando, dessa forma, os vínculos culturais com a metrópole portuguesa.

O fim da hegemonia educacional jesuítica no Brasil ocorreu em 1759, quando o Marquês de Pombal realizou reformas educacionais, com orientação iluminista em Portugal e em suas colônias. No que concerne ao ensino do direito, a reforma pombalina conferiu maior realce ao estudo do direito pátrio ao preterir o Direito Romano e introduzir a “lei da boa razão” e os princípios racionalistas de interpretação das normas jurídicas (VENÂNCIO FILHO, 2011).

Se por um lado é possível aferir que houve certo avanço em relação ao modelo pedagógico anterior, por outro, a reforma pombalina representou uma verdadeira contradição, pois ao mesmo tempo em que pretendia propagar os ideais iluministas, ansiava em elevar o poder real e o despotismo; quis civilizar a nação, porém mantinha um sistema escravocrata em sua colônia. Em síntese, “a reforma pombalina de 1772, pretendendo-se ilustrada, capaz de trazer uma racionalidade moderna, dedutivista e sistemática, porém não era democrática nem liberal” (LOPES, 2009).

Ainda é válido ressaltar que as alterações propostas pela reforma pombalina não foram imediatamente implementadas no Brasil. Foram necessários quase trinta anos para que Portugal assumisse novamente o controle pedagógico da educação realizada em terras brasileiras e concretizasse expulsão dos jesuítas, arruinando, com isso, seu modelo educacional sistemático.

Com a independência do Brasil em 1822, uma nova pauta veio à tona. Além da independência política, era urgente consolidar o processo emancipatório também do ponto de vista cultural, responsabilidade que caberia à educação.

A formação de uma elite político-administrativa nativa, cuja responsabilidade seria a de resolver os problemas acarretados com a independência, como a

necessidade de integração do território nacional, entre seu povo e o governo para tornar o país, de fato, soberano, deveria ocorrer nas terras brasileiras, sem que houvesse a dependência de recorrer a Portugal ou outros países europeus para aquisição de conhecimentos científicos. Tal premissa era de relevante importância, inclusive para a consolidação da soberania nacional. Como ensina Falcão (1984, p.107):

As faculdades de direito nasceram no Brasil como instrumentos de consolidação de nossa independência política e cultural, e de introdução do liberalismo como ideologia nacional. Visavam então, formar prioritariamente a elite político-burocrática do Estado, dedicada sobretudo ao exercício de atividades não necessariamente jurídicas.

Embora a Constituição Imperial de 1824 tenha mencionado a palavra universidade, a verdade é que, no Brasil, a preocupação com a implantação de uma universidade foi tardia. Vale destacar que desde 1808, com a vinda da Família Real para o Brasil, foram inaugurados alguns cursos superiores, como os de Medicina, na Bahia e no Rio de Janeiro, porém, de forma isolada. Com o animus de instituir uma universidade brasileira, em 1825, o Decreto de 09 de janeiro criou “provisoriamente” o primeiro curso de Direito no Rio de Janeiro, com base no artigo 179 da Constituição de 1824¹. No entanto, sua implementação nunca saiu do papel.

Por sua vez, a diretriz pedagógica a ser considerada na matriz curricular dos cursos superiores era de que as disciplinas deveriam atuar em prol da manutenção do contexto imperial, conforme ressalta Venâncio Filho:

1 Artigo 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. (...) XXX. Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes. BRASIL. Constituição (1824). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 20 de set. 2015.

O decreto considera dentre os benefícios da educação e da instrução pública o conhecimento do direito natural, público e das gentes, e das leis do Império, com o objetivo de obter para o país futuros magistrados e acautelando a notória falta de bacharéis formados para lugares da magistratura (2011, p.19).

Diante do imperceptível avanço do sistema educacional brasileiro no que diz respeito à educação primária, é possível aferir que o escopo do governo imperial era, de fato, a capacitação da elite dirigente do Brasil, e todos os esforços deveriam ser direcionados aos cursos superiores, como forma de viabilizar a estabilização do Estado Brasileiro.

Dessa forma, a criação dos cursos jurídicos foi uma opção política da elite nacional dirigente, pois tinham importante papel a desempenhar na estrutura político-administrativa e ideológica do Estado Brasileiro que tentavam cunhar, conforme ensina Joaquim Falcão:

Neste contexto, duas funções específicas são confiadas às Faculdades. A primeira, bem mais complexa e menos evidente, situa-se ao nível cultural-ideológico. As Faculdades de Direito constituíram-se nas principais instituições responsáveis pela sistematização teórica, ou científica, como então entendiam, da nova ideologia político-jurídica, o liberalismo, a quem se confiava a integração ideológica do Estado Moderno que a elite projetava. A segunda, mais perceptível, nem por isso menos importante, tratava de operacionalizar essa ideologia. Vale dizer, formar os quadros para a gestão do Estado nacional. É o prelúdio da burocracia federal (1984, p.17).

As primeiras Academias de Direito estabelecidas foram as Faculdades de Direito de Olinda e São Paulo, constituídos no Brasil apenas em 1827, por lei assinada pelo Imperador Pedro I. A instalação dos cursos de Direito no Brasil ocorreu, efetivamente, em 1828. Em São Paulo, estabeleceu-se no Convento de São Francisco, por isso é reconhecida como Faculdade de Direito do Largo de São Francisco ou “San Fran” e, em Olinda, no mosteiro de São Bento.

Diante da carência em relação à estrutura física, corpo docente e conteúdo programático, o ensino jurídico brasileiro permaneceu vinculado aos interesses de Portugal, uma vez que as aulas ocorriam em dependências religiosas e os professores eram cedidos pela antiga Metrópole. Até os Estatutos apresentados pelo Visconde de Cachoeira tinham como base os Estatutos de Coimbra, como é possível aferir de um estudo mais minucioso sobre os compêndios apresentados (Joaquim Falcão, 1984).

Embora os laços com Portugal não tivessem sido completamente desfeitos, tais cursos tiveram relevante papel político, uma vez que se prestaram a formação da jovem elite brasileira, que ocuparia os cargos políticos e administrativos e deveria ser responsável pela consolidação do Estado Nacional emergente.

Logo, as primeiras faculdades de Direito no Brasil surgiram com a consolidação do Estado brasileiro e a formação de bacharéis passou a ter relevante papel na organização vertical do Estado. Para Adorno (1988, p.235) esse movimento “foi motivado pela imperiosa necessidade de independização cultural da sociedade brasileira, recém egressa do estatuto colonial tanto quanto pelo imperativo político de se formarem quadros para a burocracia estatal”.

A criação dos cursos em Pernambuco e São Paulo tinha por objetivo a integração do país, como uma unidade nacional. A preocupação do governo imperial escravista, de fato, era a formação das elites dirigentes para consolidação de uma unidade nacional no Brasil.

José Murilo de Carvalho (2003, p.83) destaca que “O governo central manteve sempre estrita supervisão das escolas superiores, sobretudo as de direito. Diretores e professores eram nomeados pelo ministro de Império, programas e manuais tinham de ser aprovados pelo Parlamento”. Considerando-se a dimensão territorial brasileira e as rivalidades provinciais, ao estabelecer as duas escolas jurídicas naquelas Províncias, a Coroa atingiu o objetivo de concentração.

Vale ressaltar que nesse período a formação jurídica no Brasil não revelava qualquer preocupação com a formação de bons juristas, capazes de perceber as necessidades da sociedade estratificada do período colonial. O ensino jurídico contemplava, essencialmente, a legitimação da monarquia no Brasil.

As faculdades de Direito foram, portanto, estabelecidas para atender às necessidades da estrutura burocrática de um Estado nacional emergente. Sérgio Adorno, por sua vez, destaca que “o ensino jurídico, inicialmente, privilegiou a formação política e não a formação exclusivamente jurídica” (1988, p. 141).

Contudo, o interesse direcionado quase que exclusivamente para a formação dessa “mão de obra especializada”, a qual iria compor os quadros político-administrativos do Brasil Império, ofuscou a necessidade de real profissionalização desses bacharéis para atender as expectativas sociais, fato que suscitou algumas alterações e reformas no ensino e na estrutura curricular dos cursos de Direito.

Durante a República, merece atenção o movimento de expansão dos cursos jurídicos, diante da autorização de criação de cursos e faculdades livres. Em 1891, foram criados novos cursos de Direito na Bahia e no Rio de Janeiro. Em 1892, o de Minas Gerais e no início do século XX, as faculdades de Direito do Rio Grande do Sul, do Pará, do Ceará, Amazonas, Paraná e Maranhão.

Em 1895, apresentou-se um novo currículo para os cursos jurídicos, através da Lei nº. 314, de 30 de outubro, pela qual fora estabelecida nova estrutura curricular com distribuição das disciplinas e a reorganização do ensino nas Faculdades de Direito, que passaria a ser cursada em 5 (cinco) anos. Se comparado ao currículo anterior, nota-se que este foi mais abrangente, além de buscar conferir maior profissionalização para os egressos dos cursos jurídicos. Nele, além da exclusão da cadeira de Direito Eclesiástico, observa-se a exclusão da disciplina de Direito Natural, influência da orientação positivista que influenciara o movimento republicano (Rodrigues, 1988).

Porém, embora outras mudanças tenham sido realizadas, sendo a última delas em 1925, não ocorreram alterações significativas na matriz estrutural dos cursos. Vale ressaltar, ainda, que a década de 20 foi marcada pelo progresso do pensamento educacional brasileiro.

Na década de 30, o Ministério da Educação foi instituído, quando foram realizadas as primeiras reformas educacionais do novo governo. O processo de industrialização iniciado nesse período e as alterações sócio-político-econômicas

no cenário nacional foram fatores que incidiram sobre o nível de escolarização da população, principalmente, da classe trabalhadora.

Nessa conjuntura política, foi criada a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, o que implicou a regulamentação da profissão do advogado ao limitar o campo de atuação exclusivamente aos que possuísem o grau superior de bacharel em Direito. Esse contexto também revelou aos bacharéis em direito novas possibilidades de exercício da profissão.

Quanto ao ensino jurídico, o que nos chama a atenção foi o nítido caráter profissionalizante conferido pela Reforma Francisco Campos, certamente em razão do processo de industrialização e do cenário sócio-político-econômico que se instaurava no país. Tal característica resta evidenciada pelo desdobramento do curso em dois: o curso de Bacharelado e o de Doutorado, conforme esclarece Rodrigues (1998), ao “primeiro caberia a formação de práticos do Direito e ao segundo, caberia a formação dos cientistas da área”.

No entanto, mesmo com alterações realizadas pela Reforma Francisco Campos, ainda era possível perceber que os currículos dos cursos de Direito possuíam matrizes fechadas e inflexíveis, que continuavam a formar profissionais com base nas concepções do poder político, ou seja, a formação jurídica continuava dissociada dos problemas e da realidade social de seu tempo. San Tiago Dantas (2001, p.40), em seu histórico discurso realizado em razão da aula inaugural dos cursos da Faculdade de Direito, em 1955, destacou:

A incapacidade da classe dirigente para criar, assimilar, executar e adaptar as técnicas necessárias ao controle do meio físico e do meio social já permitiu que se iniciasse entre nós, sobretudo nos centros urbanos e nas regiões mais adiantadas, onde a pressão dos problemas irresolvidos se faz sentir com maior intensidade, o processo de secessão da classe dirigida, a qual se está separando rapidamente da antiga classe dirigente e apresentando a inevitável reação demagógica, que acompanha o colapso da liderança.

Uma importante alteração curricular foi implementada em 1962, conforme previsão do Parecer 215, aprovado pelo Conselho Federal de Educação, pelo que se estipulou um “currículo mínimo” para o Curso de Direito. Vê-se que o currículo jurídico se manteve com o mesmo núcleo fixado pela Lei n. 314 de 1895 até a mudança de concepção de “currículo único”, uniforme, para todos os cursos em uma nova perspectiva de “currículo mínimo” para os cursos de graduação, incluindo-se, portanto, o bacharelado em Direito, na forma e sob as competências previstas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional 4.024/61.

Importante salientar que, em 1963, a Lei n. 4.215 reformou o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, ao regulamentar a profissão do advogado, o estágio profissional, além de instituir o exame de ordem. A criação do exame de ordem foi percebida no momento que um número expressivo de cursos revelava um baixo padrão de qualidade.

O Ministério da Educação e Cultura (MEC) celebrou diversos acordos com a agência norte-americana *Agency for International Development (USAID)*, denominados de “acordos MEC-USAID”, pelos quais os Estados Unidos se comprometiam a diagnosticar os problemas da educação nacional e disponibilizar as soluções cabíveis, com base nas diretrizes do desenvolvimento nacional fundamentadas no capital humano. Assim, diversas alterações começaram a ser implementadas na educação brasileira. Em 1968, pela promulgação da Lei 5.540/68, instaurou-se a reforma universitária (ROSA, 2007). Essas políticas educacionais implementadas introduziram um modelo educacional norte-americano nas universidades brasileiras, cujo objetivo era a qualificação do capital humano, diante do processo de industrialização.

No caso dos cursos de Direito, a situação era ainda mais delicada, pois lhes foi conferido um caráter técnico-profissionalizante. Horácio Wanderlei Rodrigues (1995, p.25) destaca que a formação conferida pelos cursos de Direito detinha características de cursos profissionalizantes, praticamente sem considerar os aspectos humanista e da cultura geral. Na sua opinião, esses aspectos foram preteridos a atividades de prática forense.

Em 1972 estruturou-se um novo currículo mínimo para os Cursos de Direito, através da Resolução nº 3, do Conselho Federal de Educação, a qual vigorou até o advento da Portaria nº 1.886 em 1994, que permitiu ao ensino jurídico, pela primeira vez, a flexibilização da matriz curricular, proporcionando adequação às necessidades do mercado de trabalho e às realidades locais e regionais (BASTOS, 1997). O fato é que a expansão do ensino superior ocorrida a partir da década de 70, atendeu a uma demanda social reprimida da classe média de acesso ao ensino superior em busca de ascensão social, ingresso no mercado de trabalho e melhores condições de vida.

3 O ENSINO JURÍDICO E A FORMAÇÃO DE BACHARÉIS NO ATUAL CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A regulamentação trazida pela Portaria nº 1.886/94, do MEC e consolidada na Resolução nº 09/2004, contemplou significativas mudanças para readequar os currículos dos cursos jurídicos a uma nova realidade social, já integrada à globalização e aos novos recursos tecnológicos e de comunicações.

Após ampla discussão, entrou em vigor, em 2004, a Resolução nº. 9 do CNE/CES, que estabeleceu as diretrizes curriculares para os cursos de Direito. A referida Resolução previu a necessidade de organização do Projeto Político Pedagógico, através de um conjunto de ações, como a previsão de uma formação geral e humanística, pela qual fosse capaz de analisar e interpretar o fenômeno jurídico, aliada a uma postura crítica como referencial do perfil do graduando e a identificação de habilidades e competências profissionais para egresso.

Ademais, a Resolução CNE/CES Nº 9 de 2004 estabeleceu que os cursos de Direito deveriam seguir as seguintes diretrizes curriculares e organizar suas matrizes com o objetivo de formar um bacharel em Direito com o perfil generalista e humanista:

Art. 3º. O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania.

Pode-se perceber claramente que o perfil de profissional definido pela Resolução CNE/CES Nº 9 de 2004 estava alinhado aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito no Brasil, em que foram instituídos valores constitucionais como a democracia, a justiça social e a dignidade da pessoa humana, conforme é possível aferir do texto constitucional que estabelece os princípios fundamentais e tem como fundamentos (art.1º, CF).

A educação, como instrumento de promoção da cidadania precisa ter como objetivo oportunizar todas as fontes de informação e opinião, a fim de que os sujeitos possam compreender seu papel como agente social. Promoção da cidadania não significa acesso ao voto ou à manifestação de expressão, exclusivamente. É um conceito muito mais amplo, a conjugação entre os direitos civis, sociais e políticos assegurados aos membros de uma sociedade. Direitos que “adquirem efetividade através do exercício das liberdades individuais, da participação política e do acesso a bens de consumo e a proteção social” (SOUZA, 2002).

Assim sendo, os projetos pedagógicos dos cursos de Direito devem estar atentos às tendências da pedagogia atual, das Diretrizes Curriculares, bem como considerar os princípios democráticos estabelecidos pela Constituição Federal. Destaca Tagliavini (2014, p.79):

Renovar a educação Jurídica é fazer opção pela qualidade do conhecimento jurídico, da percepção jurídica, da capacidade de lidar juridicamente com os problemas, de pesquisar e de argumentar juridicamente, no lugar da quantidade das informações conteudistas, enciclopédicas, transmitidas por professores estressados a estudantes desinteressados.

Quanto às habilidades e competências que deveriam ser desenvolvidas pela formação profissional, a mencionada Resolução dispunha:

Art. 4º. O curso de graduação em Direito deverá possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as seguintes habilidades e competências:

I - leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos ou normativos, com a devida utilização das normas técnico-jurídicas;

II - interpretação e aplicação do Direito;

III - pesquisa e utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e de outras fontes do Direito;

IV - adequada atuação técnico-jurídica, em diferentes instâncias, administrativas ou judiciais, com a devida utilização de processos, atos e procedimentos;

V - correta utilização da terminologia jurídica ou da Ciência do Direito;

VI - utilização de raciocínio jurídico, de argumentação, de persuasão e de reflexão crítica;

VII - julgamento e tomada de decisões; e,

VIII - domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito.

Embora as diretrizes curriculares sobre o ensino do Direito intencionassem uma formação mais completa do ponto de vista humanístico e axiológico, baseada em competências e habilidades, a formação dos bacharéis em Direito permaneceu sendo alvo de muitas críticas por continuar canalizando seus objetivos de aprendizagem em conteúdos técnicos, como manifesta-se Tagliavini (2013, p.55) “não deixa de ser preocupante que um curso que abre um leque de possibilidades profissionais tão amplo pode, por isso mesmo, não formar para nada”.

A formação dos egressos tem sido recorrentemente questionada diante dos péssimos resultados obtidos por esses cursos no Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes (ENADE) e no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil

(OAB). O Exame da Ordem, por exemplo, apresenta um significável índice de reprovação. Em junho de 2022, o Conselho Federal da OAB² divulgou o desempenho das Instituições de Ensino Superior (IES) no 33º Exame de Ordem Unificado, realizado no segundo semestre de 2021. Conforme relatório apresentado, dentre os 150.044 inscritos, 140.739 (93,7%) examinandos estiveram presentes na primeira fase. Deste total, 39.558 foram aprovados na segunda fase, o que significa 28,1% de aprovação dos que fizeram a prova.

Esse desempenho vem se repetindo nos últimos anos e é tão alarmante que a OAB e o Ministério da Educação (MEC), decidiram, por meio de um acordo inédito, no ano de 2013³, interromper a abertura de novos cursos de Direito no país até a implementação de uma nova política regulatória do ensino jurídico. A OAB integra a Câmara Consultiva Temática de Política Regulatória do Ensino Jurídico junto ao MEC. Em 2014, o MEC publicou, em 22 de dezembro de 2014, uma portaria que estabelece critérios mais rigorosos para a avaliação de novos cursos e faculdades de Direito.

Já os resultados do ciclo do ENADE⁴ para os cursos de Direito, em 2018, segundo a Associação Brasileira de Mantenedoras de Ensino Superior (ABMES)⁵ revelam que dos cursos de Direito avaliados, 33,8% dos cursos obtiveram conceito 2 (dois) e 43,4% conceito 3 (três). Apenas 6,9% dos cursos foi avaliado

2 Dados disponíveis no portal do Conselho Federal da OAB. Disponível em <https://www.oab.org.br/noticia/59808/confira-o-desempenho-de-faculdades-de-todo-o-pais-no-33-exame-de-ordem>. Acesso em 20 jun. 2022.

3 Notícia vinculada no portal do MEC. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/ultimas-noticias/212-educacao-superior-1690610854/18533-mec-e-oab-assinam-acordo-para-aprimorar-cursos-de-direito>. Acesso em 24 mar. 2013.

4 Resultados divulgados pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) em seu portal, <https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/avaliacao-e-exames-educacionais/enade>, em 17 de set. de 2020.

5 Informações disponíveis em <https://abmes.org.br/noticias/detalhe/3524>. Acesso em 04 out. 2022.

com o conceito máximo, nota 5 (cinco). No ano de 2022, os cursos de Direito submeteram-se a um novo ciclo de avaliação ainda sem resultados divulgados.⁶

A avaliação do ENADE diferencia-se do Exame da Ordem por aferir a postura crítica, reflexiva e interpretativa do acadêmico frente aos problemas apresentados, estando mais alinhada ao perfil do bacharel apresentado pelas Diretrizes Curriculares dos Cursos de Direito. O Exame da OAB, por sua vez exige, na maior parte da avaliação, a memorização de conteúdos normativos, fatos e conceitos.

Embora esses exames avaliem de maneira completamente diferente os estudantes de Direito, os dados podem servir como parâmetro para mensurar a qualidade dos cursos de Direito se aliados a outros fatores como: o não preenchimento de postos de emprego e vagas ociosas em concursos públicos.

De um lado, os empregadores destacam que muitas vezes o bacharel possui formação técnica razoável, no entanto, deixa a desejar em relação a competências e habilidades referentes à tomada de decisão, criticidade, poder de argumentação, liderança, iniciativa e posicionamento.

Assim sendo, compreende-se que as diretrizes curriculares devem orientar ao anseio de atualizar a formação dos bacharéis em Direito, tendo em vista que os cursos de graduação e de pós-graduação não têm acompanhado o avanço da tecnologia e da ciência, além disso é esperado que discussão seja ampla e que as diretrizes não se limitem à simples revisão de conteúdos. Como ensina Machado (2019, p.19):

O ensino formalista, centrado apenas no estudo dos códigos e das formalidades legais; o ensino excessivamente tecnicista, resumido no estudo das técnicas jurídicas de interpretação e aplicação dos textos legais sem qualquer articulação com os domínios da ética e da

6 Aguardando dados relativos ao ciclo de 2022 pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) <https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/avaliacao-e-exames-educacionais/enade>, em 30 de ago. de 2023.

política; o predomínio incontestável da ideologia positiva; o ensino completamente esvaziado de conteúdo social e humanístico; a baixa qualidade técnica da maioria dos cursos jurídicos; a proliferação desordenada desses cursos sem nenhum controle eficiente sobre a qualidade dos mesmos; o predomínio de uma didática superada e autoritária, centrada exclusivamente na aula-conferência e na abordagem de conteúdos programáticos aleatoriamente definidos, etc”.

É insuficiente ao indivíduo o mero desenvolvimento de algumas habilidades técnicas. Embora seja parcela da educação, não é o bastante. O pleno desenvolvimento do educando é obtido quando se possibilita o progresso de todas as suas faculdades, quais sejam, físicas, racionais, emocionais, volitivas. Como ensina Ghirardi:

Nos cursos jurídicos podemos ainda mais. Temos a oportunidade privilegiada de ajudá-los a construir a ideia que farão de justiça em um país ainda tão miseravelmente injusto como o nosso. Podemos contribuir para a ideia que farão do direito e de sua função dentro da sociedade brasileira, para a maneira como se posicionarão sobre questões tão fundamentais quanto a da liberdade, da igualdade e da justiça, sobre sua difícil realização concreta, sua distribuição tantas vezes abjetamente desigual. Temos a chance única de contribuir para que formem seu olhar sobre o sistema jurídico como elemento de transformação ou de manutenção do *status quo*, como instrumento de promoção do desenvolvimento ou como obstáculo para o desenvolvimento. Temos, enfim, a ocasião única de contribuir para o modo como gerações futuras de brasileiros entenderão o que é justo para nosso país e quais os caminhos para realizá-lo. (2012, p.74)

No contexto contemporâneo, de diversidade e multiculturalismo, constata-se a urgência de uma educação mais ampla, que capacite tecnicamente os juristas e desenvolva as competências necessárias ao século XXI. Essa educação deve ser guiada pela função social de ser um instrumento de mediação da relação entre

sociedade e exercício da cidadania, com alicerce na democracia, na ética, na equidade, na justiça e na solidariedade.

4 AS NOVAS DIRETRIZES CURRICULARES NACIONAIS PARA OS CURSOS DE DIREITO

No final do ano de 2018, o MEC publicou a Resolução CNE/CES n.5, de 17 de dezembro, que instituiu as novas Diretrizes Curriculares Nacionais (DCN) para os Cursos de Graduação em Direito. Dentre as inovações apresentadas, percebe-se ênfase ao desenvolvimento de competências.

As novas Diretrizes Curriculares Nacionais preveem que a formação deverá ser de forma integrada e transversal. Além disso, não predefinem um conteúdo mínimo, conferindo maior autonomia aos cursos, porém mais diretiva quanto às competências e habilidades, conforme é possível aferir:

Art. 3º O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, capacidade de argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, além do domínio das formas consensuais de composição de conflitos, aliado a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem, autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício do Direito, à prestação da justiça e ao desenvolvimento da cidadania.

É possível destacar como objetivos principais, além da ênfase na formação baseada em competências e habilidades, a interdisciplinaridade, a flexibilidade curricular, o incentivo à Pesquisa e a Extensão, com a curricularização da extensão. Além disso, inclui, dentre outras competências, a necessidade de atualizar a formação desse profissional considerando as novas tecnologias e a inteligência artificial (art.4o, inciso XI).

As mudanças propostas nas diretrizes têm o potencial de elevar a qualidade da formação jurídica no Brasil, tornando-a mais alinhada nas demandas da sociedade contemporânea.

A ênfase em competências e habilidades torna os graduados em Direito mais preparados para enfrentar os desafios da prática jurídica, indo além do simples conhecimento doutrinário. A flexibilidade curricular e o incentivo à interdisciplinaridade podem estimular a inovação na forma como o Direito é ensinado e praticado, preparando os estudantes para um mundo globalizado, cujos impactos da tecnologia são perceptíveis em um mercado de trabalho em constante transformação.

Após a publicação da referida Resolução, as IES tiveram prazo de dois anos para adequar suas matrizes curriculares às DCN. Uma das maiores dificuldades tem sido a implementação efetiva das novas diretrizes. Isso requer a adaptação de currículos, formação de professores e mudança de cultura nas faculdades de Direito.

Observa-se que ainda existe muita resistência por parte de muitas instituições e professores às mudanças propostas, preferindo manter abordagens mais tradicionais.

Para a efetivação desta política de formação que possa atender tanto às exigências do mercado como da sociedade democrática contemporânea, emerge a discussão sobre como estabelecer uma relação entre currículo, qualificação e mercado de trabalho com o objetivo de formação das competências necessárias ao profissional cidadão que suplante o ensino centralizado no reducionismo do saber tecnicista. Como adverte Oliveira (2011, p.55):

O curso de Direito, ao se identificar com as pretensões da elite social brasileira, quanto à manutenção do controle social pelas vias legais, construiu um arcabouço curricular, concentrado, basicamente, em disciplinas técnicas, cujo aprendizado das operações fundamentais para o exercício do trabalho do jurista em diversos campos de atuação se concentrou no saber-fazer, em detrimento do viés social na formação profissional.

Diante dos desafios apresentados, nesta pesquisa, foram avaliadas as matrizes curriculares dos cinco melhores cursos de Direito classificados pelo Ranking Universitário Folha (RUF), para estabelecer um recorte neste estudo, uma vez que seria inviável realizar uma análise que abrangesse todas as IES. Embora o mencionado ranking ainda não apresente dados atualizados, foi escolhido pelos seguintes critérios: ser um indicador nacional (cursos de graduação ofertados no Brasil) e por considerar, dentre seus critérios de avaliação, dados oficiais do MEC, como os resultados do ENADE, que aferem qualidade dos cursos de graduação e considerar a opinião de especialistas do mercado.

O Ranking Universitário Folha (RUF)⁷ realiza, desde 2012, uma avaliação anual das instituições de ensino superior do Brasil, públicas e privadas, classificando as universidades e os cursos de graduação em rankings. Segundo o portal do *ranking* (2018) “tal classificação é realizada com base em dados nacionais e internacionais e em duas pesquisas de opinião do Datafolha em cinco aspectos (pesquisa, ensino, *mercado*, *internacionalização* e *inovação*)”. A base em dados utilizada para a avaliação final das instituições é a seguinte:

Censo da Educação Superior Inep-MEC (2016), ENADE (2014, 2015 e 2016), SciELO (2011-2015), Web of Science (2011-2015 e 2016 para citações), Inpi (2007 -2016), Capes (2016), CNPq (2016), fundações estaduais de fomento à ciência (2016) e duas pesquisas anuais feitas pelo Datafolha sobre aspectos do ensino e do mercado (2014, 2015 e 2016) (RUF, 2018).

Já o processo de realização de classificação de cursos toma por base 64% da nota relacionada a ensino e 36% consideram a opinião do mercado. A nota sobre ensino é composta pelos seguintes quatro fatores: (i) pesquisa realizada pelo

7 Ranking de Universidades Folha (RUF). Disponível em < <http://ruf.folha.uol.com.br/2018/o-ruf/ranking-cursos/> >. Acesso em: 2 out. 2018.

Datafolha nos últimos três anos, com avaliadores do MEC, por meio de entrevista com professores de todo o país, representando 40% do total da nota; (ii) percentual de professores da instituição que possui doutorado ou mestrado, representando 8% do total da nota; (iii) percentual de docentes que trabalham em regime de dedicação integral ou parcial, representando 8% do total da nota; (iv) e a nota média da universidade no Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (ENADE) dos anos de 2014, 2015 e 2016, também representando 8% do total da nota. Já a nota atribuída pelo mercado levou em consideração a opinião de profissionais de recursos humanos sobre preferências de contratação dos últimos três anos.

Com base nos critérios acima descritos, realizou-se um recorte sobre os 03 (três) melhores cursos de graduação em Direito classificados, sendo (2) 2 deles de instituições públicas e (1) de IES privada, para aferir como estão sendo desenvolvidos os Projetos Pedagógicos dos referidos cursos de Direito, a partir de seus currículos, de acordo com a oferta da matriz curricular no ano de 2023, conforme orientações das Diretrizes Curriculares Nacionais, instituídas pela Resolução CNE/CES n.5º, de 17 de dezembro de 2018, notadamente, quanto às novas tecnologias e a inteligência artificial. A pesquisa foi realizada por meio de consultas às páginas institucionais na *internet*.

No último resultado, divulgado em novembro de 2023, duas (2) instituições privadas figuram nos primeiros lugares, a saber, os cursos de Direito da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo e no Rio de Janeiro.

4.1. Universidade de São Paulo (USP)

A Universidade de São Paulo (USP) é uma das instituições de ensino superior mais tradicionais do Brasil, sendo a sua Faculdade de Direito uma das pioneiras, criada ainda em 1827. Conforme consulta ao sítio institucional da Faculdade de Direito, é possível verificar que o curso de Direito⁸ prevê, em seu projeto

8 UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Informações básicas do currículo**. 2018. Disponível em:< <https://uspdigital.usp.br> >. Acesso em: 15 jan 2018.

pedagógico “que curso deve nortear-se por uma concepção generalista, ciente de seu papel de formação de lideranças nos vários campos da atuação jurídica na sociedade” (USP, 2018).

Após análise da matriz curricular⁹ do curso da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), observa-se que o atual currículo prevê a integralização do curso com a carga horária total de 3.885 horas.

Importante destacar que a Faculdade de Direito instituiu sua Comissão de Graduação e constituiu em março de 2015, a Subcomissão para a elaboração de um novo Projeto Pedagógico¹⁰ para o curso de Direito – autodenominada “Sanfran 190”, o qual está disponível para consulta, assim como as atas das reuniões ordinárias da referida Comissão, que, dentre outros papéis, destaca ter como missão primeira traçar diretrizes e zelar pela execução dos programas de ensino (USP, online).

Segundo dados apresentados pela IES, são mais de 2500 (dois mil e quinhentos) alunos, sendo 460 (quatrocentos e sessenta) alunos ingressantes por ano e um corpo docente composto por aproximadamente 150 (cento e cinquenta) professores.

Um dos destaques do projeto pedagógico é a flexibilidade curricular que tem sido implementada pela instituição, a partir de diagnóstico realizado, para conferir maior dinamicidade curricular, como destaca o texto do citado projeto:

com a necessidade de diminuição do número de créditos em disciplinas obrigatórias e ampliação da oferta e valorização das optativas. Mais do que isso, a Subcomissão de 2015-16 orientou-se pela busca de maior

9 UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Informações básicas do currículo**. Disponível em <https://uspdigital.usp.br/jupiterweb/listarGradeCurricular?codcg=2&codcur=2014&codhab=104&tipo=N>. Acesso em: 22 jun.2023.

10 UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Projeto Pedagógico do Curso de Direito 2018**. Disponível em: <https://direito.usp.br/pca/arquivos/6a1c5be3db36_plano-pedagogico-fduspp-versao-final-1.pdf>. Acesso em:15 abr. 2023.

coesão dos conteúdos, os quais deveriam ser organizados de maneira menos fragmentada, em número menor de disciplinas. Essas, por sua vez, distribuídas de maneira mais equilibrada ao longo dos semestres do curso, proporcionariam maior coerência ao processo de formação.

A partir dessa modificação, segundo o projeto pedagógico, a organização curricular passou a ampliação da parte optativa, com cerca de 1/3 do total da carga horária do curso.

Na oferta atual, cuja data de início do semestre 2023.2 foi 15/07/2023, observa-se que existem disciplinas obrigatórias como Economia Política e Concorrência e Mercado, bem como optativas eletivas adequadas às novas demandas como Direito e Tecnologia, Propriedade intelectual aplicada, Comércio Eletrônico, Direito, Tecnologia e Sociedade, Inteligência Artificial e Jurisprudência do Futuro, Direito da Inovação Tecnológica, Direito Civil e Novas Tecnologias, Proteção de Dados e Inteligência Artificial, dentre várias outras, o que demonstra que o projeto pedagógico corresponde à flexibilização idealizada.

4.2. Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

O Curso de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais foi criado em 1892, sendo considerado como um dos mais tradicionais do Brasil.

Conforme consulta ao sítio institucional da Universidade Federal de Minas Gerais¹¹ é possível verificar que a carga horária prevista para o curso de Direito são 3.705 horas, sendo 2.835 obrigatórias, 60 livres e 450 horas como optativas. Na página institucional da sua Faculdade de Direito na internet¹² observa-se que existe a oferta de duas graduações, a saber: Graduação em Direito e a Graduação

11 UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. Disponível em: < <https://ufmg.br/cursos/graduacao/2395/91757> >. Acesso em: 25 mai. 2023.

12 UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/> >.. Acesso em: 25 mai. 2023.

em Ciência do Estado, contudo não foi possível identificar o projeto pedagógico da Graduação em Direito.

Após análise da matriz curricular do curso de Direito da UFMG¹³ observa-se que na versão curricular disponível, não foi possível observar a inclusão de disciplinas associadas às novas tecnologias, direito digital ou afins. A matriz curricular consultada está estruturada com as disciplinas técnicas tradicionais como Direito Civil, Direito Penal, Direito Processual, Administrativo, Tributário, dentre outras.

4.3. Fundação Getúlio Vargas – Direito SP

O curso de graduação em Direito da FGV (SP) foi criado em 2005 e, conforme apresentação descrita no sítio institucional¹⁴, o curso foi concebido para “romper com o ensino tradicional ao trazer para a sala de aula uma abordagem contemporânea do Direito, que inclui metodologias participativas e um diálogo constante com outras áreas de conhecimento” (FGV, online).

Ao observar o projeto pedagógico do curso¹⁵ é possível verificar que a utilização dos métodos participativos de ensino se destacam como prática pedagógica inovadora, cujo objetivo é o protagonismo do aluno. Também é possível observar a interdisciplinaridade, a partir da abordagem multidisciplinar do curso, ao permitir o diálogo com outras áreas do conhecimento como a gestão, economia, ciência política, a partir da interação com outros cursos da FGV (os discentes podem cursar disciplinas optativas em outros cursos da instituição de ensino) e com sua Pós-Graduação (GV *Law*).

13 UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. Curso de Direito. Disponível em < <https://colgrad.direito.ufmg.br/wp-content/uploads/2022/09/Versao-Curricular-20222.pdf> >. Acesso em: 02 jun. 2023.

14 FGV Direito SP, Disponível em:< <https://direitosp.fgv.br/escola> > Acesso em 02 jun. 2023.

15 FGV Direito SP. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/default/files/link-arquivo/2021-10/2020_ci_14_projeto_pedagogico_da_graduacao_ppc_da_fgv_direito_sp_0.pdf>. Acesso em 02 jun. 2023.

De acordo com o projeto disponível, a carga horária do curso são 3.750 horas-aula e compreende as disciplinas curriculares obrigatórias (2.325 horas), disciplinas eletivas (675 horas), prática jurídica (incluindo um projeto interdisciplinar de 150 horas e duas clínicas de prática somando 150 horas), atividades complementares (200 horas) e o trabalho de curso (250 horas).

Também foi possível perceber, a partir da análise sobre as informações disponibilizadas que a IES está atenta ao impacto da tecnologia aos serviços jurídicos e ao futuro das profissões jurídicas. Importante destacar o desempenho do Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação (CEPI) mantido pela instituição.

A oferta curricular vigente para os alunos ingressantes em 2023 contempla, além das disciplinas técnicas tradicionais, disciplinas obrigatórias como Direito Global, Direito Digital, Direito e Desenvolvimento, com destaque para as clínicas jurídicas e o projeto de prática multidisciplinar, que em 2023 abordou dentre suas temáticas o Trabalho Digital.

Vê-se que, diferentemente das matrizes curriculares e propostas de formação tradicionais, que enfatizam o ensino de técnicas e transmissão de ferramentas a profissionais graduados e com certa experiência, a preocupação do FGV Direito SP está em desenvolver competências e habilidades voltadas para a prática jurídica da realidade na qual os discentes estão inseridos.

5 CONCLUSÃO

No contexto contemporâneo, de diversidade e multiculturalismo, constata-se a urgência de uma educação mais ampla, que capacite tecnicamente os juristas e desenvolva as competências necessárias ao século XXI. Essa educação deve ser guiada pela função social de ser um instrumento de mediação da relação entre sociedade e exercício da cidadania, com alicerce na democracia, na ética, na equidade, na justiça e na solidariedade.

Esta pesquisa tem revelado que a educação jurídica no Brasil, historicamente, não tem levado em consideração esse relevante aspecto e tem se ocupado

apenas da técnica jurídica, o que tem gerado uma lacuna na formação desses agentes jurídicos, prejudicando o exercício de suas atividades, sejam elas jurídicas ou não jurídicas.

A formação jurídica ainda carece de contribuições advindas das teorias educacionais e curriculares, principalmente pelo seu caráter historicamente elitista e, ao mesmo tempo, de formação massiva, que tem sido orientado pela lógica do mercado capitalista e globalizado, baseado no retorno monetário imediatista e nas políticas representativas de poder, construídas de forma ilegítima por sujeitos em crise de identidade e emergentes de momentos históricos particulares e representativos.

Por essas razões é que não se pode afastar a preocupação com a excelência dos currículos, dos projetos pedagógicos e da formação pedagógica dos professores universitários que compõem o corpo docente desses cursos.

Assim como outras áreas, o Direito tem sofrido modificações na conjuntura atual, a qual tem alterado o exercício das profissões jurídicas. O impacto é tão considerável que será inevitável a implementação de uma nova proposta de formação jurídica nos bancos universitários, a qual foi, inclusive, delineada pelas Diretrizes Curriculares Nacionais para os cursos de graduação, no final de 2018.

A Resolução CNE/CES nº 5/2018 representa passo significativo na evolução do ensino do Direito no Brasil. Suas diretrizes visam uma formação mais completa, atualizada e alinhada com as demandas da sociedade. No entanto, a implementação bem-sucedida e a avaliação contínua serão cruciais para determinar seu impacto real na formação de profissionais do Direito no país.

Como resultado dessa pesquisa, é possível identificar que dos três melhores cursos de Direito avaliados segundo critérios do RUF, dois estão implementando notadamente as Diretrizes Curriculares Nacionais, no que se refere às novas tecnologias e inteligência artificial, o que pode representar uma melhor leitura de cenário acerca da formação jurídica no contexto da contemporaneidade.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**: bacharelismo liberal na política brasileira. São Paulo: Paz e Terra, 1988.

BRASIL. Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB). **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, de 27 de dezembro de 1961.

_____. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB). **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, de 23 de dezembro de 1996.

_____. Ministério da Educação. **Conselho Nacional de Educação (CNE). Resolução nº 9, de 29 de setembro de 2004**. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Brasília, DF: Conselho Nacional de Educação, 2004. **Diário Oficial da União** 01 de outubro de 2004. Seção 1, p.17

_____. Ministério da Educação. **Conselho Nacional de Educação (CNE). Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018**. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem**: a elite política imperial. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

GHIRARDI, José Garcez. **O instante do encontro**: questões fundamentais para o ensino jurídico. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2012. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/o_instante_do_encontro.pdf. Acesso em: 24 jul. 2014.

LOPES, J. R. L. **O Direito na história**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino Jurídico e mudança social**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Vanderlei Portes de. **Ensino jurídico**: a crise do ensino do direito e o acesso à Justiça. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

OLIVIO. O ensino do Direito, os sonhos e as utopias. *In*: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). **Ensino jurídico para que(m)?** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino Jurídico**: saber e poder. São Paulo: Acadêmica, 1988.

ROSA, Beatriz de Castro. **Educação para a Cidadania**: uma exigência constitucional para a efetivação da democracia no Brasil. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2007.

SAN TIAGO DANTAS, F. C. *Em Defesa do Direito* – discurso proferido a 21 de dezembro de 1957, na cerimônia de colação de grau dos bacharéis da Faculdade Nacional de Direito. *In*: **San Tiago Dantas palavras de um professor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.p. 35-50.

TAGLIAVINI, João Virgílio (Org.). **Aprender e Ensinar Direito**: para além do direito que se ensina errado. São Carlos, SP: Edição do Autor, 2014.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das Arcadas ao Bacharelismo**: 150 anos de ensino jurídico no Brasil. 2.ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

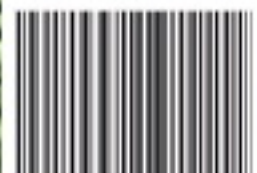
Submissão: 04.set.23

Aprovação: 01.nov.23



<i>Formato</i>	17 x 24 cm
<i>Tipologia</i>	Minion Pro
<i>Papel</i>	Sulfite Alta Alvura 75 g/m ² (miolo) Supremo 250 g/m ² (capa)
<i>Número de Páginas</i>	308
<i>Impressão</i>	Coordenadoria de Apoio Operacional Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
<i>Data</i>	Julho 2024

ISSN 1808 - 6470



/esmectjce



/esmectjce



/Esmec TJCE



esmec.tjce.jus.br



TJCE
Tribunal de Justiça
do Estado do Ceará