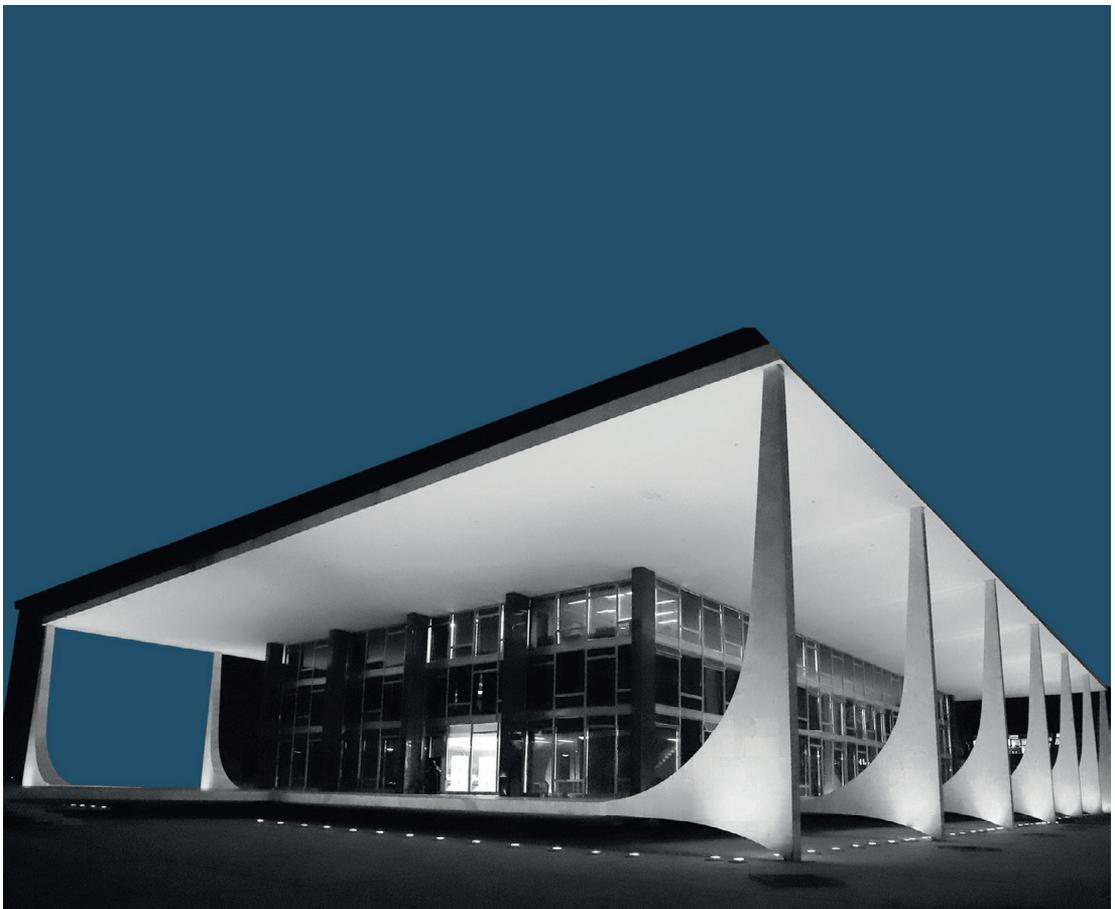


ISSN 2763-7867

# S U P R E M A

REVISTA DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS

v. 3 | n. 1 | janeiro/junho 2023

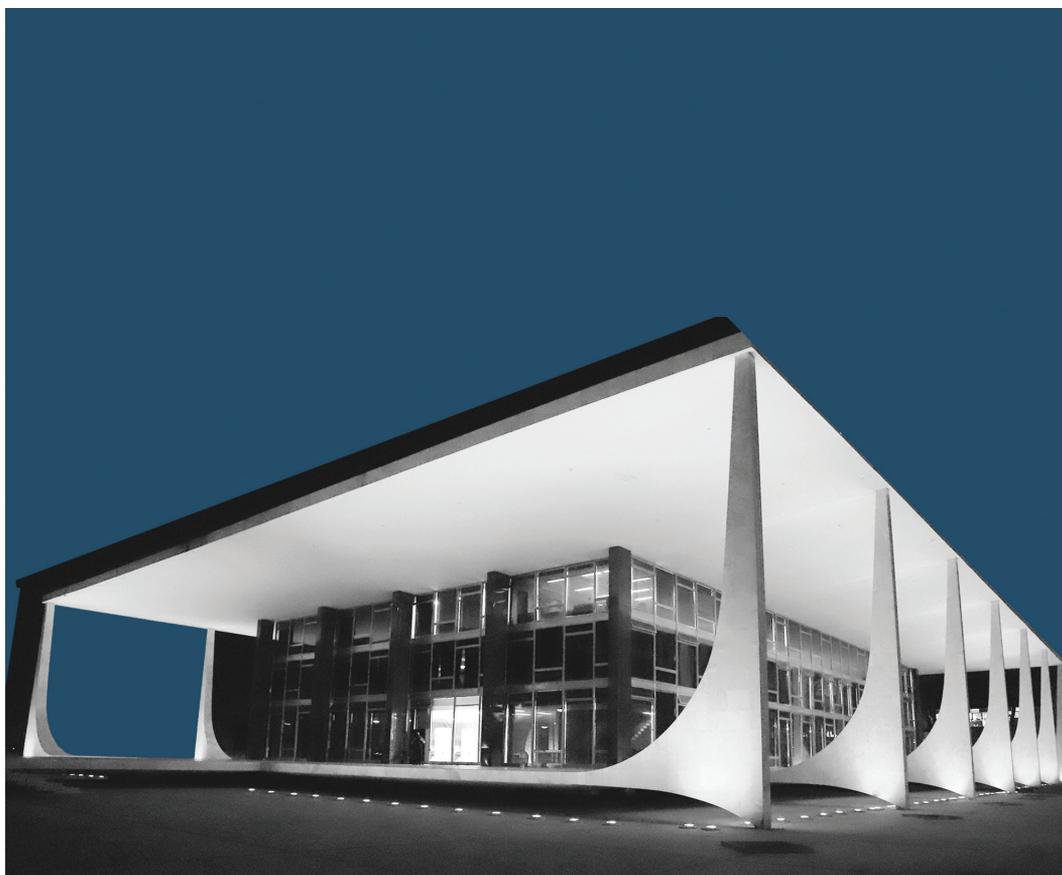


ISSN 2763-7867

# S U P R E M A

REVISTA DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS

v. 3 | n. 1 | janeiro / junho 2023



SUPREMA – Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v. 3, n. 1, p. 1-520, jan./jun. 2023.



Secretaria-Geral da Presidência  
Estêvão André Cardoso Waterloo

Gabinete da Presidência  
Daniela Fernandes Daros

Diretoria-Geral  
Miguel Ricardo de Oliveira Piazzzi

Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da  
Informação  
Fabyano Alberto Stalschmidt Prestes

Coordenadoria de Pesquisas Judiciárias  
Márcio Pereira de Souza  
Aline Borges Nascimento  
Maria José Fleury  
Maria Lucia Alves Vieira de Lima

Coordenadoria de Biblioteca  
Luiza Gallo Pestano  
Andréia Cardoso Nascimento  
Gabriela Ayres Miranda Cunha  
Luciana Araújo Reis

Coordenadoria de Difusão da Informação  
Flávia Trigueiro Mendes Patriota  
Aline da Silva Pereira  
Ana Carolina Caetano  
Camila Penha Soares  
Cíntia Aryssa Okada  
David Duarte Amaral  
Juliana Silva Pereira de Souza  
Lilian Januzzi Vilas Boas  
Marcela Nunes Fernandes  
Márcia Gutierrez A. Bemerguy  
Rosa Cecília Freire da Rocha

Coordenadoria de Gestão da Informação, Memória  
Institucional e Museu  
Ana Paula Alencar Oliveira

Assessoria de Assuntos Internacionais  
Oswaldo dos Santos Pizzá

Assessoria de Cerimonial  
Célia Regina de Oliveira Gonçalves

Assessoria de Inteligência Artificial  
Rodrigo Lobo Canalli

Secretaria de Tecnologia da Informação  
Natacha Moraes de Oliveira

Secretaria de Comunicação Social  
Mariana Araujo de Oliveira

Os trabalhos estão licenciados com uma Licença Creative Commons – Atribuição 4.0 Internacional. É autorizada a reprodução total ou parcial desde que inserida a fonte e indicada a autoria do texto, no formato indicado na página inicial de cada artigo.



Endereço: Coordenadoria de Pesquisas Judiciárias – COPJ, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação – SAE, Supremo Tribunal Federal – STF, Praça dos Três Poderes, Ed. Anexo II, Cobertura, sala 613, Brasília, DF, CEP 70175-900. Telefone: (61) 3217.3595/ (61) 3217.3500. E-mail: revistasuprema@stf.jus.br. Site: suprema.stf.jus.br/

Os conceitos e as opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Supremo Tribunal Federal – Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal)

Suprema [recurso eletrônico] : revista de estudos constitucionais / Supremo Tribunal Federal. – V. 3, n. 1 (jan./jun. 2023)- . – Brasília : STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2021- .  
1 recurso online (v.)

Semestral.  
Modo de acesso: <https://suprema.stf.jus.br/>  
ISSN 2763-7867

1. Direito constitucional, periódico, Brasil. 2. Tribunal supremo, periódico, Brasil. I. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF).

CDDir-341.2

# SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ministra

**ROSA MARIA PIRES WEBER**

Presidente [19.12.2011]

Ministro

**LUÍS ROBERTO BARROSO**

Vice-presidente [26.6.2013]

Ministro

**GILMAR FERREIRA MENDES**

Decano [20.6.2002]

Ministra

**CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA**

[21.6.2006]

Ministro

**JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI**

[23.10.2009]

Ministro

**LUIZ FUX**

[3.3.2011]

Ministro

**LUIZ EDSON FACHIN**

[16.6.2015]

Ministro

**ALEXANDRE DE MORAES**

[22.3.2017]

Ministro

**KASSIO NUNES MARQUES**

[5.11.2020]

Ministro

**ANDRÉ LUIZ DE ALMEIDA MENDONÇA**

[16.12.2021]



## EQUIPE TÉCNICA

### Presidente da Revista

Ministra Rosa Maria Pires Weber

### Editores-chefes

Estêvão André Cardoso Waterloo  
Fabyano Alberto Stalschmidt Prestes

### Editores-adjuntos

Márcio Pereira de Souza  
Flávia Trigueiro Mendes Patriota

### Assessora editorial

Aline Borges Nascimento

### Assistente editorial

Maria José Fleury

### Revisão de normalização (bibliotecárias)

Luciana Araújo Reis  
Andréia Cardoso Nascimento  
Gabriela Ayres Miranda Cunha

### Revisão de provas editoriais

Márcia Gutierrez Aben-Athar Bemerguy  
Juliana Silva Pereira de Souza  
Rosa Cecilia Freire da Rocha

### Projeto gráfico e capa

Flávia Carvalho Coelho

### Diagramação

Aline da Silva Pereira  
Ana Carolina Caetano  
Camila Penha Soares  
Cíntia Aryssa Okada  
Marcela Nunes Fernandes

### Estagiárias

Jade Luz Maziero Ciconello Ganança  
Hanna Luíza Souza Pereira  
Nicole Stefanie Oliveira Ramos

### Foto da capa

Rosinei Coutinho/SCO/STF

**CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL** – **Andrea Pozas-Loyo** Universidad Nacional Autónoma de México – Ciudad de México, México, **Andreza Aruska de Souza Santos** University of Oxford – Oxford, Inglaterra, **Anne Levade** Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne – Paris, França, **Bruce Ackerman** Yale University – New Haven, Estados Unidos, **Christoph A. Kern** Universität Heidelberg – Heidelberg, Alemanha, **Eduardo Oteiza** Universidad Nacional de La Plata – La Plata, Argentina, **Ezequiel González Ocantos** University of Oxford – Oxford, Inglaterra, **Jaclyn Neo** National University of Singapore – Queenstown, Singapura, **Kendall Thomas** Columbia University – New York, Estados Unidos, **Lee Epstein** Washington University – St. Louis, Estados Unidos, **Murillo de Aragão** – Columbia University – New York, Estados Unidos, **Octávio Luiz Motta Ferraz** King’s College London – London, Inglaterra, **Paul Yowell** University of Oxford – Oxford, Inglaterra, **Paula Costa e Silva** Universidade de Lisboa – Lisboa, Portugal, **Remo Caponi** Università degli Studi di Firenze – Firenze, Itália, **Rosalind Dixon** University of New South Wales – Sydney, Austrália, **Ruth Rubio Marin** Universidad de Sevilla – Sevilla, Espanha, **Shylashri Shankar** Centre for Policy Research – New Delhi, Índia, **Siri Gloppen** University of Bergen – Bergen, Noruega, **Yaniv Roznai** Interdisciplinary Center – Herzliya, Israel.

**CONSELHO EDITORIAL NACIONAL** – **Alexandre Reis Siqueira Freire** – Universidade Federal do Maranhão – São Luís/MA, **Ana de Oliveira Frazão** Universidade de Brasília – Brasília/DF, **Ana Luiza Pinheiro Flauzina** Universidade Federal da Bahia – Salvador/BA, **Ana Paula de Barcellos** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Antônio Gomes Moreira Maués** Universidade Federal do Pará – Belém/PA, **Beclaute Oliveira Silva** Universidade Federal de Alagoas – Maceió/AL, **Daniel Francisco Mitidiero** Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS, **Daniel Wunder Hachem** Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR, **Gustavo José Mendes Tepedino** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Heloisa Helena Gomes Barboza** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Hugo de Brito Machado** Universidade Federal do Ceará – Fortaleza/CE, **Joaquim Shiraishi Neto** Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia – Manaus/AM, **Judith Martins-Costa** Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS, **Lauane Braz Andrekowisk Volpe Camargo** Universidade Católica Dom Bosco – Campo Grande/MS, **Luciano Benetti Timm** Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas – São Paulo/SP, **Misabel Abreu Machado Derzi** Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG, **Nelson Juliano Cardoso Matos** Universidade Federal do Piauí – Teresina/PI, **Nelson Nery Jr.** Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – São Paulo/SP, **Oscar Vilhena Vieira** Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas – São Paulo/SP, **Otavio**

**Luiz Rodrigues Jr.** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Teresa Arruda Alvim** Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – São Paulo/SP, **Vera Karam de Chueiri** Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR, **Vicente de Paulo Barretto** – Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro/RJ e Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Porto Alegre/RS, **Virgílio Afonso da Silva** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP.

**CONSELHO CIENTÍFICO** – **Ademar Borges de Sousa Filho** – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – Brasília/DF, **Adilson José Moreira** Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP, **Aluísio Gonçalves de Castro Mendes** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Ana Elisa Liberatore Silva Bechara** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Ana Teresa Silva de Freitas** Universidade Federal do Maranhão – São Luís/MA, **André Gustavo Corrêa de Andrade** – Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro/RJ, **André Ramos Tavares** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Caitlin Sampaio Mulholland** Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Camilo Zufelato** Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto/SP, **Carina Barbosa Gouvêa** – Universidade Federal de Pernambuco – Recife/PE, **Catarina Helena Cortada Barbieri** Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – São Paulo/SP, **Claudia Lima Marques** Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS, **Clemerson Merlin Clève** Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR, **Daniel Antônio de Moraes Sarmento** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Diogo Rosenthal Coutinho** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Fayga Silveira Bedê** Centro Universitário Christus – Fortaleza/CE, **Gisele Fernandes Góes** Universidade Federal do Pará – Belém/PA, **Gislene Aparecida dos Santos** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Gustavo Binenbojm** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Heleno Taveira Torres** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Henderson Fürst de Oliveira** Pontifícia Universidade Católica de Campinas – Campinas/SP, **Heron José de Santana Gordilho** Universidade Federal da Bahia – Salvador/BA, **Humberto Dalla Bernardina de Pinho** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Ingo Wolfgang Sarlet** Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS, **Ives Gandra da Silva Martins** Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP, **Jorge Octávio Lavocat Galvão** – Universidade de Brasília – Brasília/DF, **José Levi Mello do Amaral Jr.** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Juliana Cordeiro de Faria** Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG, **Katya Kozicki** Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR, **Leonardo Greco** Universidade Federal do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Lia Carolina Batista Cintra** Universidade

Federal de São Paulo – Osasco/SP, **Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro**  
Universidade Federal do Pará – Belém/PA, **Luciana Yeung Luk Tai** Instituto de  
Ensino e Pesquisa – São Paulo/SP, **Luciano Vianna Araújo** Pontifícia Universidade  
Católica do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Luiz Alberto Gurgel de Faria** –  
Universidade Federal do Rio Grande do Norte – Natal/RN, **Luiz Henrique  
Volpe Camargo** Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – Campo Grande/  
MS, **Luiz Rodrigues Wambier** Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento  
e Pesquisa – Brasília/DF, **Marcelo Leonardo Tavares** Universidade do Estado  
do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Marcus Lívio Gomes** Universidade  
do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Marcus Vinícius Furtado  
Coelho** Pesquisador independente – Brasília/DF, **Margarida Lacombe Camargo**  
Universidade Federal do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Maria Celina Bodin  
de Moraes** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Néviton  
de Oliveira Batista Guedes** Centro Universitário de Brasília – Brasília/DF, **Nina  
Beatriz Stocco Ranieri** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Paulo Cezar  
Pinheiro Carneiro** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ,  
**Pedro Miranda de Oliveira** Universidade Federal de Santa Catarina –  
Florianópolis/SC, **Pierpaolo Cruz Bottini** Universidade de São Paulo – São  
Paulo/SP, **Reynaldo Soares da Fonseca** Universidade de Brasília – Brasília/  
DF, **Richard Paulo Pae Kim** – Universidade de Santo Amaro – São Paulo/SP,  
**Roberto Carvalho Veloso** – Universidade Federal do Maranhão - São Luís/  
MA, **Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch** Instituto Brasileiro de Ensino,  
Desenvolvimento e Pesquisa – Brasília/DF, **Sheila Neder Cerezetti** Universidade  
de São Paulo – São Paulo/SP, **Silvio Luiz de Almeida** Universidade Presbiteriana  
Mackenzie – São Paulo/SP, **Suyene Monteiro da Rocha** Universidade Federal  
do Tocantins – Palmas/TO, **Thula Rafaela de Oliveira Pires** Pontifícia  
Universidade Católica do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Trícia Navarro  
Xavier Cabral** Universidade Federal do Espírito Santo – Vitória/ES, **Valério  
de Oliveira Mazzuoli** Universidade Federal de Mato Grosso – Cuiabá/MT,  
**Valter Shuenquener de Araújo** Universidade do Estado do Rio de Janeiro –  
Rio de Janeiro/RJ, **Vinicius Gomes de Vasconcellos** Universidade Estadual de  
Goiás – Goiânia/GO.

## APRESENTAÇÃO

A *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais* é um periódico científico semestral do Supremo Tribunal Federal que publica artigos, resenhas, traduções e entrevistas, tendo por principal objetivo difundir textos das mais diversas áreas do Direito, a fim de possibilitar a circulação do conhecimento gerado em pesquisas teóricas e empíricas, propiciando um espaço qualificado para o debate acadêmico.

A linha editorial da Revista é ampla, de modo a valorizar abordagens interdisciplinares, bem como a promover produção plural do conhecimento. Um dos pilares da *Suprema* é a disponibilização de seu conteúdo de forma gratuita e digital, à luz de seu compromisso com a difusão de estudos e saberes para profissionais do Direito, pesquisadores, professores, estudantes e sociedade civil. Essa orientação alinha-se aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas, notadamente o fomento à educação inclusiva e de qualidade; à redução das desigualdades; bem como à paz, justiça e instituições eficazes.

De igual modo, a *Suprema* orienta-se ao propósito de refletir a pluralidade tanto em seu conteúdo como em seu campo editorial. A representatividade de gênero é uma das premissas observadas na composição do corpo editorial e da equipe de pareceristas da Revista. Adicionalmente, ao trazer o Conselho Editorial Nacional e o Conselho Editorial Internacional compostos por professoras e professores de diferentes regiões, nacionalidades e filiações institucionais, a *Suprema* contempla objetos de estudo sob os mais variados matizes.

Os artigos submetidos à *Suprema* passam por minuciosa análise preliminar – *desk review* –, fase em que são verificados o cumprimento das exigências formais de submissão, a adequação à linha editorial e o respeito às exigências de originalidade e ineditismo, na qual pode o trabalho ser rejeitado, sem a necessidade de parecer externo. Sequencialmente, a seleção dos artigos científicos é realizada pelo método – internacionalmente reconhecido para revistas científicas – de avaliação *double-blind peer review*. Consoante tal método, mantém-se a identidade dos autores e dos pareceristas em anonimato ao longo das etapas do processo de análise, o que assegura imparcialidade na aprovação dos trabalhos submetidos ao crivo do corpo editorial da Revista.

A *Suprema* recebe trabalhos em fluxo contínuo, que são selecionados para integrar um dos dois números da Revista publicados anualmente, tanto em versão digital quanto em versão impressa.

Nesta edição, primeiro número do 3º volume, a *Suprema* apresenta doze artigos científicos e uma tradução inéditos. A publicação traduz não somente a permanente busca pela diversidade e autenticidade, como também o potencial de difusão internacional da *Suprema*, com a presença de dois textos em língua estrangeira.

Em continuidade ao compromisso de promover produção plural do conhecimento, neste primeiro semestre de 2023, publica-se também o dossiê temático “Inteligência Artificial e Direitos”, decorrente do Edital STF n. 1/2023.

Trata-se de tema de grande atualidade e relevância para o aprimoramento dos serviços da Justiça, cuidadosamente apresentado nesta edição com o objetivo de fomentar a discussão, no contexto da democracia Constitucional Brasileira, acerca das questões relacionadas ao uso da IA e o devido processo legal, ao acesso à Justiça e em relação aos Direitos Humanos.

Desejo a todos uma excelente leitura.

**Ministra Rosa Weber**  
Presidente do Supremo Tribunal Federal

# SUMÁRIO

**EDITORIAL**..... 15  
<https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a242>

## AUTOR CONVIDADO

### **Hacia nuevas clasificaciones de las formas de Estado**

*Em direção a novas classificações de formas de Estado*

*Towards new classifications of the forms of State*

<https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a238>

Lucio Pegoraro..... 21

## ARTIGOS

### **A (in)constitucionalidade da “prisão pedagógica” na formação profissional dos militares estaduais no Brasil**

*The “pedagogical prison” and its unconstitutionality in the state military training in Brazil*

*La (in)constitucionalidad de la “cárcel pedagógica” en la formación profesional de los militares del estado en Brasil*

<https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a177>

Fábio França

Adriano Azevedo Gomes de León ..... 87

### **O controle concentrado no Plenário Virtual do STF: perfil das sessões de julgamento e perspectiva de perenidade**

*Concentrated judicial review on the Virtual Plenary of the Brazilian Supreme Court: profile of the trial sessions and perspective of perpetuation*

*Control concentrado en el Pleno Virtual del Supremo Tribunal Federal: perfil de los juzgamientos y perspectiva de perenidad*

<https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a175>

Alexandre Araújo Costa

Maria Helena Martins Rocha Pedrosa..... 127

<p><b>Aplicação extraterritorial de tratados de direitos humanos: evolução à luz de demandas de direitos humanos contemporâneas</b>  <i>Extraterritorial application of human rights treaties: an evolution considering contemporary human rights needs</i>  <i>Aplicación extraterritorial de tratados de derechos humanos: evolución a la luz de demandas contemporâneas de derechos humanos</i>  <a href="https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a180">https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a180</a>            Aziz Tuffi Saliba            Tainá Garcia Maia .....</p>	163
<p><b>Democracia defensiva no Brasil? Uma análise conceitual e jurisprudencial</b>  <i>Defensive democracy in Brazil? a conceptual and jurisprudential analysis</i>  <i>¿Democracia defensiva en Brasil? un análisis conceptual y jurisprudencial</i>  <a href="https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a105">https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a105</a>            Gustavo Justino de Oliveira            Pedro da Cunha Ferraz .....</p>	211
<p><b>Reformar e racionalizar a execução civil: um caminho necessário</b>  <i>Reform and rationalize civil enforcement: a necessary path</i>  <i>Reformar y racionalizar la ejecución civil: un camino necesario</i>  <a href="https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a236">https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a236</a>            Márcio Carvalho Faria.....</p>	239
<p><b>Campo jurídico, direito à moradia digna e ADPF 828</b>  <i>Legal field, the right to adequate housing and the request for non-compliance of basic principles (ADPF) 828</i>  <i>Campo jurídico, el derecho a una vivienda digna y la ADPF 828</i>  <a href="https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a141">https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a141</a>            Mariana Trotta Dallalana Quintans            Ana Claudia Diogo Tavares            Fernanda Maria da Costa Vieira.....</p>	283
<p><b>Direito à moradia e pandemia: mobilização social e respostas institucionais</b>  <i>The right to housing and the pandemic: social mobilization and institutional responses</i>  <i>Derecho a la vivienda y la pandemia: movilización social y respuestas institucionales</i>  <a href="https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a130">https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a130</a>            Daniel Gaio            Osvaldo José Gonçalves de Mesquita Filho.....</p>	323

## DOSSIÊ INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITOS

### TRADUÇÃO

#### **Machine learning e o direito**

*Machine learning and law*

*Machine learning y derecho*

<https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a212>

Harry Surden

Saul Tourinho Leal

Wilson Seraine da Silva Neto.....353

### ARTIGOS

#### **Smart dispute resolution: artificial intelligence to reduce litigation**

*Resolução inteligente de conflitos: inteligência artificial para reduzir litigiosidade*

*Smart dispute resolution: inteligencia artificial para reducir demandas judiciales*

<https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a215>

Gilson Jacobsen

Bruno de Macedo Dias.....391

#### **Inteligência artificial judicial e a representação do suporte fático hipotético**

*Judicial Artificial Intelligence and the representation of hypothetical factual support*

*Inteligencia Artificial judicial y la representación del soporte fáctico hipotético*

<https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a224>

Sérgio Rodrigo de Pádua.....415

#### **Inteligência artificial e os riscos nas fiscalizações do controle externo**

*Artificial Intelligence and the risks in External Control inspections*

*La Inteligencia Artificial y los riesgos en las inspecciones de Control Externo*

<https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a218>

George Augusto Niaradi

Nilson Neves Nascimento.....439

#### **Regulamentação do tratamento automatizado de dados pessoais em matéria penal**

*Regulation of automated processing of personal data in criminal scope*

*Regulación del tratamiento automatizado de datos personales en materia penal*

<https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a207>

Fernando Andrade Fernandes

Ana Paula Bougleux Andrade Resende.....471

### POLÍTICA EDITORIAL .....501

Instruções Editoriais para Autores ..... 502

### EDITORIAL POLICY .....511

Guidelines for Authors..... 512



## EDITORIAL

A *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais* é um periódico científico eletrônico semestral, promovido pelo Supremo Tribunal Federal, destinado à publicação de artigos, traduções e resenhas inéditas da área jurídica. Adota uma linha editorial ampla, admitindo a submissão de trabalhos em português, inglês, espanhol, francês e italiano, tanto dos ramos do direito tradicionalmente reconhecidos quanto de linhas menos convencionais, e valoriza especialmente textos com abordagem interdisciplinar, de forma a promover maior diversidade nos temas discutidos.

A *Suprema* tem por missão criar um espaço de troca de conhecimentos e saberes, seguindo os rigorosos critérios da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), com o intuito de obter os estratos mais elevados, que atestam a independência que se espera desse tipo de produção científica.

Imensa é a nossa satisfação em dar continuidade a este espaço qualificado para o diálogo científico por meio da publicação deste primeiro número do volume 3 da *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*.

Nesta edição, contamos com doze artigos científicos e uma tradução inéditos e interessantíssimos. Desses, oito artigos são do fluxo editorial; os outros quatro e a tradução compõem o novo dossiê temático “Inteligência Artificial e Direitos”, lançado por meio do Edital STF n. 1/2023. Todos os artigos desta edição trazem reflexões atualizadas de temas que vão da desjudicialização das execuções ao exame conceitual e jurisprudencial da democracia defensiva, passando pela análise das prisões disciplinares aplicadas aos alunos militares estaduais e por vários aspectos do uso da inteligência artificial no Direito. Assim, mantemos a proposta da Revista de promover a difusão de conhecimento amplo e plural e ressaltamos sua importância como fomento para a discussão de temas atuais e tão relevantes como o uso (ou não) de ferramentas tecnológicas que impactam na qualidade e celeridade da prestação jurisdicional aos cidadãos e no dia a dia dos magistrados, advogados e servidores.

Para começar bem a leitura, apresentamos o artigo em espanhol “*Hacia nuevas clasificaciones de las formas de Estado*”, do renomado autor convidado Lucio Pegoraro, professor da Cátedra de Derecho Comparado na Universidade de Salamanca e professor afiliado da Universidad Autónoma de Nuevo León. O texto coloca em xeque as classificações convencionais das formas de Estado, enquanto

destaca a importância de firmar novos critérios maleáveis e decoloniais. O artigo apresenta uma análise de elementos importantes que fundamentam o conceito da forma de Estado, como a dicotomia instituições-sociedades, o “*Estado del buen vivir*” e a religião, bem como destaca a composição de outros modelos de Estado diferentes dos eurocêntricos.

Em seguida, o artigo “A (in)constitucionalidade da ‘prisão pedagógica’ na formação profissional dos militares estaduais”, de Fábio França e Adriano Azevedo Gomes de León, trata sobre o respaldo constitucional (ou a falta dele) das prisões disciplinares aplicadas aos alunos militares estaduais, por meio da licença cassada. Os autores ainda analisam a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.595 e os paradoxos da sua inconstitucionalidade.

No artigo “O controle concentrado no Plenário Virtual do STF: perfil das sessões de julgamento e perspectiva de perenidade”, os autores Alexandre Araújo Costa e Maria Helena Martins Rocha Pedrosa propõem, a partir de um mapeamento empírico, investigar a ampliação do Plenário Virtual aos processos de controle concentrado em um recorte focado no segundo semestre de 2021 (cenário pandêmico), que ensejou o debate de temas sensíveis virtualmente. A pesquisa examina também a adequação e a permanência desse ambiente assíncrono de julgamentos após o fim da pandemia da covid-19.

Na sequência, temos o artigo “Aplicação extraterritorial de tratados de direitos humanos: evolução à luz de demandas de direitos humanos contemporâneas”, de Tainá Garcia Maia e Aziz Tuffi Saliba. Os autores investigam o conceito de jurisdição e sua evolução ao passo das modificações das formas de combate desses conflitos e das maneiras pelas quais operam o poder fora de seus territórios. A relevância da análise se coloca no contexto de intensificação e de diversificação de conflitos armados ao redor do globo, com o uso de tecnologias e armas controladas remotamente, que extrapolam os limites dos Estados que as comandam.

A seguir, o artigo “Democracia defensiva no Brasil? Uma análise conceitual e jurisprudencial”, de Gustavo Justino de Oliveira e Pedro da Cunha Ferraz, analisa como movimentos antidemocráticos despertaram uma nova vertente denominada democracia militante, a qual se cerca de mecanismos de defesa para evitar a sua destruição pelos atos extremistas. Ao examinar o contexto brasileiro, os autores propõem uma teoria da democracia defensiva compatível com a organização político-constitucional e o ordenamento jurídico nacional, especialmente perante os ensejos desdemocratizantes vivenciados na atualidade.

No artigo “Reformar e racionalizar a execução civil: um caminho necessário”, Márcio Carvalho Faria expõe a necessidade de efetivar a execução civil como uma atividade jurisdicional garantidora de direitos. O autor fundamenta sua observação no âmbito internacional, onde é possível perceber uma tendência à desjudicialização das execuções, ou seja, a conveniência de reduzir a presença dos juízes em determinadas demandas, substituindo-os por agentes executivos mais eficientes, para que a atividade executiva alcance melhores resultados na realização dos direitos.

Nesta edição, contamos também com dois artigos que complementam o dossiê “O direito a ter direitos”, organizado por Andreza Aruska de Souza Santos, professora da Universidade de Oxford, diretora do Brazilian Studies Programme desta mesma instituição e integrante do Conselho Editorial Internacional da *Suprema*, publicado no segundo número do volume 2 da Revista *Suprema*<sup>1</sup>. Um dos artigos é “Campo jurídico, direito à moradia digna e ADPF 828”, no qual as autoras Mariana Trotta Dallalana Quintans, Ana Claudia Diogo Tavares e Fernanda Maria da Costa Vieira examinam a proteção do direito à moradia no estado do Rio de Janeiro, durante o isolamento social exigido pela pandemia da covid-19, não só como um direito social, mas também como uma medida protetiva crucial para evitar a contaminação pelo coronavírus. O estudo observa a atuação do Poder Judiciário perante a ocupação de imóveis por grupos vulnerabilizados durante o período pandêmico, em contraste com o direito constitucionalmente garantido de ter uma moradia adequada.

O outro artigo é o “Direito à moradia e pandemia: mobilização social e respostas institucionais”, dos autores Osvaldo José Gonçalves de Mesquita Filho e Daniel Gaio. O texto problematiza o processo de mobilização social, em defesa do direito à moradia, realizado pela Campanha Despejo Zero, no contexto pandêmico deflagrado pelo coronavírus, e as respostas institucionais do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Os autores apresentam um panorama legislativo do direito à moradia, assim como evidenciam os direitos conquistados com a campanha mencionada.

Também fazem parte deste número da *Suprema*, de modo especial, os artigos apresentados no âmbito do dossiê “Inteligência Artificial e Direitos”, lançado por meio do Edital STF n. 1/2023.

---

<sup>1</sup> O segundo número do volume 2 da Revista *Suprema* está disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/issue/view/4>.

Iniciamos o dossiê com a tradução de Saul Tourinho Leal e Wilson Seraine da Silva Neto do artigo original em inglês “*Machine learning and law*”, de Harry Surden. Trata-se de uma análise do potencial impacto da Inteligência Artificial (IA), especialmente a classe específica de IA conhecida como *machine learning*, na prática jurídica. Ao longo do texto, os autores, além de conceituarem o *machine learning*, demonstram como certas tarefas jurídicas podem ser passíveis de automação parcial, apesar das limitações significativas em comparação com as capacidades cognitivas humanas.

Em seguida destacamos o artigo “*Smart dispute resolution: artificial intelligence to reduce litigation*”, redigido em inglês por Bruno de Macedo Dias e Gilson Jacobsen. O trabalho aborda o uso de IA no Direito brasileiro e nos Estados Unidos da América e examina a pertinência e as restrições do uso da IA na resolução de casos judiciais a partir da utilização dos mecanismos de *Smart Dispute Resolution* (SDR).

Na sequência, Sérgio Rodrigo de Pádua traz, em seu artigo “Inteligência artificial judicial e a representação do suporte fático hipotético”, o problema da representação do suporte fático necessário à interpretação jurídica com o auxílio de sistemas de inteligência artificial judicial, demonstrando, a partir de marcos teóricos, como a conceituação do suporte fático hipotético possibilita a legítima integração entre o Direito e a inteligência artificial.

O dossiê continua com o artigo “Inteligência Artificial e os riscos nas fiscalizações do controle externo”, de George Augusto Niaradi e Nilson Neves Nascimento. O texto aborda a discussão acerca dos riscos que permeiam a utilização de inteligência artificial em procedimentos do poder público. Leva-se em conta a relação entre a matriz constitucional do controle externo e os potenciais das ferramentas de IA, como a impessoalidade, a isonomia e a possibilidade de auxiliar a devida alocação do dinheiro público.

Para finalizar os artigos referentes ao dossiê sobre inteligência artificial, o texto “Regulamentação do tratamento automatizado de dados pessoais em matéria penal”, de Ana Paula Bougleux Andrade Resende e Fernando Andrade Fernandes, analisa o advento de ferramentas de automatização, como a inteligência artificial, na otimização das investigações em matérias de infrações penais. O texto discute os mecanismos que corroboram a segurança pública e a investigação criminal em consonância com os interesses públicos e a segurança de dados pessoais.

Ao apresentar mais este número da *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*, aproveitamos para agradecer aos autores e às autoras pela confiança depositada na seriedade e na qualidade desta publicação; às nossas e aos nossos pareceristas pelo rigoroso e cuidadoso trabalho na importante missão de atestar a qualidade dos artigos submetidos à Revista; e às nossas conselheiras e aos nossos conselheiros, por engrandecerem este projeto. Também enaltecemos a dedicação e o comprometimento de todas as servidoras e todos os servidores do Supremo Tribunal Federal que participaram dos processos de trabalho necessários para a publicação deste primeiro número do volume 3. Sabemos que a elaboração de uma revista científica é árdua, mas proporciona resultados gratificantes.

Desejamos a todas e a todos uma excelente leitura, além de profícuas reflexões e discussões!

### **Comissão Editorial da Revista**





# Hacia nuevas clasificaciones de las formas de Estado (\*) (\*\*)

*Em direção a novas classificações de formas de Estado*

*Towards new classifications of the forms of State*

**Lucio Pegoraro**

Universidad de Salamanca (Salamanca, Espanha)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0551-0486>

*E-mail:* [luciopegoraro@hotmail.com](mailto:luciopegoraro@hotmail.com)

## Resumen

El artículo cuestiona las clasificaciones tradicionales de las formas de Estado, subrayando la exigencia de actualizarlas a la luz de criterios dúctiles y no eurocéntricos. Después de una introducción metodológica, se detiene en las variantes de la dicotomía instituciones-societas, que se sitúa en la base del concepto de “forma de Estado”, destacando que a la relación entre autoridad y libertad se añaden a veces otros elementos, como puede ser el caso de la naturaleza en el denominado “Caring State” (o Estado del buen vivir), o la religión, que afecta tanto al poder como a la sociedad, en el caso de la forma de Estado teocrática. Sugiere además otras clasificaciones en el marco de los Estados sin división de poderes: dictaduras y totalitarismos, Estado socialista y mundo islámico.

## Palabras clave

Derecho comparado – Clasificaciones – Familias jurídicas – Formas de Estado

## Sumario

1. Introducción. – 2. Clasificaciones. – 3. Formas de Estado: teoría – 3.1. Diacronía y sincronía. – 3.2. Clasificaciones simples y complejas. – 3.3. Elementos

---

(\*) PEGORARO, Lucio. Hacia nuevas clasificaciones de las formas de Estado. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 3, n. 1, p. 21-86, jan./jun. 2023. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a238>.

(\*\*) Lucio Pegoraro es Profesor de la Cátedra de Derecho Comparado en la Universidad de Salamanca, y profesor afiliado de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Contacto: Via Castellata 8/3. 40124 Bologna - Italia. Tel. +39 3381225823. Traducción parcial y revisión de Sergio Martín Guardado. Artículo escrito en el ámbito del PRIN 2017 “From Legal Pluralism to the Intercultural State. Personal Law, Exceptions to General Rules and Imperative Limits in the European Legal Space” (PI – prof. Lucio Pegoraro – CUP J34119004200001).

pertinentes. – 4. Formas de Estado y clasificaciones tradicionales: pincelados y crítica. – 5. Elementos pertinentes para una clasificación no eurocéntrica. – 6. Variantes en la dicotomía instituciones-societas: Estado del bienestar, Caring State y teocracias. – 6.1. Caring State. – 6.2. Teocracias/Hierocracias – 6.3. Nacionalismo socialista árabe. – 7. Una variante de la democracia liberal: ¿una forma de Estado liberal-populista? – 8. Variantes en la división de los poderes: dictaduras y totalitarismos. – 8.1. Dictaduras. – 8.2. Forma de Estado totalitaria. – 9. Variantes en la función: socialismo clásico y socialismo capitalista. – 9.1. La forma de Estado socialista clásica. – 9.2. La forma de Estado china socialista-capitalista. – 10. Conclusiones. – Bibliografía.

## Resumo

O artigo questiona as classificações tradicionais das formas de Estado, sublinhando a necessidade de atualizá-las à luz de critérios mais flexíveis e não eurocêtricos. Para tal, depois de uma introdução metodológica, a análise se debruça nas variantes da dicotomia instituições-sociedades, que se situa na base do conceito de “forma de Estado”, destacando que, na relação entre autoridade e liberdade, por vezes, se adicionam outros elementos, como pode ser o caso da natureza no denominado “*Caring State*” (o Estado *del buen vivir*), ou a religião, que afeta tanto o poder como a sociedade no caso da forma de Estado teocrática. O artigo sugere, ademais, outras classificações para os Estados sem divisão de poderes: ditaduras e totalitarismos, Estado socialista e mundo islâmico.

## Palavras-chave

Direito comparado – Classificações – Famílias jurídicas – Formas de Estado

## Sumário

1. Introdução. – 2. Classificações. – 3. Formas de Estado: teoria – 3.1. Diacronia e sincronia. – 3.2. Classificações simples e complexas. – 3.3. Elementos pertinentes. – 4. Formas estatais e classificações tradicionais: pinceladas e crítica. – 5. Elementos relevantes para uma classificação não eurocêntrica. – 6. Variantes da dicotomia instituições-societário: estado de bem-estar social, estado de cuidado e teocracias. – 6.1. Estado assistencialista. – 6.2. Teocracias/Hierocracias – 6.3. Nacionalismo socialista árabe. – 7. Uma variante da democracia liberal: uma forma de Estado liberal-populista? – 8. Variantes da divisão de poderes: ditaduras e totalitarismos. – 8.1. Ditaduras. – 8.2. Forma totalitária de Estado. – 9. Variantes em função: socialismo clássico e socialismo capitalista. – 9.1. A forma clássica de estado socialista. – 9.2. A forma de Estado socialista-capitalista chinês. – 10. Conclusões. – Bibliografia.

## Abstract

The essay addresses traditional taxonomies of the ‘form of State’, pointing out the need of revising them in the light of more flexible and no-Eurocentric approaches. To this end, after a methodological introduction, the analysis focuses on the variables regarding the dichotomy institutions-*societas* as funding conceptual pillar of the concept “form of State”. In order to highlight such a theoretical issue, the argumentative pattern exposes and stresses elements other than the connexion between authority and liberty, *e.g.* the nature within the so-called “Caring State” (*Estado del buen vivir*), or religion in reference to powers in a “theocratic State”. Furthermore, the essay offers other classifications for those state experiences without a proper separation of powers (*e.g.* dictatorships and totalitarianisms) and within the concept of “socialist State”.

## Keywords

Comparative Law – Classifications – Legal Families – “Forms of State”

## Contents

1. Introduction. – 2. Classifications – 3. Forms of state: theory – 3.1. Diachrony and synchrony. – 3.2. Simple and complex classifications. – 3.3. Relevant elements. – 4. Forms of State and traditional classifications: brushstrokes and criticism. – 5. Relevant elements for a non-Eurocentric classification. – 6. Variants on the institutions-*societas* dichotomy: Welfare State, Caring State and theocracies. – 6.1. Caring State. – 6.2. Theocracies/Hierocracies – 6.3. Arab socialist nationalism. – 7. A variant of liberal democracy: a form of liberal-populist state? – 8. Variants in the division of powers: dictatorships and totalitarianisms. – 8.1. Dictatorships. – 8.2. Totalitarian form of state. – 9. Variants in the function: classical socialism and capitalist socialism. – 9.1. The classical socialist form of state. – 9.2. The Chinese socialist-capitalist form of State. – 10. Conclusions. – Bibliography.

## 1. Introducción

Como recuerda B. Marquardt, «El ser humano ha vivido la mayor parte de su historia sin el Estado. Por lo menos el 99.5 por ciento de la misma»<sup>1</sup>. Cuando se usa la palabra “Estado”, siempre se le da una connotación moderna, identificándolo con el modelo conformado –sobre la base de la experiencia madurada en

<sup>1</sup> Véase la obra en tres tomos de B. MARQUARDT, *Historia mundial del Estado*, I, *Sociedades preestatales y reinos dinásticos*, Temis, Bogotá, 2012, p. 19.

Europa con posterioridad a la paz de Westfalia (1648)– por G. Jellinek, como un ente dotado de un pueblo sedentario, de poder soberano y originario, es decir, el dominio de un territorio por parte de un pueblo<sup>2</sup>. Que Europa haya inventado el Estado<sup>3</sup>, se pone en duda por pocos, al menos en el sentido moderno<sup>4</sup>. También el concepto de “forma de Estado” por tanto se basa sobre el sentido común que se le da hoy comúnmente, a pesar de su eurocentrismo y la inconsistente relevancia que se da a la fractura entre estructuras sociales sedimentadas y persistentes (como aquellas tribales), y la “forma” del Estado que (en parte) las recoge<sup>5</sup>.

Emblemático aparece el caso de Libia (o Iraq, u otras regiones en el Oriente Próximo o en el Medio Oriente), formalmente un Estado, de hecho, la unión de diversas tribus en el interior de los confines trazados artificialmente por el colonialismo, con un gobierno sobre el territorio que era tal, en ausencia del elemento “pueblo”, solo porque se basaba sobre el compromiso y sobre todo la fuerza. Este es también el caso del derecho islámico –la Shari’a– «constituido por el conjunto de principios y preceptos de base ético-religiosa, inmutables e imperativos, que cada musulmán está obligado a respetar si quiere cumplir con sus deberes»<sup>6</sup>, a pesar de su pertenencia a un Estado u otro; el elemento importante no es el Estado, es la

<sup>2</sup> Los tres elementos –pueblo, territorio, gobierno– son identificados por G. JELLINEK en *Allgemeine Staatslehre* (1905), 7a ed., Gentner, Bad Homburg vor der Höhe, 1960, p. 433, trad. esp. *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, y sobre ellos se basa la teoría sociológica de M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1922, trad. esp. *Economía y Sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva*, 17a ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2008, p. 1047 ss., y casi unánimemente toda la doctrina.

<sup>3</sup> W. Reinhard, *Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart*, Beck, München, 2007, p. 15.

<sup>4</sup> V. sin embargo B. MARQUARDT, *Historia mundial del Estado*, I, cit., p. 7, donde recuerda que «resultaría difícil comprobar que el sistema de dominio del Rey francés Luis XIV (1643-1715) fue más desarrollado que el del Emperador de China Kangxi (1662-1722)». V. también del mismo autor el vol. III, *El Estado de la modernidad temprana en Asia, África y las Américas*, Temis, Bogotá, 2014, p. 7. Además, para una colocación anterior a Westfalia del “Estado” (es decir en el siglo XIII en Sicilia con Ferdinando II), A. NAVAS CASTILLO, F. NAVAS CASTILLO, *El Estado constitucional*, Dykinson, Madrid, 2009; en el mismo sentido (con otros ejemplos de los siglos anteriores), V. GARCÍA TOMA, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, 4ª ed., Adrus, Lima, 2014, p. 58 ss.

<sup>5</sup> El concepto de Estado plurinacional –escribe S. BAGNI, “La doctrina de las formas del Estado desde un análisis histórico-comparativo en América Latina”, en Aa.Vv., *Cultura constitucional y derecho viviente. Escritos en honor del profesor Roberto Romboli*, 2 vols, Centro est. const. Trib. Const., Lima, 2021, II, p. 1010– «no cuestiona la soberanía estatal, pero implica una forma de descolonización del pensamiento jurídico, en cuanto rompe con el ideal del Estado-Nación europeo [R. MERINO, A. VALENCIA (eds), *Descolonizar el Derecho. Pueblos indígenas, derechos humanos y Estado plurinacional*, Palestra, Lima, 2018, p. 15 y p. 326]. El elemento subjetivo del Estado ya no esta caracterizado por la uniformidad de cultura, idioma, tradiciones y etnia; sino todo lo contrario, es un crisol de pueblos, con sus lenguas, culturas, costumbres, y todos participan en igual medida en la construcción de la identidad nacional estatal».

<sup>6</sup> Véase M. OLIVIERO, voz “Derecho islámico”, en L. PEGORARO (ed.), *Glosario de Derecho público comparado* (al cuidado de E. FERRER Mac-Gregof, M. NUÑEZ, C. ASTUDILLO, G. ENRÍQUEZ FUENTES, P. TORRES ESTRADA), Porrúa, México, 2012, p. 120.

*Umma*, la comunidad de los creyentes. O finalmente del derecho ctónico, identificado sobre todo por la obra de H.P. Glenn, igualmente intolerante al concepto de Estado<sup>7</sup>.

Las familias jurídicas representan reagrupaciones que prescinden de la estadidad; y, a la inversa, el concepto de “Estado” es la base de la clasificación de las formas de Estado. Sobre estos cimientos se funda la distinción entre familias jurídicas y formas de Estado. Por “familia jurídica” se entiende una “clase” homogénea en la cual se agrupan ordenamientos jurídicos que presentan relevantes rasgos comunes<sup>8</sup>. Con la expresión “Forma de Estado” se hace referencia al conjunto de principios y reglas fundamentales que, dentro del ordenamiento estatal, regulan la relación entre el Estado-autoridad (vale decir el aparato de órganos y sujetos públicos a los cuales el ordenamiento asigna el uso legítimo del poder coercitivo) y la comunidad de ciudadanos, ya sea de manera singular o de alguna de las diversas formas a través de las cuales se expresa la sociedad civil<sup>9</sup>.

Acerca las formas de Estado, destaca Silvia Bagni<sup>10</sup> que «La categoría trae problemas metodológicos al comparatista, en cuanto es una formulación que no siempre encuentra traducción literal en otras partes del mundo, pero sí conceptos que podrían ser considerados como equivalentes funcionales. Por ejemplo, en Alemania la doctrina publicista no utiliza esta expresión, pero algunos matices del

<sup>7</sup> H.P. GLENN, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 5a ed., Oxford U.P., Oxford, 2014.

<sup>8</sup> A su vez la expresión “sistema jurídico” puede definir el ordenamiento jurídico en sentido estricto (que a veces en el moderno derecho occidental se identifica con el Estado), o bien el ordenamiento jurídico en sentido amplio, comprensivo también de aquellos elementos que “hacen sistema” con el andamiaje más propiamente normativo y que se interrelacionan e interfieren con el mismo (factores sociales, políticos, económicos, históricos, culturales, religiosos, etc.). Véase A. DE PRADA GARCÍA (ed.), “Entre filosofía, política y religión”, monográfico de *La Albolafia*, n. 4, 2015. Sobre todo, puede consultarse el *Ann. dir. comp. st. leg. 2013*, dedicado a “Diritto comparato e sistemologia: le nuove sfide”, en particular J. HUSA, “Family Affair – Comparative Law’s Never Ending Story?”, p. 25 ss.; C. OSTI, “«Legal Families»: Purposeful Classification or Empty Conceptualization?”, p. 53 ss.; G. CUNIBERTI, “La classification des systèmes juridiques – Taxinomie, enseignement et avancée de la connaissance”, p. 71 ss.; J. GORDLEY, “Classifying Laws and Declassifying Legal Systems”, p. 94 ss.

<sup>9</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9a ed., I, Cedam, Padova, 1975, p. 135, hacía notar que la forma del Estado caracteriza «la relación entre quién detenta el poder y aquellos que quedan sujetos a él, y por tanto las diversas modalidades en las que la correlación entre autoridad y libertad se ejerce». Sobre las formas de Estado: C. PINELLI, *Forme di Stato e forme di governo*, Jovene, Napoli, 2009; M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, 7a ed., Giappichelli, Torino, 2018; C. TILLY (ed.), *The Formation of National States in Western Europe*, Princeton U.P., Princeton, 1974; G. BURDEAU, *L’État*, Seuil, Paris, 1970, reimpr. 2009; P. LAUVAUX, *Les grandes démocraties contemporaines*, 3a ed., Puf, Paris, 2004; J. CHEVALLIER, *L’État de droit*, Montchrestien, Paris, 1992.

<sup>10</sup> S. BAGNI, “La doctrina de las formas del Estado desde un análisis histórico-comparativo en América Latina”, cit., p. 1000.

concepto son indicados por otras perífrasis<sup>11</sup>. En España, la Constitución de 1978 utiliza la expresión “forma política del Estado” para indicar la monarquía parlamentaria, pero según la doctrina se trata de un concepto que “engloba tanto a las formas de Estado como a las formas de gobierno”<sup>12</sup>. En Francia, la doctrina constitucional aborda el tema desde la perspectiva de las instituciones, sistemas o regímenes políticos. [...] La doctrina en los varios países tiene posturas distintas: en algunos se habla de régimen político<sup>13</sup>; en otros, se utiliza la misma fórmula “forma de Estado”<sup>14</sup>.

La categoría “familias jurídicas” la utilizan en prevalencia los comparatistas civilistas, no condicionados por las razones ideológicas heredadas por la fe constitucionalista; la segunda –“formas de Estado”–, los constitucionalistas y los comparatistas publicistas. Sin embargo, a menudo, aunque no siempre, se produce una intersección entre las dos categorías: familias jurídicas, de un lado, y forma de Estado, del otro<sup>15</sup>. Intentaré aquí proponer una actualización de las clasificaciones tradicionales propuestas por la doctrina constitucionalista, retomando del concepto de familia jurídica algunos elementos útiles, también para estudiar las formas de Estado<sup>16</sup>.

Aunque antes, sin embargo, hay que hacer algunas consideraciones preliminares sobre la utilidad de las clasificaciones.

<sup>11</sup> F. PALERMO, J. WOELK, “La dottrina tedesca in tema di forma di Stato”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2, 2000, p. 470; M. NICOLINI, A. VALDESALICI, “La dottrina tedesca in tema di forma di Stato”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2, 2014, p. 850.

<sup>12</sup> E. ÁLVAREZ CONDE, V. GARRIDO MAYOL, R. TUR AUSINA, *Derecho constitucional*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2018, p. 587; en cambio, utilizan la categoría D. LÓPEZ GARRIDO, M.F. MASSÓ GARROTE, L. PEGORARO (eds), *Derecho constitucional comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 104 ss.

<sup>13</sup> N.P. SAGÜÉS, *Manual de derecho constitucional*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2012.

<sup>14</sup> H. FIX-ZAMUDIO, S. VALENCIA CARMONA, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 2ª ed., Porrúa, México, 2003, p. 253.

<sup>15</sup> Remito a mi artículo “Le categorie civilistiche e il parassitismo metodologico dei costituzionalisti nello studio del diritto comparato”, en *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013, p. 305 ss., trad. esp. “Comparación y globalización (las categorías del Derecho civil y el parassitismo metodológico de los constitucionalistas en el estudio del Derecho comparado)”, en L.R. GONZÁLEZ PÉREZ, D. VALADÉS (eds), *El Constitucionalismo Contemporáneo. Homenaje A Jorge Carpizo*, Unam-Iij, México, 2013, p. 265 ss., y en L. PEGORARO, *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de Derecho constitucional comparado*, Olejnik, Santiago de Chile, 2016, p. 21 ss.

<sup>16</sup> Véase la Secc. II del *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013, titulada “La classificazione degli ordinamenti giuridici nel diritto pubblico comparato: sei domande per una meta-ricerca sull’autonomia di una scienza”, en particular S. BAGNI, “La classificazione degli ordinamenti giuridici nel diritto pubblico comparato: sei domande per una meta-ricerca sull’autonomia di una scienza e alcune riflessioni sulla dottrina delle forme di Stato”, p. 415 ss.

## 2. Clasificaciones

Recuerda Serena Baldin que las clasificaciones efectivamente significativas son aquellas que permiten proponer, en relación a las clases en ellas comprendidas, hipótesis más interesantes y generales que las referidas a cada objeto separadamente considerado, ofreciendo el máximo de información con el menor esfuerzo cognitivo posible. A este principio, conocido como el principio de economía cognitiva, se une el del canon de la estructura del mundo percibido, según el cual los objetos gozan de elevadas correlaciones, según una lógica que está influenciada por esquemas clasificatorios ya consolidados en un cierta cultura y un momento histórico dado»<sup>17</sup>.

Debe añadirse –más allá de las observaciones de U. Scarpelli sobre las “celdas” de la malla de red clasificatoria<sup>18</sup>– que los mismos objetos observados pueden ser clasificados en conjuntos de diferente grosor. Maquiavelo, por ejemplo, afirmaba que las organizaciones políticas pueden ser principados o repúblicas; Aristóteles distinguía tres formas puras y tres corruptas. Hoy, en la doctrina constitucional, existe la tendencia a dividir el mundo en dos clases: las democracias (los buenos) y todo lo demás (los malos). Es evidente que el simplismo clasificatorio no ayuda a comprender la realidad ni a obtener los resultados indicados pocas líneas más arriba. Para ilustrar esto con un ejemplo, colocar en el mismo grupo (o clase) los ordenamientos socialistas, los teocráticos o hierocráticos, los autocráticos y los totalitarios, permite, únicamente, distinguirlos de las democracias, pero no explica las profundas diferencias existentes entre ellos<sup>19</sup>. Sería como dividir los colores en

<sup>17</sup> Así S. BALDIN, “Riflessioni sull’uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 10, 2011, que cita a E. ROSCH, *Principles of Categorization*, en E. ROSCH, B.B. LLOYD (eds), *Cognition and Categorization*, Lawrence Erlbaum, Hillsdale, 1978, p. 27 ss.

<sup>18</sup> Escribe U. SCARPELLI, “Classi logiche e discriminazioni fra i sessi”, en *Lavoro e dir.*, n. 4, 1988, p. 615 ss., que «atendiendo a la infinita variedad de la experiencia, que se desenvuelve por procesos e instituciones individuales e irrepetibles, la capacidad humana de abstracción, al crear conceptos y clases lógicas en las que puedan encuadrarse los procesos y entes de igual naturaleza, constituye, a un tiempo, una gran oportunidad y un gran peligro. Es por este medio, y solo por este medio, que los seres humanos ordenan su mundo, distinguiendo o estableciendo, entre procesos y entes designados con el mismo nombre e identificados por el mismo concepto, relaciones empíricas o normativas y valorativas, como son las relaciones de igualdad. Pensar y hablar mediante conceptos y normas generales es capturar la experiencia mediante una malla de red, en cada una de cuyas celdas se encuadra aquello para cuya consignación ha sido elaborada, mientras todo lo demás fluye. Podemos modificar la malla de red, fabricar celdas menores o mayores, pero no podríamos pasar por debajo de la red con la razón. Solo la intuición sensible y el amor pueden esquivar la red. Amar consiste, esencialmente, en encontrar la individualidad del amado en su irrepetibilidad: el hombre que ama a una mujer, o viceversa, no tiene, ya, ante sí, una mujer, o viceversa, sino algo único que excede a toda categorización conceptual».

<sup>19</sup> Con referencia a las familias jurídicas, recuerda B. Pozzo, “Presentazione. Diritto comparato e sistemologia: le nuove sfide”, en *Ann. dir. comp. st. leg. 2013*, nota 20, que «En el manual de David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, por ejemplo, el derecho musulmán, el indio, el chino y el africano, son todos tratados dentro de un

dos categorías: los claros y los oscuros. Sin embargo, en una tienda de pinturas, los posibles matices de verde, rojo, amarillo se cuentan por decenas. Los rayos de luz irisados son un buen ejemplo de clasificación (recogida de la verificación empírica): ni muchos ni demasiado pocos, incluso si algún color se matiza en otro. De aquí la posibilidad de subclasificar los verdes, amarillos, rojos...

Pero, desde la perspectiva opuesta, tampoco son útiles las clasificaciones demasiado detalladas. Si se insiste demasiado en las diferencias, no se hace una verdadera clasificación: se describe cada objeto de investigación de forma secuenciada y se pierde, por tanto, la oportunidad de racionalizar la experiencia.

La metáfora del arcoíris refleja, además, otras cuestiones.

La primera atañe a la lógica de las clasificaciones, con referencia a dos modos de pensar, identificados con las categorías de monotéticas y politéticas.

Nos recuerda S. Baldin que la categoría monotética, de derivación aristotélica, se basa en la lógica binaria, según la cuál cada enunciado puede ser, únicamente, verdadero o falso<sup>20</sup>. La idea subyacente es que, para adscribirlos a una clase, todos los objetos investigados deben poseer un cierto número de características comunes. Cada característica es necesaria, y, en su conjunto, aquéllas son suficientes para establecer la pertenencia a una clase<sup>21</sup>. A esta categoría pertenecen las clasificaciones intensionales.

---

capítulo titulado “*Autres conceptions de l’ordre social et du droit*”, y que «También en el manual de Zweigert e Kötz, estas distintas concepciones son traídas de vuelta por un capítulo genérico titulado “Los otros sistemas jurídicos” (*Die übrigen Rechtskreise*)» (nota 39).

<sup>20</sup>En efecto, solo los enunciados descriptivos tendrían esta cualidad, porque de un enunciado deóntico, como de otros tipos de enunciados, no puede predicarse ni la verdad ni la falsedad.

<sup>21</sup>Cfr., otra vez, S. BALDIN, “Riflessioni sull’uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni”, cit. Destaca G. TUSSEAU, voz “Clasificaciones”, en L. PEGORARO (ed.), *Glosario de Derecho público comparado*, cit., p. 29 s., que «Uno de los objetivos de la comparación jurídica consiste en ordenar de modo racional los objetos comparados. Con tal propósito, es necesario introducir los elementos estudiados en el interior de categorías que presentan entre ellas una conexión sistemática. Un mismo elemento puede de hecho constituir el objeto de ilimitadas clasificaciones. Sólo teniendo en cuenta las Constituciones formales, se les puede clasificar según si las mismas contienen un número par o impar de artículos, instauran un Gobierno republicano o una monarquía, son o no un Estado federal, etc. Tales consideraciones constituyen el criterio de la clasificación. Por otra parte, es preciso considerar que las clasificaciones no son todas iguales. Una buena clasificación tiene dos propiedades basadas en la lógica. Las categorías identificadas deben ser en primer lugar *recíprocamente exclusivas*, es decir, debe ser posible proceder a la clasificación de todos los elementos, de modo que ninguno de ellos esté incluido simultáneamente en varias categorías [...]. Las categorías deben ser además *conjuntamente exhaustivas*, en el sentido de no dejar ningún elemento por clasificar fuera de ellas [...]. Un criterio de clasificación de las Constituciones formales como aquel que considera el número par o dispar de los artículos responde a exigencias de tipo lógico, porque, permitiendo adscribir cada Constitución dentro de

Las clases, sin embargo, se crean por medio de procesos inductivos, basados en la percepción y en el reconocimiento inmediato; reflejan, éstas, las estrategias clasificatorias que operan en la mente y que se reconducen a las llamadas categorías políticas. Con esta expresión se refiere un principio, introducido, inicialmente, por las ciencias naturales y después adoptado por la psicología cognitiva, dirigido a superar el esquema dicotómico. Según los biólogos Sokal y Sneath, citados por S. Baldin, las taxonomías políticas reagrupan elementos que tienen el más amplio número de elementos en común, sin que ninguna característica sea esencial para definir la pertenencia a una clase, ni suficiente para garantizar el encuadre de un objeto en dicha clase determinada. Las taxonomías políticas permiten comparar en forma débil elementos que se asemejan en algo aunque ninguno comparta rasgos precisos con todos los demás<sup>22</sup>. A esta categoría pertenecen las clasificaciones extensionales<sup>23</sup>.

La *fuzzy sets theory*, planteada por el matemático Zadeh en el año 1965, se basa en clases con contornos vagos y en la idea de que los objetos pertenecen a las clases solo en cierta medida, matizando el resultado dicotómico perseguido por las teorías clásicas: usar éstas persiguiendo la precisión, puede llevar a perder de vista el verdadero significado. «Los conjuntos de *fuzzy* –recuerda S. Baldin– conciben la colocación incierta –desarrollando el paradigma de la pertenencia mediante la noción del “grado de pertenencia”– dónde el tradicional estudio de los conjuntos establece, en cambio, un umbral exacto que determina si un objeto puede o no pertenecer a una clase»<sup>24</sup>.

---

una sola categoría, permite clasificar a todas las Constituciones formales. Sin embargo, es posible dudar del interés intelectual para los juristas de tal tipo. Por el contrario, parece mucho más interesante el hecho de que una Constitución instaure un Gobierno republicano o una monarquía, que sea o no un Estado federal, y se llega así a la tercera propiedad de una buena clasificación: *la pertinencia*. Mientras las dos primeras propiedades son objetivas, esta última es subjetiva y depende de las finalidades de la investigación comparativa. La elaboración de una clasificación revela, por tanto, un lado utilitarista, que termina con la elaboración de los conceptos funcionales que pretenden la realización de objetivos intelectuales».

<sup>22</sup> Vid. R. NEEDHAM, “Polythetic Classification: Convergence and Consequences”, en *Man*, n. 3, 1975, p. 356. Véase además C. PIGNATO, voz “Classificazioni politiche”, en U. FABIETTI, F. REMOTTI (eds), *Dizionario di antropologia*, Zanichelli, Bologna, 1997, p. 172.

<sup>23</sup> Cfr. S. BALDIN, “Riflessioni sull’uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni”, cit.

<sup>24</sup> Y cita, refiriendo a A. SANGALLI, *L’importanza di essere fuzzy. Matematica e computer*, Bollati Boringhieri, Torino, 2000, p. 23, el concepto de persona anciana: A los cinco años una persona con seguridad no es anciana (y su grado de pertenencia al conjunto será 0), mientras que a los noventa y cinco se puede considerar, con toda certeza, anciana (y tendrá un grado de pertenencia 1). Entre los cinco y los noventa y cinco años existe una zona gris, representada numéricamente por los grados de pertenencia mayores a 0 e inferiores que 1, que crecen en función del avance de la edad.

El interés de estas propuestas, formuladas por estudiosos de las ciencias exactas y, desde hace tiempo, acogidas por los investigadores de las ciencias sociales, parece notable también para los juristas y los comparatistas.

### 3. Formas de Estado: teoría

Entre los juristas, se debe a los estudios de los civilistas el haber puesto las tipologías y las clasificaciones en el centro de los análisis macrocomparativos, con particular referencia a las familias jurídicas.

La dificultad de encasillar en grupos rígidos la evolución de las formas de Estado está demostrada por las diferentes categorizaciones sugeridas por historiadores, politólogos, juristas y comparatistas. Para algunos, el Estado de policía se encuentra adscrito a la tipología de Estado absolutista; para otros, representa la primera forma de Estado de derecho. Algunos autores consideran al Estado social una forma evolucionada del Estado democrático; otros lo etiquetan como forma de Estado en sí, otros como “categoría inútil”<sup>25</sup>. Algunos académicos distinguen el “Estado democrático de derecho” del “Estado constitucional”, algunos otros en cambio sugieren que el último es una evolución contingente del primero. Y así sucesivamente. Es decir depende, ciertamente, de la individualización de los elementos que de cuando en cuando se evalúan. (Se trata justamente de la “pertinencia”<sup>26</sup>.)

#### 3.1 Diacronía y sincronía

En una sistematización diacrónica de las formas de Estado, todo se complica por qué, usualmente (a menos que existan eventos revolucionarios, guerras o golpes de Estado), los diversos factores que se consideran prevalentes en cada fase histórica no aparecen todos de golpe, sino por el contrario son el fruto de evoluciones y estratificaciones; es más, no aparecen siempre todos, al mismo tiempo y en el mismo lugar. Puede ser que un nuevo orden sea instaurado en un país (Francia, Inglaterra, Alemania, etc.), pero que se establezca más tarde en otros lugares, en virtud a la circulación de los modelos, o que incluso no se establezca del

<sup>25</sup> M.S. GIANNINI, “Stato sociale: una nozione inutile”, en AA.Vv., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di C. Mortati*, 4 vols, Giuffrè, Milano, 1977, I, p. 139 ss.

<sup>26</sup> Ver nota 21.

todo. Cualquier clasificación diacrónica debe tener en cuenta el criterio espacial (y viceversa). Además, a veces un nuevo orden artificial –como la misma idea de Estado– puede ser impuesto desde fuera (con el colonialismo y otras formas de conquista) sobre estructuras de base tribal, por lo que se observa una enorme disociación entre estas últimas y la forma de la organización del poder estatal.

El punto de vista espacial y el temporal pueden diferir completamente y, el factor temporal mezcla las coordenadas de pertenencia a una u otra clase. Esto hace complicado distinguir las clasificaciones históricas de aquellas contemporáneas<sup>27</sup>. Las etapas en la evolución de las formas de Estado corresponden solo a una parte minoritaria –aunque hegemónica– del mundo. Sin embargo, la influencia de los modelos hegemónicos en muchas ocasiones permanece también después de los procesos de descolonización. La evolución permite a veces recuperar las antiguas concepciones y proponer soluciones sincretistas, pero ello ocurre casi solo en el siglo XXI.

El elemento dinámico (el pasaje de un segmento temporal a otro) no es ajeno en algunas clasificaciones de familias jurídicas, como en U. Mattei para el *rule of political law*<sup>28</sup>, pero mientras aquí se despoja de afirmaciones axiológicas, en las clasificaciones de las formas de Estado, el de la transición, identificado por una parte de la doctrina, indica el ineludible fin (y la parametrización), conforme a la ideología neoliberal: el occidente, como en Fukuyama<sup>29</sup>, con un conexo juicio de valor a favor de la democracia, la división de los poderes, la dignidad, los derechos individuales y propietarios, la seguridad, la defensa del terrorismo, la democracia militante, el mercado, etc., que avanzan paralelamente. No parece convincente que, justo por ser “transitorias”, y por su carácter heterogéneo e ideológico, las experiencias de los países “en vías de desarrollo” puedan ser reagrupadas en una forma de Estado<sup>30</sup>. El propio lenguaje deniega el pluralismo y la flexibilidad.

---

<sup>27</sup> Por ejemplo (para utilizar terminología difusa y afirmante) mientras el Estado absolutista, en su configuración clásica, es una categoría extinta, el Estado autocrático permea toda la historia de la humanidad desde la antigüedad hasta hoy al menos en su versión “dictadura”. Incluso la clasificación aquí propuesta es por esta razón meramente indicativa, *fuzzy*, sujeta no solamente a los elementos antes listados, sino incluso a otros que pueden ser considerados esenciales en la categorización histórica, según el grado de prevalencia.

<sup>28</sup> Cfr. los artículos citados en la nota 68, en los cuales el *political law* es considerado un derecho en evolución hacia el reconocimiento de la distinción de la profesionalidad.

<sup>29</sup> F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, Hamish Hamilton, London, 1992; en clave crítica cfr. M. REIMANN, “The End of Comparative Law as an Autonomous Subject”, en *Tulane eur. and civil law forum*, n. 11, 1996, p. 49 e ss., y M. SIEMS, “The End of Comparative Law”, en *Journ. comp. law*, n. 2, 2007, p. 133 ss.

<sup>30</sup> Esta clase (de la “modernización”) es relevante en la obra de G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, II, 6ª ed., Cedam, Padova, 2004, p. 161 ss. El mismo autor, por otra parte, admite que su reconstrucción unitaria es

En general, para clasificar, hay que tener en cuenta el elemento de la *longue durée*, evitando clasificaciones basadas en eventos esporádicos o limitados en el tiempo y en el espacio, destinados a ser objeto de crónicas más que de elaboraciones científicas<sup>31</sup>.

### 3.2 Clasificaciones simples y complejas

Una clasificación puede ser dicotómica (ej.: “Forma de Estado democrática” y “todas las demás”), o más articulada<sup>32</sup>.

Insertar en una sola clase residual a todos los ordenamientos que no conocen la separación de poderes significa utilizar este único elemento para clasificar las formas de Estado, y dejar de lado los otros, que no son menos significativos: en particular, la relación entre sociedad e instituciones (y así el vínculo entre el poder y su base), y las finalidades (extremamente diferentes en el Estado socialista, el Estado totalitario, las autocracias nacionalistas, o las dictaduras). Esto implica que la distinción de las formas de Estado no se basa solo sobre el hilo de la división de poderes, sino también de estos elementos, que inducen a considerar formas de Estado autónomas las varias fenomenologías que comparten elementos comunes importantes (la concentración del poder), pero difieren en otros elementos significativos.

Reconducir todas las experiencias diversas de aquellas moldeadas del constitucionalismo occidental a un *unicum* comportaría una visión eurocéntrica y absolutista. No se puede, en resumen, restringir todas las variantes de las “formas

---

imposible: *Diritto costituzionale comparato*, I, 8ª ed., Cedam, Padova, 2011, p. 4. Para la literatura de finales del siglo pasado dedicada a áreas en evolución, véase M.P. ROY, *Les régimes politiques du tiers monde*, Lgdj, Paris, 1977; F. DORÉ, *Les régimes politiques en Asie*, Puf, Paris, 1973; P.F. GONIDEC, *Les systèmes politiques africains*, I, *L'évolution, la scène politique, l'intégration nationale*, Lgdj, Paris, 1971.

<sup>31</sup> La formulación del concepto de “*longue durée*” (“larga duración”) para organizar metodológicamente los estudios en las ciencias sociales es de F. BRAUDEL, “Histoire et sciences sociales. La ‘longue durée’”, en *Annales E.S.C.*, XIII, n. 4, 1958; véase el comentario de D. TOMICH, “The Order of Historical Time: The Longue Durée and Micro-History”, en Aa.Vv., *The Longue Durée and World-Systems Analysis: Colloquium to Commemorate the 50th Anniversary of Fernand Braudel ‘Histoire et sciences sociales: La longue durée’*, *Annales E.S.C.*, XIII, n. 4, 1958, October 24-25, 2008, Binghamton Un., New York, 2008, en <http://www2.binghamton.edu/fbc/archive/tomich102508.pdf>. Una referencia en L. PEGORARO, A. RINELLA, *Derecho constitucional comparado*, vol. II, *Sistemas constitucionales*, 2 tomos, Astrea, Buenos Aires-Giappichelli, Torino, 2017, tomo A, cap. II, secc. II, § 9; ver también mi “Forme di governo, definizioni, classificazioni”, en L. PEGORARO, A. RINELLA (eds), *Semipresidenzialismi*, Cedam, Padova, 1997, p. 3 ss., y en Aa.Vv., *Studi in onore di L. Elia*, 2 vols, Giuffrè, Milano, 1999, II, p. 1217 ss.

<sup>32</sup> Véase § 2, y con referencia a las familias jurídicas, nota 19.

de Estado” sin división del poder en sub particiones, o en la mera fórmula de las “formas de gobierno” de una genérica forma de Estado llamada autocrática.

### 3.3 Elementos pertinentes

Parece sensato aproximarse a las clases mediante progresivos acercamientos, considerando principalmente los elementos esenciales que comprenden y solo evocando *a latere* los que son fungibles y no característicos<sup>33</sup>.

Resulta interesante la enumeración de los “elementos determinantes” ofrecida por L. Constantinesco para reagrupar las familias jurídicas. Los indicados por Constantinesco son: a) la “concepción” y el “papel del derecho” en el ámbito del ordenamiento considerado; b) la “ideología” y la “doctrina”, oficiales o no, que inciden sobre el derecho y determinen sus relaciones con el poder; c) las relaciones entre el “dato” (la realidad socio-económica-política-histórica) y lo “edificado” (el edificio jurídico que se le sobrepone). Relaciones que en los ordenamientos de tipo europeo y angloamericano son sensibles a múltiples variables que determinan su difusa incertidumbre; d) la “Constitución económica” vigente en el ordenamiento jurídico. Constitución que domina los problemas de la propiedad, la libre circulación de los bienes, la autonomía de los particulares, la libre iniciativa económica, los contratos y las obligaciones; e) la “concepción” y el “rol del Estado”; éste elemento se integra con el sucesivo; f) la idea dominante, relativa a las “funciones del Estado”, a sus relaciones con el derecho (Estado de derecho), al principio de unidad y pluralidad del poder, a la relación entre autoridad y libertades fundamentales; en definitiva, a la *forma de Estado*; g) el sistema de “las fuentes del derecho”; h) la “interpretación de las leyes y del derecho”, la posición del juez y su papel en la interpretación; i) las “naciones” y las “categorías jurídicas fundamentales”, como aquellas que distinguen a los ordenamientos de *civil law* de aquellos de *common law*<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> El problema principal reside en la discrecionalidad de la elección al respecto. Mientras toda persona razonable entendería inútil y absurdo clasificar los modelos de justicia constitucional por el número par o impar de los componentes de los tribunales, o por la presencia o no de exponentes de ambos sexos, o por la medida de las salas en las que se dictan sus sentencias, mucho más opinables y convincentes resultan otros criterios utilizados por los estudiosos en sus diversas clasificaciones. Criterios estos que no necesariamente conducen a una única clasificación, sino que –según los elementos de distinción que se asuman– pueden conducir a más clasificaciones paralelas.

<sup>34</sup> Véase J.-L. CONSTANTINESCO, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, Khöln, 1971, trad. esp. *Introducción al Derecho comparado*, en *Tratado de Derecho comparado*, I, Madrid, 1981; ID., *Die rechtsvergleichende Methode*, II, *Rechtsvergleichung*, Heymanns, Köln, 1972, trad. esp. *El método comparativo*, en *Tratado de Derecho comparado*, II, Ed. Un. de Valparaíso, Valparaíso, 1987, que para individualizar los elementos determinantes quienes caracterizan las familias jurídicas utiliza factores propios del derecho público/constitucional; esto justifica la intersección que, a menudo aunque no

Esta constatación insta a evaluar, en primer lugar, los elementos de cada sistema jurídico que ofrecen importantes referencias también para una clasificación de las formas de Estado, y nos induce a prestar atención también al cuadro de referencias en el que se sitúa la Constitución. Esto se refiere –además de los datos histórico-políticos y económicos– también a los elementos jurídicos en sentido amplio, a la cultura jurídica dominante, a la tradición jurídica, al rol del derecho en aquella sociedad, y los factores de relación entre la realidad civil, política y económica y el sistema de las normas jurídicas que la regulan.

#### 4. Formas de Estado y clasificaciones tradicionales: pincelados y crítica

Las formas de Estado han sido reagrupadas, siguiendo criterios diacrónicos o sincrónicos, sobre la base de la combinación de: a) la relación entre economía y derecho; b) las finalidades que se propone el Estado (explícitas por ej. en el Estado socialista, implícitas en el Estado liberal-democrático); c) el cuadro de los principios, jurídicos y no, que inspiran la relación entre Estado y sociedad civil, entre esfera pública y privada; d) la determinación del titular del poder político y de las modalidades de legitimación; e) la afirmación o negación de los derechos de libertad y la previsión de las garantías de su propia efectividad; f) la existencia o no de una Constitución y de un cuadro de límites puestos a los gobernantes respecto a los gobernados<sup>35</sup>.

Siempre, el antecedente está representado por el concepto de Estado: de hecho estamos hablando de “formas de *Estado*”. Sin embargo, como ya hemos

---

siempre, se produce entre las dos categorías: familias jurídicas, de un lado, y forma de Estado, del otro. En este sentido L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemas constitucionales*, cit., cap. I, § 7, y cap. II, “Premisa”. Más adelante Constantinesco denota aquellas que considera las cualidades esenciales de los elementos determinantes, es decir: la unicidad (al interior del ordenamiento cada elemento determinante es único); el hecho de ser insustituible (el ordenamiento jurídico dejaría de ser él mismo si fuese sustituido uno solo de sus elementos determinantes); el carácter determinante (o sea, la capacidad de influenciar directa o indirectamente la totalidad o la mayor parte de las otras partículas); finalmente, la complementariedad (el estrecho vínculo que liga uno a otro, por lo que la mutación de uno solo de sus elementos determinantes incide en la subsistencia de los demás). A diferencia de los determinantes, los “elementos fungibles” representan una de las muchas soluciones técnicas posibles; son libremente sustituibles y no presentan un vínculo de recíproca complementariedad por el hecho de tener una relación débil y accidental con el ordenamiento.

<sup>35</sup> Cfr. M. VOLPI, “*Le forme di Stato*”, en G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. RINELLA, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, 5ª ed., Giappichelli, Torino, 2016, p. 255 ss. (pero que no pone en la lista los dos primeros elementos indicados en el texto).

dicho<sup>36</sup>, el concepto de Estado en sentido occidental puede ser entendido como una superestructura jamás asimilada verdaderamente. Ello explica ampliamente la disociación entre estructura formal y estructura material de la forma de Estado. La forma de Estado con división de poderes, de la cual parten todas las clasificaciones sobre formas de Estado, es el éxito de una evolución en la cual los elementos principales son de cuando en cuando el Estado y la adhesión o no a las teorías subyacentes. Esta aproximación por otra parte es ampliamente justificada por la *vis expansiva* que han tenido ya sea el concepto de Estado, o más tarde, las teorías que la apoyan.

No quiero detenerme por ahora en la exposición de las distintas clasificaciones propuestas por tantos estudiosos, sino solo subrayar que en general se acepta que –desde el perfil diacrónico– el desarrollo de las formas de Estado, desde la paz de Westfalia, incluye el Estado absoluto, y luego el Estado de derecho, desarrollado en el Estado liberal, el Estado liberal-democrático, el Estado social, el Estado constitucional, etc., según los puntos de vista de los distintos autores. Desde la perspectiva sincrónica se suele separar nítidamente la forma de Estado con división entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial surgida de las teorías de la Ilustración y las Revoluciones francesa y americana (incluyendo sin embargo el Reino Unido, que no conoce formalmente división de poderes), de otras –a veces unificadas bajo de una etiqueta única– como la autocrática, o autoritaria, comunista, teocrática, de la transición, etc.

En general, también los manuales y libros que tratan este asunto suelen dividir su estructura en dos partes: los Estados democráticos y “otras formas de Estado”. El ineludible eurocentrismo de esta teoría y modelística se debe también a la idea que el concepto de Estado –como destaca Marquardt– nace ciertamente con la paz de Westfalia. Desde la perspectiva histórica, mucho mejor sería aceptar el pluralismo y ententar reagrupar las experiencias de las “sociedades preestatales”, luego los reinos dinásticos de los distintos continentes (piénsese sólo a las experiencias de Incas y Aztecas, o al Oriente!) y, a continuación, el que Marquardt etiqueta como “Estado de la modernidad temprana”, que se desarrolla en imperios como el ruso, el otomano, el persa, el mogol, el chino de los Qing, el japonés de shōgunato y, finalmente, otras experiencias interesantes (Etiopia, etc.)<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Ver § 1.

<sup>37</sup> B. MARQUARDT, *Historia mundial del Estado*, III, *El Estado de la modernidad temprana en Asia, África y las Américas*, Temis, Bogotá, 2014. Sobre la elección dicotómica cfr. § 3.2.

## 5. Elementos pertinentes para una clasificación no eurocéntrica

a) La primera operación que debemos hacer es cuestionar la propia definición de “forma de Estado”. En las sociedades estatales contemporáneas, a veces aparecen elementos que cambian incluso la relación entre poder y sociedad. Ciertamente, ellos siempre existieron en los ordenamientos y sistemas no occidentales, sin embargo, fueron expulsados, ya fuese a nivel científico, o fuera a nivel del formante normativo. La alusión es sobre todo a la relación con la naturaleza de la sociedad y las instituciones (los únicos que hasta ahora han sido considerados por la doctrina, para elaborar el concepto de forma de Estado y para realizar la clasificación)<sup>38</sup>. Sugiero entonces actualizar el propio concepto de “forma de Estado”, involucrando también este elemento –la naturaleza– en los que lo califican.

De tal manera, ya podemos dividir las formas de Estado entre cuantas se basan en la dicotomía “instituciones/sociedad” (o “poder/individuos”), como la liberal-demócrata, la socialista, la totalitaria y otras formas de Estado llamadas autocráticas, y las que atraen también un factor hasta ayer dejado al margen, como lo es la naturaleza. (Se trata de hecho sólo del así llamado *Caring State*.)<sup>39</sup> Hay también que considerar –pero muchos autores ya lo propusieron, aunque sin cambiar el esquema basado sobre estos dos elementos clásicos– la intersección de la divinidad en el esquema dicotómico propuesto (Estado teocrático y/o hierocrático)<sup>40</sup>. Tales elementos –naturaleza y divinidad– “roban espacio” sea a las instituciones sea a los individuos, modificando incluso las axiologías y las relaciones recíprocas.

---

<sup>38</sup> Entre tantos, cfr.: E.R. ZAFFARONI, *La pachamama y el humano*, Edic. Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2011; E. GUDYNAS, *Los Derechos de la Naturaleza. Respuestas y aportes desde la ecología política*, Abya Yala, Quito, 2016; R. ÁVILA SANTAMARÍA, *La utopía del oprimido. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*, Akal, Madrid, 2019; D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Un atlante giuridico per l'Antropocene*, il Mulino, Bologna, 2022 (y otros escritos del mismo autor); D. AMIRANTE, S. BAGNI (eds), *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene: Values, Principles and Actions*, Routledge, Abingdon-New York, 2022; S. BALDIN, “Los derechos de la naturaleza: de las construcciones doctrinales al reconocimiento jurídico”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 22, 2017.

<sup>39</sup> *Infra*, § 6.1.

<sup>40</sup> Remito a las consideraciones y la amplia bibliografía de A. Rinella en nuestra obra *Sistemas constitucionales*, cit., tomo A, cap. II, secc. II, § 9.

Esta propuesta encuentra un límite epistemológico que, como explica S. Bagni, es denunciado por la antropología<sup>41</sup>: «El cortocircuito jurídico se produce porque la cosmovisión indígena viene incorporada, a través de la Constitución, en un sistema filosófico-jurídico (el constitucionalismo) y de conocimiento y producción normativa (la *Western Legal Tradition*), que siguen manchados en una contrapuesta visión. Así que el Estado, a pesar de auto-proclamarse abierto al pluralismo jurídico, sigue, en sus relaciones de poderes, conforme a la tradición occidental, considerada como la única manera de concebir el derecho, y específicamente, de representar la relación entre ser humano y medio ambiente»<sup>42</sup>.

**b)** La segunda operación epistemológica, en el marco de las premisas metodológicas apuntadas arriba, es dejar de lado cualquier ambición de precisión matemática en la delimitación de las distintas formas de Estado. Aunque se pueda individualizar los elementos prevalecientes de cada clase (Estado liberal-democrático, Estado socialista, etc.), hay hibridaciones entre los distintos elementos que caracterizan cada clase en sus relaciones y axiologías: justamente por esta razón muchos autores prefieren distinguir, por ej., la forma de Estado liberal de la liberal-democrática, del Estado social, o del *Welfare State*.

**c)** Finalmente, la tercera operación insta a la búsqueda de los elementos pertinentes para reagrupar las clases –dúctiles– y su lugar dentro cada clase.

---

<sup>41</sup> Véase S. BAGNI, “Diritti della natura nei nuovi costituzionalismi del Global South: riflessi sulla teoria dei formanti”, en D. AMIRANTE (ed.), *Il costituzionalismo ambientale fra antropocentrismo e biocentrismo. Nuove prospettive dal diritto comparato, Atti del VIII Convegno Annuale dell’Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo, Caserta, 9-10 settembre 2022, en DPCE online, 2023*. De la misma autora véase también “Los aportes de los derechos de la Naturaleza en la construcción de un paradigma relacional de los derechos”, en R. MARTÍNEZ DALMAU (ed.), *La lucha contra el cambio climático y el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza: sinergias de la cooperación mediterránea. Actas del congreso celebrado en la Universitat de València los días 29 y 30 de junio de 2022*, Pireo Ed., València, 2022, p. 12 ss.

<sup>42</sup> «Los antropólogos –destaca la autora citada– han subrayado como en algunos idiomas, y por consecuencia por ciertos pueblos, la palabra “naturaleza” ya no existe (P. DESCOLA, *L’ecologia degli altri. L’antropologia e la questione della natura*, Linaria, Roma, 2013, p. 118), así que la misma expresión “derechos de la naturaleza” aparece etnocéntrica. Lo mismo puede decirse cuando se traduce *Pacha Mama* con “naturaleza” en la Constitución de Ecuador. En este caso, hasta la traducción “Madre Tierra” no es totalmente coherente con la ontología indígena, porque en la cosmovisión kichwa *Pacha Mama* indica el cosmos, la totalidad, sin suponer una distinción entre ser humano y naturaleza que, en cambio, parece explícita en la expresión “Madre Tierra”. Otro ejemplo: en la cosmovisión inca, el prejuicio dicotómico ha llevado a traducir “runa” como “persona” o “humanidad”, cuando el termino indica el género, masculino y femenino al mismo tiempo. Esto significa que “runa” expresa unidad de género entre *todos* los seres, humanos y no humanos, sin referirse de ningún modo a la contraposición entre seres humanos y naturaleza (F. QUIZHPE, C. STORINI, “Hacia otro fundamento de los derechos de la naturaleza”, en R. MARTÍNEZ DALMAU, C. STORINI, R. VICIANO PASTOR, *Nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Olejnik, Santiago de Chile, 2021, pp. 252 y 253)».

Dando por sentado que el contenedor es el concepto de Estado, nada prohíbe definir como “autocráticas” aquellas experiencias históricas que han delineado una relación entre gobernantes y gobernados inspirándose en los criterios contrapuestos a aquellos fundadores del Estado liberal y luego democrático; en efecto, el nombre es correcto y evocativo de un elemento importante, que no puede ser ignorado: la concentración del poder y el rechazo de la tripartición elaborada por Montesquieu y actuada en la clase de las democracias. Tiene el mérito de distinguir entre la prevalencia de los individuos sobre la comunidad, o de la comunidad sobre los individuos.

Sin embargo, esta macro-clasificación dicotómica pone en un cono de sombra la función del Estado. No sólo no permite distinguir entre Estados que amplían el concepto de “*societas*”, incorporando la naturaleza o la divinidad, sino que incluso en una óptica euroatlántica devalúa la diferencia entre distintas bases sociales y objetivos (entre ellos, la afirmación del comunismo o, por el contrario, del fascismo).

Además de la función, también la estructura puede ser importante para reagrupar las formas de Estado. No por casualidad, la macro-división evocada *supra* (es decir entre democracias y “otros”) se plantea justamente en la estructura del poder, dividido o menos entre las tres ramas –legislativo, ejecutivo y judicial. La alusión no es tanto a la organización del poder en la perspectiva clásica (este elemento pertenece a la calificación de las formas de gobierno, limitada por la doctrina dominante al Estado liberal-democrático), sino a la organización de las relaciones entre poder y sociedad. ¿Cómo se percibe y de consecuencia actúa el papel del líder en su relación con las masas? ¿Cómo se distribuye el poder entre lo político y lo religioso? ¿Cómo se representa la sociedad (clases sociales, minorías, territorios, etc.) en las instituciones? Todos estos elementos contribuyen en la construcción de un abanico de soluciones distintas, útiles para proponer clasificaciones actualizadas de las formas de Estado. Cada vez puede prevalecer el elemento funcional o el estructural.

Todo lo expuesto arriba no permite rechazar la bien conocida macro-clasificación de las Constituciones propuesta por Loewenstein, que las divide entre normativas, nominales y semánticas; al revés, la fortalece<sup>43</sup>. Se trata, de hecho,

<sup>43</sup> Como por último recuerda P. VIOLA, “Valori autoctoni in Asia meridionale e costituzionalismo della tradizione occidentale”, en *DPCE online*, n. esp. 2021, p. 1649: «la clasificación operada por Karl Loewenstein es útil para excluir,

de devaluar (en parte) el papel de las palabras de las Constituciones en la clasificación de las formas de Estado, cuando carece su efectividad. La consecuencia es una taxonomía que no puede incluir el *Caring State* en el álveo del Estado liberal-democrático o “del bienestar”; el totalitarismo en el cauce de las dictaduras; el nacionalismo socialista árabe en una genérica clase de “Estado islámico”, y sugiere hacer distinciones entre la forma de Estado liberal-democrática tradicional y la que llamaremos “liberal-populista”.

## 6. Variantes en la dicotomía instituciones-societas: Estado del bienestar, *Caring State* y teocracias

«El Estado del bienestar es un Estado burgués, en el sentido que se sitúa en el medio de un camino, en tensión entre mirar por atrás “de donde se viene”, y hacia delante, para convertirse en lo que se quiere ser. Se fundamenta en los principios de libertad, autonomía e igualdad. Por eso, exalta los derechos de libertad económica y de propiedad, como forma de empoderamiento personal, con el límite de su función social; garantiza los derechos sociales, como forma de redistribución del ingreso y expresión del principio de solidaridad vertical y horizontal, pero casi nunca esos derechos son reconocidos como deberes del Estado u obligaciones jurisdiccionalmente sancionables; incorpora los derechos ambientales, pero subordinados, o a lo mejor en balance, con los demás derechos; reconoce los derechos culturales a los grupos minoritarios, pero siendo asentado en el concepto de Estado-nación. Vive un conflicto continuo entre el concepto de ciudadanía como fuente de la titularidad de los derechos y la extensión de los derechos humanos como pertenecientes al ser humano como tal»<sup>44</sup>.

Sin embargo se desarrolla, cambia, se ajusta a las necesidades de los tiempos y lugares, hasta provocar la disociación de la acción de gobierno entre gobernabilidad, gobernanza, *gobermedia*, como sugiere Antonio Porrás Nadales<sup>45</sup>, para

---

en sede de revisión metodológica, aquellos fenómenos que no presentan ninguna característica que se puede atribuir al constitucionalismo». [K. LOEWENSTEIN, *Political power and the governmental process*, Un. of Chicago Press, Chicago, 1965; ID., *Teoría de la constitución*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1976.

<sup>44</sup> S. BAGNI, “La doctrina de las formas del Estado desde un análisis histórico-comparativo en América Latina”, cit., p. 1027.

<sup>45</sup> A. PORRÁS NADALES, *La acción de gobierno: gobernabilidad, gobernanza, gobermedia*, Trotta, Madrid, 2014.

construir una *teoría general* del Estado del bienestar, sin la cual no se puede hacer comparación (y viceversa)<sup>46</sup>.

La pregunta que se suscita es si el modelo “*Welfare State*”, o si prefieren “Estado social”, se pueda exportar –sea a nivel científico sea fáctico– sin provocar una crisis en la epistemología, en las clasificaciones y sobre todo en la realidad. De hecho, el llamado “modelo pluralista”, hace referencia en prevalencia a familias, sistemas (y formas de Estado) que se apoyan en la mezcla de distintos elementos que cruzan todos los modelos, incluso los pertenecientes a la tradición occidental y la socialista, pero sobre todo los sistemas extraños a la tradición jurídica occidental<sup>47</sup>.

### 6.1 *Caring State*

El Estado del cuidado –escribe S. Bagni– es mucho más radical, en el sentido que toma un posicionamiento preciso sobre los conflictos irresueltos en el Estado del bienestar, eligiendo la justicia social y la justicia ecológica como sus objetivos políticos. Y, señala la hipótesis según la cual –con referencia a algunas experiencias constitucionales que incorporan varias “tradiciones contrahegemónicas”, respecto, en particular, al área latinoamericana– sería posible extraer del lecho del Estado social de derecho (o *Welfare State*) el llamado *Caring State*, identificado por la incorporación de valores comunitarios tradicionales a nivel constitucional y en el programa político, como se registra por ejemplo en Sudáfrica, Madagascar y otros

---

<sup>46</sup> Como escribe G. TUSSEAU, *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica – Contre les «modeles» de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, Bup, Bologna, 2009, «D'un point de vue idéologique, l'expérience du droit public comparé impose de revenir aux outils de la théorie générale du droit; seulement l'adoption de telle perspective permettrait la construction d'un métalangage neutre, afin d'offrir une grille de lecture exhaustive [...] en toute sa diversité géographique et historique, épurant au même temps la recherche de toute idéologie». Sobre las evoluciones recientes del Estado social v. R. VICIANO PASTOR, R. MARTÍNEZ DALMÁU, “Crisis del Estado social en Europa y dificultades para la generación del constitucionalismo social en América Latina”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 22, 2017.

<sup>47</sup> Véase, en este sentido: M. GUADAGNI, *Il modello pluralista. Appunti di sistemi giuridici comparati*, Giappichelli, Torino, 1996. Además, en la *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 29, 2021, la sección monográfica “La diversidad cultural en la arena política como reto para las democracias pluralistas”, al cuidado de M.C. LOCCHI y, en la misma *Revista*, n. 26, 2019, la sección monográfica “El papel del derecho tradicional en la elaboración de nuevos modelos de Estados pluralistas”, a cargo de S. BAGNI y A.C. DIALA, e *ivi* S. BAGNI, “De los Andes a la Unión Europea: el derecho común de la tierra en la ecología del derecho”; en el n. 28, 2020, véase la sección “La búsqueda de modelos de gestión intercultural de los conflictos sociales”, a cargo de S. BAGNI.

países de África austral<sup>48</sup>, Ecuador, Bolivia, Nicaragua<sup>49</sup>, Bután. En estas realidades se percibe el esfuerzo de construir «una forma de Estado más inclusiva de todos los componentes de la comunidad estatal y solidariamente respondiendo a las necesidades humanas de sus integrantes», que Bagni llama «*Caring State*, esto es Estado que cuida, donde lo público cuida de lo privado, los individuos se cuidan los unos de los otros y entre ambos se cuidan del entorno en el que vivimos»<sup>50</sup>.

En el *Caring State* los términos de confrontación permanecen aquellos de la libertad política de los individuos y de los grupos sociales, aunque cambien los contenidos de los principios y de las reglas que los disciplinan<sup>51</sup>. Y, además: «Una

<sup>48</sup> Sobre el pluralismo africano ver M. GUADAGNI, “African law and legal pluralism”, en HONG YONHONG, XIA XINHUA (eds), *African Law and Social Development*, Xiantang U.P., Xiantang, 2010, p. 90 ss.; M. GUADAGNI, I. CASTELLUCCI, “Classificando i sistemi giuridici africani”, en *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013, p. 261 ss.; M. NICOLINI, “Chapter 10: African Legal Traditions”, en G. Mousourakis, *Comparative Law and Legal Traditions: Historical and Contemporary Perspectives*, Berlin, 2019, p. 281 ss.; ID., *L'altra Law of the Land. La famiglia giuridica “mista” dell’Africa australe*, Bup. Bologna, 2016. Véanse también, en la sección dedicada a África en el número 26, 2019 de la *Rev. gen. der. públ. comp.*, los artículos de M. NICOLINI, “Dibujar las herencias del pasado: derecho colonial y tradiciones jurídicas en África”; A.C. DIALA, “Our Laws Are Better than Yours: The Future of Legal Pluralism in South Africa”; S. MANCUSO, “Informal Laws and State Law in the Horn of Africa”; E. MENDES SIMBA, “Os direitos sobre os recursos naturais: uma abordagem na perspectiva da coexistência entre o direito costumeiro e o direito positivado de Angola”.

<sup>49</sup> Sobre los primeros pasos y las características peculiares de la evolución del Estado constitucional en América Latina, v. B. MARQUARDT, *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010)*, *Historia constitucional comparada*, 2 vols, I, *Metodología y 1810-1880*, y II, *1880-2010*, Un. Nac. de Colombia-Inst. Unidad de Invest. Jur.-Soc. G. Molina, Bogotá, 2011; ID., *Historia constitucional comparada de Iberoamérica. Las seis fases desde la Revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Ibañez, Bogotá, 2016; M. CARMAGNANI, *L'altro Occidente. L'America Latina dall'invasione europea al nuovo millennio*, Einaudi, Torino, 2003; A. COLOMER VIADEL, *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, 2ª ed., Trillas, México, 2009; B. DE SOUSA SANTOS, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Inst. Int. Der. y Soc., Lima, 2010; A.C. WOLKMER, I. FERNANDES, M. LIXA (eds), *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina*, Cenejus Nepe-Un. Fed. Santa Catarina, Aguascalientes-Florianópolis, 2015; en general el número monográfico de la *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 9, 2011, dedicado al constitucionalismo en la región. Desde una perspectiva clásica, además, entre otros, véanse al menos estos textos: D. VALADÉS, M. CARBONELL (eds), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, Cámara de Dip., Unam-Iij, México, 2000; D. VALADÉS, “El nuevo constitucionalismo iberoamericano”, en A.M. HERNÁNDEZ, D. Valadés (eds), *Estudios sobre Federalismo, Justicia, Democracia y Derechos Humanos: Homenaje a Pedro J. Frías*, Unam, México, 2003, p. 329 ss.; R. GARGARELLA, C. COURTIS, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Cepal, Santiago de Chile, 2009; la parte II (pp. 145-254) del libro de A. DE ALMEIDA FILHO, F. BILAC MOREIRA PINTO FILHO (eds), *Constitucionalismo e Estado*, Forense, Rio de Janeiro, 2007. Pueden constituir el *background* dos publicaciones: C. LANDA ARROYO, *Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina*, Pucp Fondo ed., Lima, 1994, y el más reciente M. CARBONELL, J. CARPIZO, D. ZOVATTO (eds), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, Unam-Iij, México, 2009.

<sup>50</sup> La individualización del *Caring State* como forma de Estado autónoma es de S. BAGNI, “Dal Welfare State al Caring State?”, en ID. (ed.), *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Filodiritto, Bologna, 2013, p. 19 ss.

<sup>51</sup> Un buen ejemplo de esto se encuentra en el preámbulo de la Constitución Boliviana: «Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos». Cfr., entre tantos, R. VICIANO PASTOR (ed.), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo*

concepción normativa de la forma del Estado implica identificar cuales valores y principios guían la acción del Estado frente a sus ciudadanos. La forma de Estado del cuidado considera estas dos visiones de la vida como valores a defender para lograr el bien común, asumiendo específicos compromisos frente a los miembros de su comunidad, de cumplir con estos objetivos de justicia social y ambiental. En ellas, hay tanto un fundamento antropológico como ecológico. El cuidado es un carácter intrínseco de la naturaleza humana. El mito del Cuidado, de origen romana pero recuperado en Occidente principalmente por Heidegger, nos recuerda que la contradicción de nuestra naturaleza dividida entre Cielo (espíritu) y Tierra (cuerpo) reside en el Cuidado. Al mismo tiempo, el mito nos concienta sobre nuestra vulnerabilidad<sup>52</sup>, en cuanto seres que viven y dependen de un entorno, constituido por otros seres, humanos y no humanos, y que se rige por reglas propias. Nuestra sobrevivencia depende de la capacidad de reconocer esta interdependencia<sup>53</sup> y de cuidar por la armonía y el equilibrio en las relaciones con los otros y con el ecosistema en el cual vivimos, en cuanto no existe un “yo” sin un “tu”».

En la construcción de una nueva clasificación de las formas de Estado, la naturaleza y el conjunto de las tradiciones influyen en el núcleo semántico de la palabra “sociedad”, que en el derecho constitucional occidental representa uno de los dos términos que permiten de identificar el concepto de “forma de Estado”, involucrándolas, hasta llegar a representar un tercer elemento, al lado de las instituciones o el poder (aunque, como hemos visto, de otra perspectiva, no eurocéntrica, lo que se debería cambiar es el propio sentido de “sociedad” e “instituciones”, ampliándolas y fundiéndolas)<sup>54</sup>.

«Por ende –escribe Bagni en otro artículo<sup>55</sup>– el Estado reconoce la existencia de un orden jurídico que compite con las normas producidas por sus propias instituciones y que se legitima por fuera de la Constitución y del Estado, fundandose en

---

latinoamericano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; S. BALDIN, M. ZAGO (eds), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Filodiritto, Bologna, 2014; S. BALDIN, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Giappichelli, Torino, 2019; C. STORINI, J.F. ALENZA GARCÍA (eds), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012. Sobre la Constitución ecuatoriana en el contexto andino véase R. ÁVILA SANTAMARÍA, J.C. TRUJILLO VÁSQUEZ, *Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y del derecho comparado*, Min. de Justicia y Der. Humanos, Quito, 2008.

<sup>52</sup> A. MARCOS, “Vulnerability as a Part of Human Nature”, en A. MASFERRER, E. GARCÍA-SÁNCHEZ (eds), *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights: Interdisciplinary Perspectives*, Springer, Cham, 2016.

<sup>53</sup> C. VIAFORA, R. ZANOTTI, E. FURLAN (eds), *L'etica della cura: tra sentimenti e ragioni*, Angeli, Milano, 2007.

<sup>54</sup> Remito al § 5 y nota 42.

<sup>55</sup> “La doctrina de las formas del Estado desde un análisis histórico-comparativo en América Latina”, cit., p. 1012.

la tradición ctónica. En principio, el Estado plurinacional rechaza el monismo jurídico a favor del pluralismo. El pluralismo jurídico cuestiona la categoría misma de Estado, siendo la unidad del sistema jurídico uno de los elementos constitutivos del Estado. La constitucionalización del derecho internacional, y en América Latina la convencionalización de la Constitución, habían ya puesto sobre la mesa el problema de la legitimación de fuentes jurídicas producidas fuera de la soberanía estatal. Sin embargo, el pluralismo jurídico pone problemas diferentes. En primer lugar, porque el Estado directa o indirectamente participa *pro-cuota* en la producción del derecho internacional o convencional. En cambio, está completamente excluido de la producción del derecho indígena. Además, la Constitución sigue manteniendo la *competenz-competenz*, es decir el poder de reconocer el derecho indígena, de subordinarlo a límites y de decidir sobre su compatibilidad con la Constitución debido a su órgano de interpretación (Corte constitucional o suprema); sin embargo, el derecho indígena sigue desarrollándose y aplicándose, a pesar de todo, aún del encarcelamiento de comuneros por el hecho de haber aplicado su propio derecho».

Desde una perspectiva de estudio de las formas de Estado basadas sobre criterios de prevalencia, el *Caring State* parece colocarse por encima, de la perspectiva formal (salvo la acentuación de las modalidades participativas), en el lecho del Estado democrático pluralista; desde aquella sustancial se propone por el contrario como una experiencia nueva, no reconducible a ninguna forma de Estado tradicional.

## 6.2 Teocracias/Hierocracias

Distinto es el caso de la relación entre familias jurídicas y formas de Estado, cuando en tal relación ingresa el fenómeno religioso. Pese de algunas experiencias históricas, y del Estado Ciudad del Vaticano, nos referimos especialmente al derecho islámico. Es distinto, porque hay una fractura entre el ámbito de la “familia jurídica” identificada como “de derecho islámico” –categoría aceptada por casi toda la doctrina comparatista– y los distintos modelos que caracterizan en cada Estado del área islámica las relaciones entre religión, sociedad, poder temporal y poder religioso, lo que afecta al concepto de “forma de Estado”.

El concepto de Estado –como ya hemos dicho en el § 1– es algo extraño al Islam, que se basa en la comunidad de los creyentes (*Umma*) y no en las entidades

artificiales impuestas por la colonización, llamadas Estados. Por lo cual, es evidente la variedad de soluciones adoptadas en el largo del tiempo y del espacio.

Como nos recuerda A. Rinella<sup>56</sup>, la clasificación de los Estados en base a la posición adoptada en la confrontación con los fenómenos religiosos ha sido objeto de múltiples estudios históricos, jurídicos y políticos<sup>57</sup>. De acuerdo con la más conocida y difundida de las clasificaciones, hay que distinguir entre los sistemas de relaciones basadas en el principio de subordinación y sistemas de relaciones basadas en los principios de separación y coordinación [...]<sup>58</sup>. En los casos en los que, en el seno de un Estado confesional, la máxima autoridad religiosa coincide con el vértice del gobierno del Estado mismo, la relación entre gobernantes y gobernados asume las características del Estado teocrático absoluto o de la “teocracia pura” [...]<sup>59</sup>.

El Estado teocrático se caracteriza por la fusión entre la esfera religiosa y la esfera civil y por la preeminencia de la primera sobre la segunda [...]<sup>60</sup>. De la forma de Estado teocrático puede ser entendida diferente la forma de la teocracia, que precisamente se define “hierocracia” (del griego *ierós*, sacerdote), «según la cual el poder es ejercido, más o menos directamente, por los sacerdotes. Se habla a veces de

---

<sup>56</sup> En nuestro *Sistemas constitucionales*, cit., vol. A, cap. II, secc. II, § 9.

<sup>57</sup> Cfr. por ej. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Separatismo y cooperación en los acuerdos del Estado con las minorías religiosas*, Comares, Granada, 1994; F. MARGIOTTA BROGLIO, C. MIRABELLI, F. ONIDA, *Religioni e sistemi giuridici*, il Mulino, Bologna, 1997, p. 114 ss.; G. MACRÌ, M. PARISI, V. TOZZI, *Diritto civile e religioni*, 2a ed., Laterza, Roma-Bari, 2013. Han prestado especial atención a la relación entre la religión y la política y el sistema de relaciones entre las confesiones religiosas y el Estado V.P. NORRIS, R. INGLEHART, *Sacred and Secular: Religion and Politics Worldwide*, 2a ed., Cambridge U.P., Cambridge, 2011; además de P. LILLO, *Globalizzazione del diritto e fenomeno religioso*, Giappichelli, Torino, 2002.

<sup>58</sup> Los sistemas fundados sobre el principio de subordinación pueden a su vez subdividirse entre sistemas que establecen la subordinación de la Iglesia al Estado y sistemas que en cambio subordinan el Estado a la confesión religiosa dominante.

<sup>59</sup> Pueden representar experiencias recientes el régimen teocrático instaurado en Afganistán entre 1996 y 2002 y lo que viene después de 2021, cuando los talibanes, estudiantes de teología coránica, impusieron la Ley islámica en términos radicales; un poco más atrás en el tiempo se puede hacer referencia al caso de Sudán en el siglo XIX.

<sup>60</sup> Así pues, la autoridad del Estado tiene su legitimación en la fe religiosa y, consecuentemente, los preceptos religiosos están reconocidos en el ordenamiento como idóneos para producir efectos jurídicos, encontrando así su colocación relevante en el sistema de las fuentes. Véase R. HIRSCHL, *Constitutional Theocracy*, Harvard U.P., Cambridge-London, 2010; L. CATÁ BACKER, “God(s) Over Constitutions: International and Religious Transnational Constitutionalism in the 21st Century”, en *Mississippi College L.R.*, n. 27, 2008, p. 11 ss.; ID., “Theocratic Constitutionalism: An Introduction to a New Global Ordering”, en *Indiana Journ. Glob. Legal St.*, n. 16, 2009, p. 101 ss.; J. TEMPERMAN, *State Religion Relationships and Human Rights Law*, Nijhof, Leiden-Boston, 2010; R. GROTE, T. RÖDER (eds), *Constitutionalism in Islamic Countries*, Oxford U.P., Oxford, 2012.

Estado teocrático en el sentido estricto cuando el que detenta el poder se identifica con Dios o está reconocido como su representante directo»<sup>61</sup>.

La realidad actual muestra sin embargo una evolución que tiende a combinar ciertos aspectos del Estado confesional con elementos destacados del constitucionalismo. Tal circunstancia ha llevado a algunos autores a delinear una nueva forma de Estado denominada “teocracia constitucional”<sup>62</sup>.

### 6.3 Nacionalismo socialista árabe

En los Estados islámicos generalmente la Constitución está subordinada a la ley divina (*Shari'a*), es decir la ley revelada e inmutable que constituye el derecho de la comunidad musulmana. El Islam es proclamado, en estos ordenamientos, religión del Estado<sup>63</sup>. A pesar de la calificación formal de la fuente suprema en los distintos ordenamientos estatales, algunos países no comparten las características “teocráticas” que caracterizan muchos Estados del Islam “clásico”: se trata de los Estados que preferimos reagrupar en la clase que hemos denominado del “nacionalismo socialista árabe”. Las autocracias nacionalistas son características sobre todo en algunas experiencias de Oriente Medio: el Egipto de Nasser, y después Mubarak, el Iraq de Saddam, la Libia de Gadafi, la Siria de los Assad, etc., representan experiencias en las que se combinan poder personal (culto a la personalidad, movilización de las masas), socialismo *sui generis*, unificación tribal, aspiraciones panarabistas, todo ello en un territorio delimitado por fronteras artificiales establecidas por el colonialismo<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> M. OLIVIERO, voz “Estado teocrático”, en L. PEGORARO (ed.), *Glosario de Derecho público comparado*, cit., p. 174 s.

<sup>62</sup> Según esta parte de la doctrina, diversas experiencias contemporáneas se pueden incluir en la forma de Estado teocrática-constitucional: Arabia Saudita (Ley Fundamental de 1993), Qatar (Const. de 2003), Maldivas (Const. de 2008), Afganistán (Const. de 2004), Iraq (Const. de 2005), Yemen (Const. de 1991), Irán (Const. de 1979).

<sup>63</sup> Sobre el derecho musulmán F. CASTRO, *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007; ID., voz “Diritto musulmano e dei Paesi musulmani”, en *Enc. giur.*, XI, Ist. enc. it, Roma, 1989, p. 1 ss.; ID., voz “Diritto musulmano”, en *Dig. priv.*, VI, Utet, Torino, 1990, p. 284 ss. Bibliografía sobre el Islam en M. IQBAL, *The Reconstruction of Religious Thought in Islam*, 2ª ed., Oxford U.P., London, 1989; H. DE WÆL, *Le droit musulman: Nature et evolution*, Cheam, Paris, 1989; A.A. NA'IM (ed.), *Islamic Family Law in a Changing World: A Global Resource Book*, Zed Books, London, 2002; M.H. KAMALI, *Shari'a Law: An Introduction*, Oneworld, Oxford, 2008; C. MALLAT, “Comparative Law and the Islamic (Middle Eastern) Legal Culture”, en M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford U.P., New York, 2006, p. 610 ss.; ID. (ed.), *Islam and Public Law: Classical and Contemporary Studies*, Graham & Trotman, London-Dordrecht-Boston, 1993.

<sup>64</sup> Sobre el nacionalismo árabe vid. A. PELLITTERI (ed.), *La formazione del pensiero nazionale arabo: matrici storico-culturali ed elementi costitutivi*, Angeli, Milano, 2012; además, P.J. VATIKIOTIS, *Islam and the State*, Routledge, London,

Como recuerda A. Rinella<sup>65</sup>, a partir de finales del siglo XIX, en el contexto de la crisis del Imperio otomano, se fue desarrollando un movimiento político-cultural que, haciendo uso de una ideología identitaria, expresaba intenciones de emancipación y de unidad del nacionalismo árabe. La idea de nación era extraña a la cultura árabe que, de siempre, había encontrado la razón de su unidad en la dimensión étnica (la tribu, la familia), religiosa o territorial. En reacción al panturquismo, que había surgido de la relación con la cultura europea colonial empapada de espíritu nacionalista, se había desarrollado el arabismo, sinónimo de nacionalismo árabe. Un nacionalismo de carácter laico –al menos en una primera fase– puesto que entre sus propulsores se encontraban también cristianos de lengua árabe.

En las décadas entre los siglos XIX y el XX el mundo árabe recibió de la cultura europea el concepto de Estado-nación, con sus elementos constitutivos representados por un territorio definido, un pueblo étnicamente homogéneo y un aparato de gobierno. Naturalmente el concepto de Estado-nación fue interpretado de diverso modo por lo diferentes pueblos árabes del Medio Oriente. El movimiento nacionalista árabe encontró terreno fértil en las aristocracias religiosas de la Meca y en las *élites* de orientación modernizadora, radicadas especialmente en las ciudades de Siria.

Después de los años 30, se fue afianzando en el mundo árabe el “panarabismo”, una expresión particular del nacionalismo árabe que invocaba la construcción de un gran Estado árabe unitario, pero en las décadas posteriores el panarabismo gradualmente perdió terreno frente a la consolidación de los nuevos Estados árabes, abanderados de intereses políticos y económicos particulares, y frente a la reafirmación cada vez más radical y difusa del fundamentalismo islámico que ha atravesado y contaminado los paradigmas de la identidad cultural del nacionalismo árabe<sup>66</sup>. El partido *Ba'ath*, presente en casi todos los países árabes, ha representado la expresión política más activa del panarabismo no confesional; en

---

1991; R. SCHULZE, *A Modern History of the Islamic World*, Tauris, London, 2000. Sobre los pródomos B. MARQUARDT, *Historia del Estado moderno en Asia y África del Norte* (1500-2014), Un. Nac. de Colombia, Bogotá, 2014.

<sup>65</sup> *Sistemas constitucionales*, cit., vol. A, cap. II, secc. II, § 7.

<sup>66</sup> Sobre la evolución del pensamiento político panarabista, H. SHARABI, *Nationalism and Revolution in the Arab World*, Princeton U.P., Princeton, 1966; A. ABDEL-MALEK, *La pensée politique arabe contemporaine*, Seuil, Paris, 1970; C.E. DAWN, *From Ottomanism to Arabism: Essays on the Origins of Arab Nationalism*, Un. of Illinois Press, Chicago, 1973; J.P. JANKOWSKI, I. GERSHONI, *Rethinking Nationalism in the Arab Middle East*, Columbia U.P., New York, 1997; R. PEZZIMENTI, *Il pensiero politico islamico del '900. Tra riformismo, restaurazione e laicismo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2006; A.C. LARROQUE, *Géopolitique des Islamismes*, Puf, Paris, 2014.

los años 50 se afirmó como el partido líder en Siria y en el Egipto de Nasser, luego en el Iraq de Saddam Hussein.

Por su parte, el régimen líbico de Mu'ammar Gadafi se dirigía a asegurar el control del territorio y de la población buscando el apoyo de los *kabile*, las tribus de origen beduino que pueblan Libia, a través de prebendas clientelares, las posiciones de prestigio y favores y, al mismo tiempo, aislando a las tribus hostiles que excluye de la participación en el poder y la riqueza.

El sistema institucional libio se basaba en una Constitución impulsada por Gadafi (1969), que con sus 37 artículos diseñaba un régimen fundado sobre tres principios cardinales: panarabismo, anti-imperialismo, nacionalismo. El pueblo fue llamado a ejercitar el poder soberano a través de una estructura piramidal que partía desde el nivel inferior hasta la cumbre nacional, y que permitía a Gadafi supervisar el consenso y detectar todas las formas de disidencia. Coherentemente con las enunciaciones del *Libro verde*, que contiene el programa político de Gadafi, no había sitio para un Parlamento<sup>67</sup>.

Atacada desde el interior de los movimientos islamistas, liberales, religiosos e independentistas, pero sobre todo desde el exterior por las devastadoras guerras exportadas desde Occidente, la forma de Estado de las autocracias nacionalistas parecía en fase de declive, pero no se ha extinguido. La alternativa representada por el "Estado islámico" (Isis), y al mismo tiempo la fragilidad de otras soluciones diferentes, favorecen, al contrario, una impetuosa reviviscencia, ya con el apoyo de muchas diplomacias, tanto occidentales, como en muchos casos, árabes.

---

<sup>67</sup> El texto, de 1975, ha sido publicado en inglés y en otros idiomas: v. M. QADHAFI, *The Green Book*, Martin Brian & O'Keeffe, London, 1976. Cfr. D. VANDERWALLE, *Storia della Libia contemporanea*, Salerno ed., Roma, 2007; A. VARVELLI, *L'Italia e l'ascesa di Gheddafi (1969-1974)*, Dalai, Milano, 2009; F. CRESTI, M. CRICCO, *Storia della Libia contemporanea. Dal dominio ottomano alla morte di Gheddafi*, Carocci, Roma, 2012; K. MEZRAN, A. VARVELLI, *Libia: Fine o rinascita di una nazione?*, Donzelli, Roma, 2013; C. VIMBORSATI, L. BENEDEZIONE, "La Repubblica araba di Libia: verso una costituzione?", en C. DECARO BONELLA (ed.), *Itinerari costituzionali a confronto. Turchia, Libia, Afghanistan*, Carocci, Roma, 2013, p. 133 ss.

## 7. Una variante de la democracia liberal: ¿una forma de Estado liberal-populista?

La propuesta de Mattei de reagrupar bajo de una única clase la familia llamada de “*political law*”<sup>68</sup> sugiere de plantear el interrogante de si también para las formas de Estado se pueda enunciar una categoría –con las características de la *longue durée*, entonces no “de transición”– donde el Estado se basa en elementos compartidos con el Estado democrático-liberal, pero sin embargo algunos factores importantes contribuyen a diferenciarlo de manera fuerte del arquetipo forjado por los Estados y instituciones coloniales.

América nos propone algunas pistas importantes. Ya he negado que se pueda hablar de una forma de Estado latinoamericana, porqué el sub-continente presenta muchas diferencias entre soluciones distintas, sea desde el perfil temporal, sea geográfico y político (además de cultural). Sólo piénsese que hemos tratado como forma de Estado en sí el *Caring State*, ni faltan experiencias de Estados comunistas o socialistas, al lado de dictaduras (en el pasado).

Sin embargo, todas esas experiencias parecen compartir algunas características básicas que en parte representan un elemento de unificación: en particular, la “ideología” bolivarista, con su propuesta de un cuarto poder –el poder ciudadano– es la base teórica para cementar una relación estricta entre líder y pueblo, cualquier sea el desarrollo del Estado (desde el liberalismo capitalista puro, al justicialismo, el Estado socialista, hasta el *Caring State*), y en cada caso permea en distintas épocas y lugares las formas de Estado de vez en cuando elegidas. El populismo parece entonces permear todo el continente, como un aglutinante cultural que siempre marca las relaciones entre instituciones y sociedad<sup>69</sup>.

<sup>68</sup> U. MATTEI, “Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World’s Legal System”, en *Am. journ. comp. law*, n. 45, 1997, p. 5 ss.; U. MATTEI, P.G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padova, 1997.

<sup>69</sup> Sobre el populismo en general véanse entre tantos: Y. MÉNY, Y. SUREL, *L’espace du politique: Le populisme et les démocraties*, Fayard, Paris, 2000; L. ZANATTA, “Il populismo. Sul nucleo forte di un’ideologia debole”, en *Polis*, n. 2, 2002, p. 263 ss.; S. EDWARDS, *Populismo o mercados. El dilema de América Latina*, Norma, Bogotá, 2009; C. ROVIRA KALTWASSER, P. TAGGART, P. OCHOA ESPEJO, P. OSTIGUY (eds), *Oxford Handbook of Populism*, Oxford U.P., Oxford et al., 2017; en particular sobre Latinoamérica: G. GERMANI, S. TORCUATO DI TELLA, O. IANNI, *Populismo y contradicciones de clase en América Latina*, Era, México, 1977; L. ZANATTA, “Io, il popolo. Note sulla leadership carismatica nel populismo latinoamericano”, en *Ricerche di storia pol.*, n. 3, 2002, p. 431 ss.; Id., “La sindrome del cavallo di troia: l’immagine del nemico interno nella storia dell’America Latina”, en *Storia e problemi contemp.*, n. 35, 2004, p. 107 ss.; M. SZNAJDER, “Il populismo in America Latina”, en *Ricerche di storia pol.*, n. 3, 2004, p. 347 ss.; J. AIBAR GAETE, *Vox Populi. Populismo y democracia en Latinoamérica*, Fac. Latinoam. de Ciencias Soc.- Flacso-México, México, 2007. Acerca

Como el *Welfare State* se sobrepone al Estado liberal clásico, o el Estado socialista-capitalista se desarrolla de la fórmula clásica del Estado socialista, ni se puede trazar una línea de demarcación nítida, así la que enunciamos, utilizando un criterio de prevalencia, es una forma de Estado liberal-populista, que tiene su prototipo en América Latina.

Sabrina Lanni sugiere que los elementos compartidos en toda la región permiten considerar América Latina un sistema jurídico, aunque no use el término “familia”<sup>70</sup>. Para identificar lo que une, es decir América Latina como conjunto, hay que utilizar simultáneamente factores comúnmente evocados por los investigadores interesados en el derecho privado y en el derecho público, además de criptotipos que afectan a ambos<sup>71</sup>.

Al conformar el sistema (en sentido amplio) que une los distintos ordenamientos estatales, si no la familia iberoamericana, concurren casi siempre, en todo el área considerada, algunos elementos que la doctrina individualiza en los siguientes: en el derecho civil, una codificación derivada de un cepo único, desarrollada con características comunes en toda la región (recepción crítica y no anastática), sin embargo a veces con anomalías y diferencias entre Estado y Estado (sobre todo, entre Brasil y los demás países, pero también Haití y otros ordenamientos<sup>72</sup>); en el

---

de las peculiaridades del populismo latinoamericano, cfr. la sección monográfica de la *Rev. gen. der. públ. comp.* n. 22, 2017, “¿A donde va América Latina? Entre populismo, socialismo del siglo XXI y neoliberalismo”, a cargo de S. BAGNI.

<sup>70</sup> Sobre las especificidades de la experiencia latinoamericana y su configurabilidad como familia autónoma cfr. además G. MARINI, “La costruzione delle tradizioni giuridiche ed il diritto latinoamericano”, en *Riv. crit. dir. priv.*, n. 2, 2011, p. 163 ss.; J. CARPIZO, “Derecho constitucional latinoamericano y comparado”, en *Bol. mex. der. comp.*, n. 114, 2005, p. 949 ss.; S. LANNI, voz “Sistema jurídico latinoamericano”, en *Dig. priv., Sez. civ., Agg., Utet*, Torino, 2016, p. 711 ss.; ID., *Il diritto nell'America Latina*, Esi, Napoli, 2017; S. BAGNI, S. BALDIN (eds), *Latinoamérica. Viaggio nel costituzionalismo dalla Patagonia al Río Grande*, Giappichelli, Torino, 2021. Al “Diritto dell'America meridionale” dedica un capítulo específico M.G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Bari, 2000, p. 175 ss.

<sup>71</sup> Cfr. nota 34.

<sup>72</sup> La referencia es al llamado *Code Henry* de Haití de 1812. Sobre la circulación de modelos constitucionales entre España y Latinoamérica, F. FERNÁNDEZ SEGADO (ed.), *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano*, Dykinson, Madrid, 2003; J.F. PALOMINO MANCHEGO, “La Constitución Española de 1978 y su influencia en el Ordenamiento Constitucional Latinoamericano”, en J. PÉREZ ROYO, J.P. URÍAS MARTÍNEZ, M. CARRASCO DURÁN (eds), *Derecho constitucional para el siglo XXI, Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sevilla, 3-4-5 de diciembre de 2003)*, 2 vols, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, I, p. 357 ss.; L. PEGORARO, “Il diritto comparato e la Costituzione spagnola del 1978: recezioni ed ‘esportazioni’”, en F. FERNÁNDEZ SEGADO (ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context – La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 523, trad. esp. “El Derecho comparado y la Constitución española de 1978. La recepción y la ‘exportación’ de modelos”, en *An. iberoam. just. const.*, n. 9, 2005, p. 287 ss., y en L. PEGORARO, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, Porrúa, México, 2006, p. 29 ss.; el n. 3, 2008 de la *Rev. gen. der. públ. comp.*, con las ponencias presentadas al Congreso celebrado en Caserta el 29-30 de mayo de 2008:

derecho público, las peculiaridades del constitucionalismo latinoamericano, marcado en parte de la herencia de Cádiz<sup>73</sup>, la adopción difusa de la forma de gobierno presidencialista, con pulsiones recientes más o menos acentuadas hacia el parlamentarismo; el sistema de garantías, con peculiar referencia al amparo, *mandado de segurança*, acción popular y otros instrumentos parecidos<sup>74</sup>; más en general, en la historia, el caudillismo y la personalización de la política, el rol de los partidos<sup>75</sup>, además –como hemos dicho– del bolivarismo y sus concepciones de la

<sup>72</sup>2007-2008. Buon compleanno, Costituzioni (La circolazione di principi e istituzioni tra Europa e America: influenza reciproca tra le Costituzioni di Stati Uniti, Messico, Brasile, Italia, Francia, Spagna). Para la circulación doctrinal, R. SÁNCHEZ FERRIZ, M. GARCÍA PECHUÁN (eds), *La enseñanza de las ideas constitucionales en España e Iberoamérica*, Ene, Valencia, 2001.

<sup>73</sup>Sobre la influencia de la Constitución de Cádiz en América Latina, entre tantas contribuciones, publicadas en su mayoría con ocasión del bicentenario, v. por ej.: J.L. CÁCERES ARCE, *La Constitución de Cádiz y el Constitucionalismo Peruano*, Adrus, Arequipa, 2007; F.J. DÍAZ REVORIO, M. REVENGA SÁNCHEZ, J.M. VERA SANTOS (eds), M.E. REBATO PEÑO (coord.), *La Constitución de 1812 y su difusión en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; D.A. BARCELÓ ROJAS, J.M. SERNA DE LA GARZA (eds), *Memoria del Seminario internacional: Conmemoración del bicentenario de la Constitución de Cádiz. Las ideas constitucionales de América Latina*, Unam, México, 2013; AA.VV., *México en Cádiz, 200 años después. Libertades y democracia en el constitucionalismo europeo (26 abr. - 4 may. 2012 Cádiz, España)*, Trib. Elect. del Poder Judicial de la Fed., México, 2015. Sobre su circulación (también hacia Portugal) v. E. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, *Breve historia del constitucionalismo común (1787-1931), (1787-1931). Exilio político y turismo constitucional*, Areces, Madrid, 2006, p. 81 ss. En general v. también muchos escritos de J.L. COMELLAS, espec. *Historia de la España Contemporánea*, Rialp, Madrid, 1990.

<sup>74</sup>La bibliografía comparativa sobre el amparo es particularmente rica: entre los numerosos volúmenes editados en América Latina v. especialmente los clásicos escritos de H. FIX-ZAMUDIO, *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*, Unam, México, 1955; ID., *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, Unam, México, 1980; ID., *La protección procesal de los derechos humanos antes las jurisdicciones nacionales*, Civitas, Madrid, 1992; ID., *Ensayos sobre el derecho de amparo*, Unam, México, 1993, y la recopilación de H. FIX-ZAMUDIO, E. FERRER MAC-GREGOR (eds), *El derecho de amparo en el mundo*, Porrúa, México, 2006; E. FERRER MAC-GREGOR, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de Derecho comparado*, Porrúa, México, 2002, además de muchos artículos aparecidos en J.F. PALOMINO MANCHEGO, J.C. REMOTTI CARBONELL (eds), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica. Libro-Homenaje a Germán J. Bidart Campos*, Grijley, Lima, 2002. Una panorámica actualizada de la disciplina positiva se encuentra ahora en J.J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La jurisdicción constitucional iberoamericana: el reto competencial*, Porrúa-Imdpc, México, 2014, 76 ss.

<sup>75</sup>. Entre los tantísimos volúmenes: R.J. ALEXANDER, *Latin American Political Parties*, Praeger, New York, 1973; R.H. MCDONALD, M. RUHL, *Party Politics and Elections in Latin America*, Westview, Boulder, 1989; C. JACKISCH, *Los partidos políticos en América Latina: desarrollo, estructura y fundamentos programáticos: el caso argentino*, Centro Interdiscipl. de Estudios sobre el Desarrollo Latinoam., Buenos Aires, 1990; T.S. DI TELLA, *Transitions to Democracy in Latin America: The Role of Political Parties*, Center for Iberian and Latin Am. Studies, San Diego, 1993; D. NOHLEN (ed.), *Elecciones y sistemas de partidos en América Latina*, Inst. Interam. de Der. Humanos-Centro de Asesoría y Promoción Elect., San José de Costa Rica, 1993; A. RAMOS JIMÉNEZ, *Los partidos políticos en las democracias latinoamericanas*, Un. de Los Andes-Consejo de Publ.-Cdcht, Mérida (Venezuela), 1995; M. COPPEDGE, *A Classification of Latin American Political Parties*, Working Paper 24, Kellogg Inst., Notre Dame, 1997; L. DIAMOND, M.F. PLATTNER, D. ABENTE (eds), *Latin America's Struggle for Democracy*, Johns Hopkins U.P., Baltimore, 2008; L. DIAMOND, J. HARTLYN, J. LINZ, S.M. LIPSET (eds), *Democracy in Developing Countries: Latin America*, Lynne Rienner, Boulder, 1999; M. ALCÁNTARA SÁEZ, *Sistemas Políticos de América Latina, I, América del Sur*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2013, y II, *México, los países de América Central y del Caribe*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2008.

representación política<sup>76</sup> que representa el caldo de cultivo del populismo. Factores comunes al derecho público y privado son la percepción del papel de las fuentes y su relación con las caregorias de la política; paralelamente, el rol del juez y la justicia, en particular la justicia constitucional<sup>77</sup>; la marginalización (y luego el reconocimiento parcial) de la costumbre y del derecho indígena<sup>78</sup>; la doctrina y sus relaciones con los formantes dinámicos<sup>79</sup>, la armonización del derecho con particular referencia al papel de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos<sup>80</sup>.

Fuera del derecho en sentido estricto, América Latina presenta un sistema económico –además de político– ampliamente uniformizado por la imposición del *Washington consensus*, aunque en las últimas décadas con intentos de emancipación (pese del caso cubano).

Las particularidades “latinoamericanas” de algunos elementos entre los mencionados arriba las niega Berndt Marquardt. Por ej., el caudillismo, como categoría, no sería propio solo de Latinoamérica sino también de Europa y otras

<sup>76</sup> Ver al menos S. BOLIVAR, *Doctrina del libertador*, Fund. Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1994; E. ROZO ACUÑA, *Bolívar y la organización de los poderes públicos*, Temis, Bogotá, 1988; A. RAMOS GARBIRAS, H.A. MORENO PARRA (eds), *Bolívar y el constitucionalismo*, 2a ed., Cali, 1999, y ahora M. IACOMETTI, “Considerazioni ‘minime’ su alcuni aspetti del pensiero costituzionalistico di Simon Bolívar”, en S. BAGNI, G.A. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (eds), *La ciencia del Derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, 3 vols, Tirant lo Blanch México, México, 2017, I, 1055 ss.

<sup>77</sup> Bibliografía en L. PEGORARO, *Sistemas de justicia constitucional*, en L. PEGORARO, A. RINELLA, *Derecho constitucional comparado*, vol. IV, Astrea, Buenos Aires-Giappichelli, Torino, 2020, pp. 88 ss. y 127 ss.

<sup>78</sup> Entre muchos, B. CLAVERO, *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América, Siglo XXI*, México, 1994; E. BORJA JIMÉNEZ (ed.), *Diversidad cultural: conflicto y derecho: nuevos horizontes del derecho y de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; L. GIRAUDO, M. AHUMADA RUIZ (eds), *Derechos, costumbres y jurisdicciones en la América Latina contemporánea*, Cecip, Madrid, 2008; COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos. Estudio de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2009; C. AGUILAR, S. LAFOSSE, H. ROJAS, R. STEWARD, *Justicia constitucional y modelos de reconocimiento de los pueblos indígenas*, Porrúa-Imdpc, México, 2011; S. LANNI (ed.), *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, Esi, Napoli, 2011; S. LANNI, “Diritti indigeni e tassonomie del sistema in America Latina”, en *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013, p. 159 ss.; B. DE SOUSA SANTOS, A. GRIJALVA JIMÉNEZ (eds), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Fund. R. Luxemburg, Abya Yala, Quito, 2012.

<sup>79</sup> L. PEGORARO, G. FIGUEROA MEJÍA (eds), *Profesores y jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de Iberoamérica*, Sup. Corte de Justicia de la Nac., México, 2016.

<sup>80</sup> Ver H. FAÚNDEZ LEDESMA, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, Inst. Interamer. de Der. Humanos, San José de Costa Rica, 1999; T. BUERGENTHAL ET AL., *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Civitas, Madrid, 1999; S. GARCÍA RAMÍREZ, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, Unam, México, 2002; ID., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2007; J.C. REMOTTI CARBONELL, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Inst. de Der Eur., Barcelona, 2004; K. AMBOS, E. MALARINO (eds), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Fund. K. Adenauer, Berlin-Bogotá, 2010; R. HERNÁNDEZ VALLE, *Las sentencias básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Cecip, Madrid, 2011.

regiones<sup>81</sup>. Sin embargo, en el análisis de las causas de tal enfoque, individualiza algunas características de Latinoamérica que podríamos utilizar para subrayar ulteriores elementos “criptotípicos” comunes del área<sup>82</sup>.

Yo también tengo dudas que exista una “forma de Estado” de América Latina, pero sí es cierto que las peculiaridades destacadas son importantes y constituyen elementos básicos para proponer una ulterior variante de la forma de Estado liberal-democrática, con su fulcro en el así llamado Nuevo Mundo (prefiero en idioma kuna Abya Yala), pero que se pueden encontrar también en otras regiones del mundo, como Asia y África<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> B. MARQUARDT, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, cit., p. 56 ss. Este autor desarrolla su tesis para contrastar a la idea que América Latina represente algo “menos” de Europa, un mero (y malo) receptor de instituciones forjadas en el Continente viejo, debido al influjo de algunas preconcepciones por parte de la doctrina europea y norteamericana, y deteniéndose sobre la influencia del primer-tercier-mundismo hegemónico, habla de «la mirada desdeñosa de las ciencias europeas y norteamericanas hacia América Latina» (p. 50).

<sup>82</sup> En particular, en el formante doctrinal, aunque no solo, «En términos de psicología social, se debe advertir una autoestima relativamente baja que puede denominarse *el victimismo* [...]» (p. 54), citando a G. LOMNÉ, “Latinoamérica tiene un déficit de autoestima”, entrevista de F. Tafur en *UN Periódico*, n. 129, Bogotá, 2009, p. 9. Un síntoma de este fenómeno denunciado por Marquard lo he destacado en mi artículo “Ruolo della dottrina, comparazione e ‘legal tourism’”, en *Diálogos de Saberes*, n. 43, Julio-Diciembre de 2015, p. 219 ss. y en AA.Vv., *Un giurista di successo. Studi in onore di A. Gambaro*, 2 vols, Giuffrè-Francis Lefebvre, Milano, 2017, I, p. 317 ss., debatiendo y criticando la “adoración” de la academia latinoamericana a la academia europea y norteamericana, acogida sin una actitud crítica como “*argumentum quoad auctoritatem*”. Piénsese sólo en las innumerables citas –por parte de la doctrina y la jurisprudencia– de autores como Häberle, Ferrajoli, Dworkin, Zagrebelsky, y otros que proponen teorías neo-constitucionalistas, de un lado, o de otro lado a las de Kelsen, Bobbio, Guastini, Bökenförde, etc., por parte de quienes adhieren a las escuelas positivistas y realistas. El releve es común: véase por ej. B.A. BOTERO, “La interpretación constitucional en América Latina. Una denuncia del colonialismo cultural en la dogmática constitucional contemporánea”, en F.R. BARBOSA DELGADO (ed.), *Historia del derecho público en Colombia*, Un. Externado de Colombia, Bogotá, 2012, 319 ss., y además la crítica del propio B. MARQUARD, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, cit., 47, notas 144 ss., a Häberle pero también a los autores latinoamericanos.

<sup>83</sup> Sobre Asia, véanse por ej. W. MENSKI, “The multiple roles of customary law in the shaping of the intercultural state in India”; P. VIOLA, “The Nepalese Path towards the Constitutional Protection of Minorities: A Comparative Asian Perspective”; K. TOPIDI, “Customary Law, Religion and Legal Pluralism in Israel: Islamic Law and Shari’a Courts in Constant Motion”; E BUONO, “‘Columbus’ Mistake’ Bidding the Gap in the Global South: The Implementation of Institutional Multiculturalism between India and las Indias”; D. AMIRANTE, “La prevención de conflictos culturales y étnicos en Asia del sur: desde el centralismo nacionalista hacia el federalismo”, todos ellos en el n. 26, 2019 de la *Rev. gen. der. públ. comp.* Sobre África cfr. la nota 48.

## 8. Variantes en la división de los poderes: dictaduras y totalitarismos

### 8.1 Dictaduras

Hay bastante confusión conceptual acerca de la clasificación y sobre todo la denominación de las formas de Estado caracterizadas por una fuerte concentración del poder en un jefe o un colegio limitado (ej.: juntas militares). Depende de la subjetividad del elemento “pertinencia” en la construcción de las clases. Quien se basa en la estructura, pone en el mismo grupo sistemas comunistas, teocráticos, fascistas, dictaduras en sentido estricto y totalitarismos: en el lenguaje común, se habla de dictadura haciendo referencia al fascismo italiano, después al nazismo alemán, al estalinismo, al franquismo, hasta los regímenes de los coroneles griegos y del general Pinochet en Chile, por no mencionar también a las “dictaduras” africanas y asiáticas. Quien mira al *telos*, la finalidad, prefiere distinguir: «las autocracias pueden ser calificadas de manera distinta, según los objetivos políticos a los cuales el Gobierno tiende. Para legitimar su poder, un gobierno autócrata puede inspirarse a particulares ideologías, que contribuyen a crear falsas justificaciones hacia el exterior, frente a los otros Estados soberanos, y hacia el interior, frente a los ciudadanos que no tienen ganas de oponerse al régimen o que abiertamente se implican con el poder»<sup>84</sup>. Quien toma en examen otros elementos, como la conexión con las masas, distingue también los distintos tipos de dictadura del totalitarismo.

Muchos consideran entonces dictaduras todas las formas de organización del poder que rechazan, por razones ideológicas o contingentes, la división de poderes que está a la base de la forma de Estado liberal-democrática. El enfoque ideológico parece evidente, como al mismo tiempo la connotación eurocéntrica: las dictaduras representan una variante de la Constitución liberal, centrada en la separación de los poderes.

En realidad, las experiencias arriba mencionadas no parecen poderse adscribir a la categoría con características de dictadura legítima y temporal recibida de la experiencia de la antigua Roma.

---

<sup>84</sup>S. BAGNI, “La doctrina de las formas del Estado desde un análisis histórico-comparativo en América Latina”, cit., p. 1013.

En la antigua Roma, el “*dictator*” (siglos V-III a.C.) era un magistrado extraordinario nominado por los cónsules para hacer frente a la situación de emergencia como una guerra o un motín interno. Tratándose de situaciones excepcionales, eran conferidos al dictador poderes extraordinarios y temporalmente limitados. El dictador ejercitaba el poder pleno y por el tiempo necesario para remediar la situación excepcional, de todas formas, no más de seis meses y tampoco con posterioridad a la finalización del periodo de mandato del cónsul que lo había nominado. El *dictator* representaba una institución plenamente legítima, prevista en el ordenamiento constitucional y dotado de poderes extraordinarios justificados por el estado de necesidad<sup>85</sup>. La dictadura, por tanto, debe entenderse como una magistratura dotada de poderes extraordinarios, legítimos y limitados en el tiempo<sup>86</sup>.

Carl Schmitt, partiendo de los escritos de J. Bodin, plantea una distinción conceptual entre la perpetuidad del poder soberano y la temporalidad del poder dictatorial<sup>87</sup>. La dictadura tradicional asigna al dictador funciones de comisario: las garantías constitucionales son temporalmente suspendidas para defender la sobrevivencia de la Constitución misma. La *dictadura de comisario*, entonces, encuentra en la misma Constitución su legitimación. Por el contrario la *dictadura soberana* es diversa: según Schmitt esta dictadura pretende remover y sustituir el ordenamiento constitucional vigente. Ésta no intenta poner remedio a una crisis temporal, sino se propone dar vida a un nuevo orden constitucional: «El dictador comisario está constituido, el dictador soberano es constituyente. El primero está investido por el poder propio de la autoridad constituida; el segundo es el producto de una auto-investidura»<sup>88</sup>.

Las dictaduras tienden frecuentemente a prolongarse más allá del período de emergencia, y a asumir un carácter relativamente estable, a menudo auto-legitimándose con la excusa de que la emergencia continúa. La distinción anclada

---

<sup>85</sup> El estado de necesidad representa un hecho normativo, idóneo para determinar la suspensión de una situación jurídica o para plantear una nueva situación jurídica. Sobre la necesidad como fuente de derecho, véase S. ROMANO, “L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione” (1901), en ID., *Scritti minori*, 2 vols, Giuffrè, Milano, 1950, I; T. PERASSI, “Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica” (1917), en ID., *Scritti giuridici*, 2 vols, Giuffrè, Milano, 1958, I, p. 191 ss.; N. BOBBIO, voz “Fatto normativo”, en *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 988 ss.

<sup>86</sup> N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Giappichelli, Torino, 1976, p. 202.

<sup>87</sup> Sobre la dictadura, C. SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1921; M. DUVERGER, *De la dictature*, Julliard, Paris, 1961. Para América Latina, D. VALADÉS, *La dictadura constitucional en América Latina*, Unam, México, 1974.

<sup>88</sup> N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, cit.

en la legitimidad y el carácter temporal debe ser por tanto atenuada: de hecho, a) en su mayoría quien la instaura tiende a justificar la asunción del poder en base a cualquier cláusula de derecho vigente; b) a veces, la individualización del carácter de una dictadura puede hacerse solo *ex post facto*, precisamente porque el estado de emergencia se prolonga en el tiempo, más allá de la persistencia de las condiciones de necesidad que la justifican. Así que, aunque motivado por la necesidad de salvaguardar la Constitución vigente, su eficacia y el factor tiempo, transforman su naturaleza de “comisionada” a “soberana”<sup>89</sup>.

En conclusión, las experiencias más recientes clasificadas como dictaduras emanan no tanto de un estado de excepción temporal, sino de una crisis de régimen que conlleva la ruptura de la Constitución vigente y la instauración de un nuevo orden constitucional que encuentra en sí mismo la propia legitimación.

Acerca del elemento de la *longue durée* para individualizar la categoría “formas de Estado”, la dictadura en sentido estricto no la tiene en las distintas concreciones históricas, pero sí como categoría, presentando en el largo de los siglos elementos básicos comunes.

Hay quien ha cuestionado si se pueda enunciar una forma de Estado “anticomunista” propia de América Latina<sup>90</sup>:

«Este pedazo de historia latinoamericana no ha sido abordado desde el ángulo visual de la forma del Estado, a pesar de que los regímenes militares de la segunda década del siglo XX, aún con diferentes matices a lo largo del continente, proporcionan algunas características propias. Es decir, no se limitan a concentrar el poder en los militares, sino que implementan una precisa cuanto desviada teoría del Estado, con fines específicos y una atenta planificación de los medios para cumplirlos.

En primer lugar, actuaban según una visión común: “[...] la Doctrina de Seguridad Nacional. Esta variante mantuvo la idea de que a partir de la seguridad del Estado se garantizaba la de la sociedad. Pero una de sus principales innovaciones fue

<sup>89</sup> Cfr. el ensayo de F. RIMOLI, “Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l’enigma costituente”, en *links. Zeitschrift für deutsche Literatur- und Kulturwissenschaft*, Ist. Ed. e Poligrafici Internaz., Pisa-Roma, [http://archivio.rivistaic.it/materiali/anticipazioni/ecezione\\_trasformazione/index.htm](http://archivio.rivistaic.it/materiali/anticipazioni/ecezione_trasformazione/index.htm).

<sup>90</sup> S. BAGNI, “La doctrina de las formas del Estado desde un análisis histórico-comparativo en América Latina”, cit., p. 1015 s.

considerar que para lograr este objetivo era menester el control militar del Estado. El otro cambio importante fue la sustitución del enemigo externo por el enemigo interno<sup>91</sup>. El enemigo externo era el comunismo internacional, que al interior se transformaba en cualquier persona o grupo que se oponía a los principios de la defensa de la patria y de los valores cristianos y de la tradición nacional<sup>[92]</sup>.

En segundo lugar, este desviado intento de defensa democrática debía realizarse por cualquier medio y a cualquier precio. Los militares, con golpes o en apoyo a gobiernos civiles, se autoproclamaban defensores de este orden social, amenazado por los insurgentes de izquierda, legitimando el terrorismo de Estado como instrumento de disuasión frente a los rebeldes en nombre de la democracia. Las dictaduras soberanas no se impusieron para derrotar el régimen anterior, e instaurar un nuevo orden, sino que se identificaban frente a sus pueblos como los defensores de los valores liberales y democráticos<sup>93</sup>. Pinochet, después del golpe de Estado que lo llevó al poder, adoptó una nueva Constitución que, sin embargo, en su parte dogmática, no tenía nada de distinto respecto a las anteriores Constituciones liberales chilenas.

Finalmente, esta visión del rol del Estado y de los militares no fue un caso aislado, sino que se volvió en un objetivo de política internacional, logrado por acuerdos secretos entre distintos países del continente. La manifestación más evidente de una consciente adhesión a una visión ideológica del Estado y de la sociedad inspirada por el anti-comunismo fue el llamado Plan Cóndor, reconocido como una verdad histórica y judicial, a partir del caso decidido por la Corte interamericana de los derechos humanos *Goiburú y Otros versus Paraguay* (sentencia de 22 de septiembre de 2006)<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> F. LEAL BUITRAGO, "La doctrina de seguridad nacional: Materialización de la Guerra Fría en América del Sur", en *Rev. est. soc.* [En línea], 15 Junio 2003, p. 74 s., <http://journals.openedition.org/revestudsoc/26088>; J. DINGES, *The Condor Years: How Pinochet and His Allies Brought Terrorism to Three Continents*, The New Press, New York-London, 2004.

<sup>92</sup> Sobre la individualización de un "enemigo" como elemento caracterizante también las democracias contemporáneas remito a mis artículos: "El enemigo, la ecuación terrorista-estranjero y el ataque al Estado democrático de Derecho", en *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2019, n. especial, p. 611 ss.; "Seguridad: un pseudo-valor frente a los valores del Estado democrático de derecho", en J.J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (ed.), *Democracia y seguridad. Respuestas para avanzar en el sistema público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 21ss., y a D. FONSECA, "Parler du terrorisme", en *Rev. gen. der. públ. comp.*, 2017, n. 21.

<sup>93</sup> Con la única excepción de Guatemala, donde la Constitución de 1945, anterior al golpe de Estado del coronel Carlos Castillo Armas, había puesto los fundamentos de una forma de Estado social, que fue interpretada como pródromo del comunismo.

<sup>94</sup> En particular, véase los puntos 61 del fallo. Contundente la definición incluida en el documento secreto citado en el apartado 61.8: «"Operación Cóndor" es el nombre en clave de un acuerdo de cooperación para recopilación, intercambio y almacenamiento de datos de inteligencia concernientes a los llamados "izquierdistas", comunistas

Con base en un exhaustivo análisis de la jurisprudencia, la conclusión es que «A pesar de no ser reconocida como tal en ningún manual de derecho constitucional, la forma de Estado anti-comunista implementada por varios Países latino-americanos del Cono Sur entre los Setenta y Ochenta del siglo pasado (y luego en Centro-América, en los Ochenta-principio de los Noventa), es quizás, junto con la forma totalitaria nazista, la única a tener un reconocimiento jurisdiccional de su naturaleza»<sup>95</sup>. Lo que, sin embargo, no parece bastante para reconocer su autonomía científica cual “clase” en sí de “forma de Estado”.

## 8.2 Forma de Estado totalitaria

Respecto a las dictaduras, la forma de Estado totalitaria está caracterizada por la presencia de un Estado que invade cualquier aspecto de la vida social, de la afirmación de una ideología oficial, del papel penetrante del partido único, *trait d'union* entre el Estado y las masas, de la movilización de estas últimas a los fines de adquisición del consenso (característica opuesta a la de las dictaduras), de la función de la propaganda política, de la estructura corporativa de la vida social y económica<sup>96</sup>. “Totalitarismo”, término acuñado por Mussolini con una connotación positiva (contrapuesto a las “demo-plutocracias”) estaba preparado para señalar la unidad también espiritual entre sociedad (nación) y Estado, a través del papel unificador del partido, órgano del Estado proveniente de y que está anclado en la sociedad<sup>97</sup>.

---

y marxistas establecido recientemente en cooperación entre los servicios de inteligencia de América del Sur para eliminar las actividades terroristas marxistas en el área. Adicionalmente, la “Operación Cóndor” mantiene operaciones conjuntas contra blancos terroristas en los países miembros de la “Operación Cóndor”. Chile es el centro de la “Operación Cóndor” y, además de Chile, incluye como miembros a Argentina, Bolivia, Paraguay y Uruguay».

<sup>95</sup> S. BAGNI, “La doctrina de las formas del Estado desde un análisis histórico-comparativo en América Latina”, cit., p. 1017.

<sup>96</sup> Así por ej. E. OPOCHER, *Lezioni sul totalitarismo*, Cleup, Padova, 1974; sobre todo v. H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, 3a ed., Harcourt Brace & Co., New York, 1958; C.J. FRIEDRICH (ed.), *Totalitarianism*, Harvard U.P., Cambridge, 1954; J.L. TALMON, *The Origins of Totalitarian Democracy*, Secker & Warburg, London, 1952; G. LUCATELLO, “La fonction de la propagande politique dans l’État totalitaire et son organisation dans les États italien et allemand”, en *Rev. dr. int.*, n. 4, 1939, n. 3, 1940, nn. 1 y 2, 1941, y en ID., *Scritti giuridici. Nuova raccolta*, coordinados por A. REPOSO, N. OLIVETTI RASON, L. PEGORARO, Cedam, Padova, 1990, p. 241 ss.; L. PEGORARO, “La propaganda política. Un test para un acercamiento interdisciplinario a una búsqueda de derecho comparado”, en *Pensamiento const.*, n. 14, 2010, p. 141 ss., y en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 8, 2011, p. 1 ss.

<sup>97</sup> Véase S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, il Mulino, Bologna, 2010, para las reflexiones sobre sus elementos constitutivos y su carácter autoritario. Además L. PALADIN, voz “Fascismo”, en *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 887 ss.; E. GENTILE, *La via italiana al totalitarismo. Il partito e lo Stato nel regime fascista*, Carocci, Roma, 1995; A. AQUARONE, *L’organizzazione dello Stato totalitario* (1965), reimpr. Einaudi, Torino, 1995; M. PALLA (ed.), *Lo Stato fascista*, La Nuova Italia, Milano, 2001.

Concretamente, con referencia a la experiencia histórica del siglo pasado, las manifestaciones más evidentes de esta forma de Estado han sido obtenidas con el Estado fascista en Italia y el Estado nacional-socialista en Alemania<sup>98</sup>, y, en formas más atenuadas, con el régimen franquista en España<sup>99</sup>; contiguo a esta clase, hay quien considera algunas experiencias populistas latinoamericanas, como la de Argentina en los años 40, bajo la guía de Juan Domingo Perón (peronismo o justicialismo), caracterizada por el amplio uso de la propaganda y de la unión del *leader* con las masas, pero no en una concentración del poder y en una compresión de la libertad parangonable a la de los regímenes europeos del siglo pasado<sup>100</sup>. Por eso, mejor situarlas en una clase en sí, como hemos propuesto en el § 7.

Por razones distintas a la *intensidad* –la finalidad del socialismo y no de la nación o de la raza– tampoco los ordenamientos socialistas pueden ser incluidos dentro de esta forma de Estado: comparten con ella la relación líder-masas, el empleo de la propaganda, la falta de división de poderes, la negación de los derechos individuales, sin embargo su finalidad es la edificación de la sociedad socialista, dirigida por el partido comunista y construida para afirmar la dictadura del proletariado (en la primera fase) y luego una sociedad sin clases. El elemento finalístico prevalece entonces sobre los otros para diferenciar el totalitarismo clásico de las formas (también “totalitarias” bajo algunos perfiles) que en Europa caracterizan el arquetipo socialista.

---

<sup>98</sup> F. NEUMANN, *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism*, Gollancz, London, 1942; E. COLLOTTI, *Fascismo, fascismi*, Sansoni, Firenze, 1989; J. LINZ, *Totalitarian and Authoritarian Regimes*, Lyenne Rienner, London, 2000; G. MELIS (ed.), *Lo Stato negli anni trenta: istituzioni e regimi fascisti in Europa*, il Mulino, Bologna, 2008.

<sup>99</sup> L. PALACIO BAÑUELOS (ed.), *El primer franquismo*, n. monográfico de *La Albolafia*, 1, 2014. Asimismo, entre otros, M. ENCARNA, N. MARÍN, *La libertad encadenada: España en la Dictadura Franquista 1939-1975*, Alianza, Madrid, 2005; F. GALLEGU, *El evangelio fascista: la formación de la cultura política del franquismo (1930-1950)*, Crítica, Barcelona, 2014; F. FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, A.M. HESPANHA, *Franquismus und Salazarismus: Legitimation durch Diktatur?*, Klostermann, Frankfurt a.M., 2008; C. MOLINERO, *La anatomía del franquismo: de la supervivencia a la agonía, 1945-1977*, Crítica, Barcelona, 2008; J. TUSSEL, *Spain, from Dictatorship to Democracy: 1939 to the Present*, Blackwell, Malden, 2007.

<sup>100</sup> Sobre el peronismo, A. ITURRIETA, *El pensamiento peronista*, Cultura Hispanica, Madrid, 1990; J.P. BRENNAN, *Peronism and Argentina*, Scholarly Resources, Wilmington, 1998; S. LEVITSKY, *Transforming Labor-Based Parties in Latin America: Argentine Peronism in Comparative Perspective*, Cambridge U.P., Cambridge, 2003; G.F. BENEDINI, *Il Peronismo*, Ed. Riuniti, Roma, 2007; L. ZANATTA, *Il peronismo*, Carocci, Roma, 2008.

## 9. Variantes en la función: socialismo clásico y socialismo capitalista

La forma de Estado socialista se afirmó primero en Rusia<sup>101</sup> y después, a partir de la segunda posguerra, en otros países de la Europa Oriental devenidos satélites de la Unión Soviética, además de la República Popular China y otros de Asia, África y América. El Estado socialista confía la dirección del Estado al partido único, expresión de la clase obrera y agrícola; el sistema económico prevé la colectivización de los medios de producción; los derechos y las libertades reconocidas a los ciudadanos son coherentes con el objetivo de la construcción de la sociedad socialista fijada sobre la idea de la lucha de clase y de la dictadura del proletariado inspirada en las teorías marxistas-leninistas<sup>102</sup>.

### 9.1 La forma de Estado socialista clásica

Como recuerda M. Ganino, «La endiádis “Estado y Derecho” explica la naturaleza de dicho Derecho, según los cánones de la teoría del Estado y del Derecho desarrollada en los países socialistas, que a su vez se vincula con la doctrina política elaborada por Marx y Engels y enriquecida por las enseñanzas de Lenin, tanto que se ha definido como “marxista-leninista”. Dicha teoría ha sido perfeccionada en diversas ocasiones tanto en la Unión Soviética como en otros países, cuyas variaciones han sido significativas, pero al acogerse a la doctrina marxista-leninista los hace pertenecer a la familia de los Estados socialistas. Para esta doctrina el Derecho es coacción, según la imposición de la clase dominante; en la “base” aparece la “estructura”, es decir, la sociedad expresada en las relaciones entre las clases –de naturaleza predominantemente económica– que produce la “superestructura”, es decir, el Derecho (negando la distinción entre lo público y lo privado), pero también el Estado. Con la modificación radical de la estructura, que se origina por la

<sup>101</sup> Tras la Revolución de Octubre, magistralmente descrita e interpretada, según los cánones historiográficos delineados por F. Engels (y K. Marx), por L. TROTSKIJ, *Istoriija russoj revolucii* (1929-1932), traducido en varios idiomas.

<sup>102</sup> Sobre las *Teorie sovietiche del diritto* véanse los cuatro ensayos reunidos bajo este título, de P.I. STUČA, E.B. PAŠUKANIS, A.J. VYŠINSKIJ, M.S. STROGOVIČ, Giuffrè, Milano, 1964; además M. COSSUTTA, *Formalismo sovietico. Delle teorie giuridiche di Vyšinskij, Stuča e Pašukanis*, Esi, Napoli, 1992; R. DAVID, *Le droit soviétique*, I, *Les données fondamentales du droit soviétique*, Lgdj, Paris, 1954; J.N. HAZARD, *Communists and their Law: A Search for the Common Core of the Legal System of the Marxian Socialist States*, Un. of Chicago Press, London-Chicago, 1969. Sobre los aspectos institucionales, J.N. Hazard, I. SHAPIRO, P.B. MAGGS, *The Soviet Legal System*, Oceana, New York, 1969; M. LESAGE, *Les régimes politiques de l'U.R.S.S. et de l'Europe de l'Est*, Puf, Paris, 1977.

sustitución en el poder de una clase por otra, se transforman también las relaciones de tipo económico y se da vida a un Estado y a un Derecho, completamente nuevos. En efecto cuando se cambian simultáneamente los presupuestos tanto políticos como económicos se genera una revolución, como sucedió en octubre de 1917, produciéndose cada vez que se modifican –con vocación de cambio estructural– las cuestiones fundamentales del poder y de la propiedad. A este respecto las reformas de Gorbachov introducidas con la revisión constitucional del 4 de marzo de 1990, anulando el papel guía del Partido Comunista e introduciendo la propiedad privada de los medios de producción, son consideradas revolucionarias, pues van más allá del inicial reclamo por la construcción de un “Estado socialista de Derecho”<sup>103</sup>.

Las características del Estado socialista son el centralismo democrático y la doble dependencia, consecuente del dogma de la unidad del poder estatal. La primera implica la «elección de todos los órganos del poder estatal desde abajo hacia arriba y su subordinación al pueblo, obligatoriedad de las decisiones de los órganos superiores por aquellos inferiores»<sup>104</sup> [...]. Del principio del centralismo democrático también deriva el mandato imperativo (los representantes elegidos actúan bajo el control popular) y la configuración del derecho al voto como un derecho no solo a elegir y ser elegidos, sino también para revocar a los elegidos<sup>105</sup>. La segunda, se traduce en el principio de que cada *Soviet* es responsable horizontalmente hacia sus propios electores (que lo pueden revocar siempre) y verticalmente hacia el *Soviet* de nivel superior (que puede anular los actos). Además, cada órgano de la administración es responsable horizontalmente hacia el *Soviet* que lo ha nombrado y verticalmente hacia el órgano del mismo sector administrativo del nivel superior. Los sistemas socialistas se caracterizan también por una fortísima burocratización; las libertades, además de declaradas, están predispuestas a las finalidades de la sociedad socialista, como también la justicia; la economía está planificada y dirigida desde arriba.

<sup>103</sup> M. GANINO, voz “Derecho socialista”, en L. PEGORARO (ed.), *Glosario de Derecho público comparado*, cit., p. 137.

<sup>104</sup> Art. 19 del estatuto del PCUS de 1919; vid. P. BISCARETTI DI RUFFIA, 1988-1990. *Un triennio di profonde trasformazioni costituzionali in Occidente, nell'URSS e negli Stati socialisti dell'Est europeo*, Giuffrè, Milano, 1991.

<sup>105</sup> O. BIHARI, *The Constitutional Models of Socialist State Organisation*, Akademiai Kiado, Budapest, 1979; P. BISCARETTI DI RUFFIA, G. CRESPI REGHIZZI, *La Costituzione Sovietica del 1977. Un sessantennio di evoluzione costituzionale nell'URSS*, reimpr. actualizada, Giuffrè, Milano, 1990; M. GANINO, *Russia*, il Mulino, Bologna, 2010.

## 9.2 La forma de Estado china socialista-capitalista

Como recuerda A. Rinella en varias obras, en la China de los últimos años, bajo el empuje del desarrollo económico y de las relaciones económicas internacionales, también se consolidaron formas de liberalismo dando lugar a la experiencia de “economía de mercado socialista”<sup>106</sup>.

En China, la evolución del carácter ideológico se ha ido intercalando con la exigencia de desarrollo económico que ha abierto las puertas a no pocos elementos del capitalismo occidental<sup>107</sup>. China ofrece un escenario constitucional bastante problemático y contradictorio. Desde el punto de vista del derecho constitucional, la inclusión de China entre los países protagonistas de la economía internacional no puede ocultar el grave déficit democrático del sistema político chino. Déficit democrático que está en neta contradicción con la dignidad del hombre y con los derechos humanos proclamados en la misma Constitución china, tras las enmiendas de 2004.

El eje de la Constitución del 1982 está representado por las teorías del marxismo-leninismo y por el pensamiento de Mao Zedong. Esto refleja un aprovechamiento ideológico de los conceptos de Estado y de derecho: un Estado cuyo fundamento es el sistema económico, respecto al cual el derecho no es otra cosa que una supraestructura; es más, el desarrollo de la economía tolera muy pocos obstáculos de orden jurídico. La relación entre gobernantes y gobernados es mediada por la primacía de la ideología oficial, que se encarna en el Partido Comunista chino (PCC): solo el partido puede ofrecer un futuro radiante al pueblo chino, a través de un recorrido que no desdeña la combinación entre los principios fundamentales del pensamiento comunista y el capitalismo económico de matriz occidental para dar vida al “socialismo del libre mercado”<sup>108</sup>. La hibridación pragmática de componentes tradicionalmente irreconciliables, socialismo y mercado, hace que China ofrezca diversas caras: no parece homogénea la relación entre gobernantes y gobernados. Prevalece el pragmatismo del Partido Comunista chino

<sup>106</sup> Art. 16 Const. República Popular de China: v. A. RINELLA, *Cina*, il Mulino, Bologna, 2006, p. 11 ss.

<sup>107</sup> A. RINELLA, “Il ‘socialismo del libero mercato’ nella Repubblica Popolare Cinese”, en *Quad. cost.*, n. 1, 2007, p. 199 ss.

<sup>108</sup> Sobre el tema v. A. RINELLA, I. PICCININI (eds), *La costituzione economica cinese*, il Mulino, Bologna, 2010, y allí en particular A. RINELLA, “Costituzione economica e dialogo tra sistemi giuridici. Un caso di studio: la Cina”, p. 13 ss. Tiene dudas sobre la inevitable evolución hacia el derecho occidental J.-L. ROCCA, *Une sociologie de la Chine*, La Découverte, Paris, 2010.

frente a la ideología socialista también, además de que el derecho constitucional parece maleable<sup>109</sup>.

El modelo chino circula en Laos y Vietnam<sup>110</sup>, sin embargo, pese de las relaciones diplomáticas con China, la República popular de Corea (Corea del Norte) sigue respetando los esquemas clásicos del sistema comunista (la política dirige y controla la economía, solo pública); tampoco en Cuba, pese de algunas aperturas a la propiedad privada de los medios de producción, la nueva Constitución introduce herramientas para convertir la fórmula del socialismo clásico en algo parecido a la forma de Estado chino<sup>111</sup>.

## 10. Conclusiones

En la propuesta jurídica y cultural que patrocina la incorporación del derecho indígena, M. Carducci escribe que «como alternativa a la centralidad del Estado –con su invariablemente unilateral invención de los “ciudadanos” y de sus “extranjeros” y del “contrato social” de subordinación a un poder “necesario”– el *nuevo constitucionalismo* legitima un verdadero “contrato social” con la naturaleza, madre de la humanidad [...]. La naturaleza ya no es identificada como “objeto” de

<sup>109</sup> Véase FENG LIN, *Constitutional Law in China*, Sweet & Maxwell Asia, Hong Kong, 2000; ALBERT HUNG-YEE CHEN, *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*, 4a ed., Lexis Nexis-Butterworths, Hong Kong, 2011; J.A.G. ROBERTS, *A History of China*, 3ª ed., Macmillan, New York-London-Basingstoke, 2011. Sobre el derecho constitucional chino, QIANFAN ZHANG, *The Constitution of China: A Contextual Analysis*, Hart, Oxford-Portland, 2012; M. MAZZA, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, Giuffrè, Milano, 2006.

<sup>110</sup> P. VIOLA, “Valori autoctoni in Asia meridionale e costituzionalismo della tradizione occidentale”, cit.; WEN-YEU WANG, YEN-LIN AGNES CHIU, “The Defining Characteristics of the Legal Family in East Asia”, en *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013, p. 205 ss.; P. VIOLA, NGUYEN TIEN DUC, “Constitutional Rights in Socialist East Asia”, en *Nordic Journal of Human Rights*, n. 40 (2) 2022. Sobre la clasificación de los sistemas jurídicos por parte de los estudiosos chinos véase M. TIMOTEO, WANG LEBING, “Le classificazioni dei sistemi giuridici dalla prospettiva del nuovo diritto cinese”, en *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013, p. 223 ss.

<sup>111</sup> Sobre la nueva Constitución de Cuba v. la sección monográfica de *DPCE online*, n. 1, 2020. Destaca S. BAGNI, “La doctrina de las formas del Estado desde un análisis histórico-comparativo en América Latina”, cit., p. 1022, que «La apropiación del tema de la garantía de los derechos humanos por parte de ambos Estados debe ser leída en la óptica de un acercamiento formal a los pedidos de la comunidad internacional. De hecho, el principio fundamental sobre el cual toda la construcción se basa es la inviolabilidad de la elección del sistema socialista (art. 1.2 Const. China; art. 4.3 Const. Cuba), como no podía ser de otra forma. Sin embargo, el más amplio reconocimiento de garantías procesales en la Constitución cubana destaca respecto al precedente chino. En cuanto a la constitución económica, las innovaciones son importantes, pero no nuevas en absoluto, en cuanto confirman o ratifican lo que ya venía realizándose por ley, otras fuentes o en los hechos desde la reforma de 1992 (A. NOGUERA FERNÁNDEZ, “La Constitución cubana de 2019: un análisis crítico”, en *Rev. der. pol.*, n. 105, 2019, p. 376): el reconocimiento de la propiedad y libre iniciativa económica privada (incluso extranjera) como formas adicionales respecto a la propiedad socialista de todo el pueblo, a la propiedad personal y a la planificación de Estado (M. MORENO CRUZ, “La nueva Constitución económica. Repercusión en el actual ordenamiento jurídico cubano”, en *Rev. Un. La Habana*, n. 289, 2020, p. 45 y 61)».

apropiación, exploración, preservación. No: se convierte en el sujeto que nutre y alimenta los seres humanos y por tanto a la sociedad»<sup>112</sup>.

La Constitución ecuatoriana de 2008, añade Nilda Garay, «considera a dichos valores como deberes de la ciudadanía. Establece un conjunto de deberes y responsabilidades que incluye el principio “Ama killa, ama llulla, ama shwa. No ser ocioso, no mentir, no robar” La boliviana, incluye a estos tres valores dentro de un conjunto de principios expresando que el Estado “asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón)”»<sup>113</sup>.

Los principios que son la base de esos nuevos modelos –observa S. Bagni– «son aquellos de solidaridad y de respeto recíproco, de los cuales derivan no solamente derechos, personales y colectivos, sino también responsabilidades, hacia las generaciones futuras. Al final, se propone la superación de la idea de ciudadanía como *status* frente a la ciudadanía universal (art. 416, ap. 6, const. Ecuador), por la cual la titularidad de los derechos constitucionales correspondería solamente a la base de la común pertenencia al género humano»<sup>114</sup>.

A este modelo se contraponen sin embargo otros, todavía predominante, derivado de la herencia de la historia colonial y poscolonial, que incorporando los valores anteriormente recordados provoca un choque entre modelos como también entre sistemas estatales.

El Estado del bienestar intenta proponerse –aunque con todas las contradicciones denunciadas– como modelo ideal del mundo liberal-democrático: a través de sus políticas públicas quiere reequilibrar la distancia entre libertad y igualdad, con un pedacito de hermandad. Sin embargo, no consigue proponerse

<sup>112</sup> M. CARDUCCI, “La Costituzione come ‘ecosistema’ nel nuovo costituzionalismo delle Ande”, en S. BAGNI (ed.), *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir*, cit., p. 14 y p. 17.

<sup>113</sup> N. GARAY MONTAÑEZ, “Las concepciones no occidentales en el constitucionalismo latinoamericano: acerca de la categoría poder”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 27, 2020. Véase también R. ÁVILA SANTAMARÍA, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Abya Yala, Quito, 2011, p. 17.

<sup>114</sup> S. BAGNI, “Dal Welfare State al Caring State?”, cit., p. 21. Base de referencia para el estudio del multiculturalismo es W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, Oxford U.P., Oxford, 1995. Para una bibliografía esencial v. B. DE SOUSA SANTOS, *Refundación del Estado en América Latina*, cit.; G. MARINI, “La costruzione delle tradizioni giuridiche ed il diritto latinoamericano”, cit.; R. VICIANO PASTOR (ed.), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, cit.; S. BALDIN, M. ZAGO (eds), *Le sfide della sostenibilità*, cit.; A.C. WOLKMER, I. FERNANDES, M. LIXA (eds), *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina*, cit.; S. LANNI, *Il diritto nell'America Latina*, cit.; S. BALDIN, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino*, cit.

como arquetipo mundial. (Es más: desde los años 90 está bajo ataque por parte del neo-liberalismo, el mito del mercado como valor en sí y la globalización económica y cultural, incluso en el mundo euro-atlántico.) No considera que los elementos que representan su núcleo –sociedad y instituciones– son limitados si no tomamos en consideración otros factores, como (al lado de la religión) la naturaleza, algo muy distinto del medioambiente. Tampoco considera que es funcional a sociedades y sistemas económicos desarrollados, ni puede representar siempre una solución “universal”, pese de la globalización económica y la atribución a los derechos humanos de un valor igualmente “universal”.

El análisis desarrollado arriba –aunque limitado– demuestra que estudiar el mundo globalizado, incluso bajo el perfil de las formas de Estado –como los de las fuentes, los derechos, la justicia, etc.–, exige salir de las visiones nacionales, pero también de las “occidentales”.

La forma de Estado socialista se desarrolla en formas nuevas que hibridan la dimensión política –todavía comunista– con la económica liberal-capitalista, aunque permanezcan bastiones clásicos en Corea del Norte, Cuba y otros pocos países; la teocracia se desarrolla en formas distintas, y en los países islámicos encuentra su antagonista en el nacionalismo socialista árabe; finalmente, podemos preguntarnos si sea posible clasificar como forma de Estado en sí la que caracteriza la mayoría de los países latinoamericanos, marcados en su distintas facetas por el populismo<sup>115</sup>.

---

<sup>115</sup> Él se manifiesta de manera llamativa en el cuerpo de citas de la doctrina académica mundial por parte de los Tribunales supremos y constitucionales, en su mayoría centrado en los autores estadounidenses y europeos. Tal vez las razones se encuentran en el renovado interés por formas modernas de iusnaturalismo, a las cuales por otra parte se contraponen las doctrinas positivistas o realistas, también ampliamente utilizadas por los jueces de las leyes. (Cfr. nota 82). En particular, parece relacionarse con la penetración de las teorías del neo-constitucionalismo, por las cuales con las citas de autores de otra proveniencia (España, Italia, Alemania principalmente con Häberle) se asocian las de estudiosos estadounidenses puestos de moda (R. Dworkin, por ejemplo). Sin embargo, no hay una raíz unitaria entre estos autores: cfr. R. GUASTINI, “A proposito di neo-costituzionalismo”, en *Teoria pol.*, nueva serie, n. 1, 2011. Según S. SASTRE ARIZA, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw Hill, Madrid, 1999, p. 145, el instrumento principal con el que el neoconstitucionalismo ataca el positivismo legislativo está representado por la presencia hegemónica de los principios: «Estos principios, que aspiran a conceder unidad material al sistema jurídico aunque estén presididos por el pluralismo, han hecho inservibles las tesis mecanicistas de la interpretación, que era uno de los pilares del positivismo teórico». Véase sobre el tema L. PRIETO SANCHÍS, *Neoconstitucionalismo, Principios y Ponderación*, Ubijus, México, 2014, espec. p. 81 ss. Como nos recuerdan R. VICIANO PASTOR, R. MARTÍNEZ DALMAU, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 9, 2011, p. 6, haciendo referencia a P. COMANDUCCI, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en M. CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 83: «Como teoría del Derecho, el neoconstitucionalismo –en particular a partir de los principios– aspira a describir los logros de la constitucionalización, entendida como el proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. Por esta razón, está caracterizado por una Constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos, por la omnipresencia en la constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y aplicación de la

En conclusión, por quien quiere recorrer el camino de un derecho no limitado a la epistemología y las soluciones de fondo del mundo globalizado, mejor seguir las pistas trazadas por J. Vanderlinden<sup>116</sup> que –como lo recuerda A. Somma<sup>117</sup>– «moviéndose (...) de una noción de sistema jurídico liberado del requisito de la estatalidad, propone reagrupar el derecho a partir de la “fuente dominante”, es decir del prevalente “modo de formulación del derecho”, y de concentrarse sólo en un segundo tiempo en eventos como “la ideología o la técnica”. De esta manera podemos distinguir: un “sistema consuetudinario” generado por el comportamiento de los miembros de la sociedad, un “sistema doctrinal” centrado en las reglas producidas por los académicos, un “sistema jurisprudencial” basado en los preceptos de los jueces, un “sistema legislativo” basado en órdenes formuladas por un vértice y un “sistema revelador” atribuible a una deidad».

Y, como consecuencia, utilizar esta clasificación para unir los estudios sobre formas de Estado a aquellos sobre familias jurídicas, cogiendo, de los elementos indicados, los pertinentes para calificar también los Estados y sus “formas”, sin limitarse sólo a la división de los poderes propuesta hace dos siglos y medio por Montesquieu.

## Bibliografía

AA.VV., sección monográfica de la *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 3, 2008, con las ponencias presentadas al Congreso celebrado en Caserta el 29-30 de mayo de 2008: “2007-2008. Buon compleanno, Costituzioni (La circolazione di principi e istituzioni tra Europa e America: influenze reciproche tra le Costituzioni di Stati Uniti, Messico, Brasile, Italia, Francia, Spagna)”

–, Sección II del *Ann. dir. comp. st. leg. 2013*, titulada “La classificazione degli ordinamenti giuridici nel diritto pubblico comparato: sei domande per una meta-ricerca sull’autonomia di una scienza”

---

ley. Se trata, en definitiva, de recuperar en sentido fuerte la idea de Constitución como norma jurídica suprema del Estado y fortalecer su presencia determinante en el ordenamiento jurídico».

<sup>116</sup>J. VANDERLINDEN, *Comparer les droits*, Story-Scientia, Diegem, 1995, p. 334 ss.

<sup>117</sup>A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, 2a ed., Giappichelli, Torino, 2019, p. 94.

–, *México en Cádiz, 200 años después. Libertades y democracia en el constitucionalismo europeo (26 abr. - 4 may. 2012 Cádiz, España)*, Trib. Elect. del Poder Judicial de la Fed., México, 2015

ABDEL-MALEK, A., *La pensée politique arabe contemporaine*, Seuil, Paris, 1970

AGUILAR, C., LAFOSSE, S., ROJAS, H., STEWARD, R., *Justicia constitucional y modelos de reconocimiento de los pueblos indígenas*, Porrúa-Imdpc, México, 2011

AIBAR GAETE, J., *Vox Populi. Populismo y democracia en Latinoamérica*, Fac. Latinoam. de Ciencias Soc.- Flacso-México, México, 2007

ALCÁNTARA SÁEZ, M., *Sistemas Políticos de América Latina*, I, *América del Sur*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2013, y II, *México, los países de América Central y del Caribe*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2008

ALEXANDER, R.J., *Latin American Political Parties*, Praeger, New York, 1973

ÁLVAREZ CONDE, E., GARRIDO MAYOL, V., TUR AUSINA, R., *Derecho constitucional*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2018

AMBOS, K., MALARINO, E. (eds), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Fund. K. Adenauer, Berlin-Bogotá, 2010

AMIRANTE, D., “La prevención de conflictos culturales y étnicos en Asia del sur: desde el centralismo nacionalista hacia el federalismo”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 26, 2019

–, *Costituzionalismo ambientale. Un atlante giuridico per l’Antropocene*, il Mulino, Bologna, 2022

– (ed.), *Il costituzionalismo ambientale fra antropocentrismo e biocentrismo. Nuove prospettive dal diritto comparato, Atti del VIII Convegno Annuale dell’Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo, Caserta, 9-10 settembre 2022*, en *DPCE online*, 2023

AMIRANTE, D., BAGNI, S. (eds), *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene: Values, Principles and Actions*, Routledge, Abingdon-New York, 2022

AQUARONE, A., *L’organizzazione dello Stato totalitario* (1965), reimpr. Einaudi, Torino, 1995

ARENDR, H., *The Origins of Totalitarianism*, 3ª ed., Harcourt Brace & Co., New York, 1958

ÁVILA SANTAMARÍA, R., *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Abya Yala, Quito, 2011

–, *La utopía del oprimido. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*, Akal, Madrid, 2019

ÁVILA SANTAMARÍA, R., TRUJILLO VÁSQUEZ, J.C., *Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y del derecho comparado*, Min. de Justicia y Der. Humanos, Quito, 2008

BAGNI, S., “Dal Welfare State al Caring State?”, en ID. (ed.), *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Filodiritto, Bologna, 2013

–, “La classificazione degli ordinamenti giuridici nel diritto pubblico comparato: sei domande per una meta-ricerca sull’autonomia di una scienza e alcune riflessioni sulla dottrina delle forme di Stato”, en *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013

–, “Diritti della natura nei nuovi costituzionalismi del Global South: riflessi sulla teoria dei formanti”, en D. AMIRANTE

–, “De los Andes a la Unión Europea: el derecho común de la tierra en la ecología del derecho” en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 26, 2019

– “La doctrina de las formas del Estado desde un análisis histórico-comparativo en América Latina”, en AA.Vv., *Cultura constitucional y derecho viviente. Escritos en honor del profesor Roberto Romboli*, 2 vols, Centro est. const. Trib. Const., Lima, 2021, II

–, “Los aportes de los derechos de la Naturaleza en la construcción de un paradigma relacional de los derechos”, en R. MARTÍNEZ DALMAU (ed.), *La lucha contra el cambio climático y el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza: sinergias de la cooperación mediterránea. Actas del congreso celebrado en la Universitat de València los días 29 y 30 de junio de 2022*, Pireo Ed., València, 2022

– (ed.), Sección monográfica de la *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 22, 2017, “¿A donde va América Latina? Entre populismo, socialismo del siglo XXI y neoliberalismo”

–, Sección monográfica de la *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 28, 2020, “La búsqueda de modelos de gestión intercultural de los conflictos sociales”

BAGNI, S., BALDIN, S. (eds), *Latinoamérica. Viaggio nel costituzionalismo dalla Patagonia al Río Grande*, Giappichelli, Torino, 2021

BAGNI, S., DIALA, A.C. (eds), Sección monográfica de la *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 26, 2019, “El papel del derecho tradicional en la elaboración de nuevos modelos de Estados pluralistas”

BAGNI, S., FIGUEROA MEJÍA, G.A., PAVANI, G. (eds), *La ciencia del Derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, 3 vols, Tirant lo Blanch México, México, 2017, I

BALDIN, S., “Riflessioni sull’uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarieta”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 10, 2011

–, “Los derechos de la naturaleza: de las construcciones doctrinales al reconocimiento jurídico”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 22, 2017

–, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Giappichelli, Torino, 2019

BALDIN, S., ZAGO, M. (eds), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Filodiritto, Bologna, 2014

BARCELÓ ROJAS, D.A., SERNA DE LA GARZA, J.M. (eds), *Memoria del Seminario internacional: Conmemoración del bicentenario de la Constitución de Cádiz. Las ideas constitucionales de América Latina*, Unam, México, 2013

BENEDINI, G.F., *Il Peronismo*, Ed. Riuniti, Roma, 2007

BIHARI, O., *The Constitutional Models of Socialist State Organisation*, Akademiai Kiado, Budapest, 1979

BISCARETTI DI RUFFIA, P., *1988-1990. Un triennio di profonde trasformazioni costituzionali in Occidente, nell’URSS e negli Stati socialisti dell’Est europeo*, Giuffrè, Milano, 1991

BISCARETTI DI RUFFIA, P., CRESPI REGHIZZI, G., *La Costituzione Sovietica del 1977. Un sessantennio di evoluzione costituzionale nell’URSS*, reimpr. actualizada, Giuffrè, Milano, 1990

BOBBIO, N., voz “Fatto normativo”, en *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967

- , *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Giappichelli, Torino, 1976
- BOLIVAR, S., *Doctrina del libertador*, Fund. Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1994
- BORJA JIMÉNEZ, E. (ed.), *Diversidad cultural: conflicto y derecho: nuevos horizontes del derecho y de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006
- BOTERO, B.A., “La interpretación constitucional en América Latina. Una denuncia del colonialismo cultural en la dogmática constitucional contemporánea”, en F.R. BARBOSA DELGADO (ed.), *Historia del derecho público en Colombia*, Un. Externado de Colombia, Bogotá, 2012
- BRAUDEL, F., “Histoire et sciences sociales. La ‘longue durée’”, en *Annales E.S.C.*, XIII, n. 4, 1958
- BRENNAN, J.P., *Peronism and Argentina*, Scholarly Resources, Wilmington, 1998
- BUERGENTHAL, T., ET AL., *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Civitas, Madrid, 1999
- BUONO, E., “‘Columbus’ Mistake’ Bidding the Gap in the Global South: The Implementation of Institutional Multiculturalism between India and las Indias”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 26, 2019
- BURDEAU, G., *L’État*, Seuil, Paris, 1970, reimpr. 2009
- CÁCERES ARCE, J.L., *La Constitución de Cádiz y el Constitucionalismo Peruano*, Adrus, Arequipa, 2007
- CARBONELL, M., CARPIZO, J., ZOVATTO, D. (eds), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, Unam-Iij, México, 2009
- CARDUCCI, M., “La Costituzione come ‘ecosistema’ nel nuovo costituzionalismo delle Ande”, en S. BAGNI (ed.), *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Filodiritto, Bologna, 2013
- CARMAGNANI, M., *L’altro Occidente. L’America Latina dall’invasione europea al nuovo millennio*, Einaudi, Torino, 2003
- CARPIZO, J., “Derecho constitucional latinoamericano y comparado”, en *Bol. mex. der. comp.*, n. 114, 2005

CASSESE, S., *Lo Stato fascista*, il Mulino, Bologna, 2010

CASTRO, F., voz “Derecho musulmano e dei Países musulmanes”, en *Enc. giur.*, XI, Ist. enc. it, Roma, 1989

–, voz “Derecho musulmano”, en *Dig. priv.*, VI, Utet, Torino, 1990

–, *Il modelo islámico*, Giappichelli, Torino, 2007

CATÁ BACKER, L., “God(s) Over Constitutions: International and Religious Transnational Constitutionalism in the 21<sup>st</sup> Century”, en *Mississippi College L.R.*, n. 27, 2008

–, “Theocratic Constitutionalism: An Introduction to a New Global Ordering”, en *Indiana journ. glob. legal st.*, n. 16, 2009

CHEVALLIER, J., *L'État de droit*, Montchrestien, Paris, 1992

CLAVERO, B., *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América*, Siglo XXI, México, 1994

COLLOTTI, E., *Fascismo, fascismi*, Sansoni, Firenze, 1989

COLOMER VIADEL, A., *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, 2<sup>a</sup> ed., Trillas, México, 2009

COMANDUCCI, P., “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en M. CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 200

COMELLAS, J.L., *Historia de la España Contemporánea*, Rialp, Madrid, 1990

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos. Estudio de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2009

CONSTANTINESCO, J.-L., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, Köln, 1971, trad. esp. *Introducción al Derecho comparado*, en *Tratado de Derecho comparado*, I, Madrid, 1981

–, *Die rechtsvergleichende Methode*, II, *Rechtsvergleichung*, Heymanns, Köln, 1972, trad. esp. *El método comparativo*, en *Tratado de Derecho comparado*, II, Ed. Un. de Valparaíso, Valparaíso, 1987

COPPEDGE, M., *A Classification of Latin American Political Parties*, Working Paper 24, Kellogg Inst., Notre Dame, 1997

COSSUTTA, M., *Formalismo sovietico. Delle teorie giuridiche di Vyšinskij, Stuča e Pašukanis*, Esi, Napoli, 1992

CRESTI, F., CRICCO, M., *Storia della Libia contemporanea. Dal dominio ottomano alla morte di Gheddafi*, Carocci, Roma, 2012

G. CUNIBERTI, G., “La classification des systèmes juridiques – Taxinomie, enseignement et avancée de la connaissance”, en *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013

DAVID, R., *Le droit soviétique, I, Les données fondamentales du droit soviétique*, Lgdj, Paris, 1954

DAWN, C.E., *From Ottomanism to Arabism: Essays on the Origins of Arab Nationalism*, Un. of Illinois Press, Chicago, 1973

DE PRADA GARCÍA, A. (ed.), “Entre filosofía, política y religión”, n. monográfico de *La Albolafia*, n. 4, 2015

DESCOLA, P., *L'ecologia degli altri. L'antropologia e la questione della natura*, Linaria, Roma, 2013

DE WAEL, H., *Le droit musulman: Nature et evolution*, Cheam, Paris, 1989

DIALA, A.C., “Our Laws Are Better than Yours: The Future of Legal Pluralism in South Africa”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 26, 2019

DIAMOND, L., HARTLYN, J., LINZ, J., LIPSET, S.M. (eds), *Democracy in Developing Countries: Latin America*, Lynne Rienner, Boulder, 1999

DIAMOND, L., PLATTNER, M.F., ABENTE, D. (eds), *Latin America's Struggle for Democracy*, Johns Hopkins U.P., Baltimore, 2008

DÍAZ REVORIO, F.J., REVENGA SÁNCHEZ, M., VERA SANTOS, J.M. (eds), M.E. REBATO PEÑO (COORD.), *La Constitución de 1812 y su difusión en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

DINGES, J., *The Condor Years: How Pinochet and His Allies Brought Terrorism to Three Continents*, The New Press, New York-London, 2004

DI TELLA, T.S., *Transitions to Democracy in Latin America: The Role of Political Parties*, Center for Iberian and Latin Am. Studies, San Diego, 1993

DORÉ, F., *Les régimes politiques en Asie*, Puf, Paris, 1973

DUVERGER, M., *De la dictature*, Julliard, Paris, 1961

EDWARDS, S., *Populismo o mercados. El dilema de América Latina*, Norma, Bogotá, 2009

ENCARNA, M., MARÍN, N., *La libertad encadenada: España en la Dictadura Franquista 1939-1975*, Alianza, Madrid, 2005

FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, Inst. Interamer. de Der. Humanos, San José de Costa Rica, 1999

FENG LIN, *Constitutional Law in China*, Sweet & Maxwell Asia, Hong Kong, 2000

FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, F., HESPANHA, A.M., *Franquismus und Salazarismus: Legitimation durch Diktatur?*, Klostermann, Frankfurt a.M., 2008

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J., *La jurisdicción constitucional iberoamericana: el reto competencial*, Porrúa-Imdpc, México, 2014

FERNÁNDEZ SEGADO, F. (ed.), *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano*, Dykinson, Madrid, 2003

FERRER MAC-GREGOR, E., *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de Derecho comparado*, Porrúa, México, 2002

FILHO, A. DE ALMEIDA, FILHO, F. BILAC MOREIRA PINTO (eds), *Constitucionalismo e Estado*, Forense, Rio de Janeiro, 2007

FIX-ZAMUDIO, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*, Unam, México, 1955

–, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, Unam, México, 1980

–, *La protección procesal de los derechos humanos antes las jurisdicciones nacionales*, Civitas, Madrid, 1992

–, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, Unam, México, 1993

FIX-ZAMUDIO, H., FERRER MAC-GREGOR, E. (eds), *El derecho de amparo en el mundo*, Porrúa, México, 2006

FIX-ZAMUDIO, H., VALENCIA CARMONA, S., *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 2ª ed., Porrúa, México, 2003

FONSECA, D., “Parler du terrorisme”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, 2017, n. 21

FRIEDRICH, C.J. (ed.), *Totalitarianism*, Harvard U.P., Cambridge, 1954

FUKUYAMA, F., *The End of History and the Last Man*, Hamish Hamilton, London, 1992

GALLEGO, F., *El evangelio fascista: la formación de la cultura política del franquismo (1930-1950)*, Crítica, Barcelona, 2014

GANINO, M., *Russia*, il Mulino, Bologna, 2010

–, voz “Derecho socialista”, en L. PEGORARO (ed.), *Glosario de Derecho público comparado* (al cuidado de E. FERRER MAC-GREGOR, M. NUÑEZ, C. ASTUDILLO, G. ENRÍQUEZ FUENTES, P. TORRES ESTRADA), Porrúa, México, 2012

GARAY MONTAÑEZ, N., “Las concepciones no occidentales en el constitucionalismo latinoamericano: acerca de la categoría poder”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 27, 2020

GARCÍA RAMÍREZ, S., *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, Unam, México, 2002

–, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2007

GARCÍA TOMA, V., *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, 4ª ed., Adrus, Lima, 2014

GARGARELLA, R., COURTIS, C., *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Cepal, Santiago de Chile, 2009

GENTILE, E., *La via italiana al totalitarismo. Il partito e lo Stato nel regime fascista*, Carocci, Roma, 1995

GERMANI, G., TORCUATO DI TELLA, S., IANNI, O., *Populismo y contradicciones de clase en América Latina*, Era, México, 1977

GIANNINI, M.S., “Stato sociale: una nozione inutile”, en AA.Vv., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di C. Mortati*, 4 vols, Giuffrè, Milano, 1977, I

GIRAUDO, L., AHUMADA RUIZ, M. (eds), *Derechos, costumbres y jurisdicciones en la América Latina contemporánea*, Cecp, Madrid, 2008

GLENN, H.P., *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 5ª ed., Oxford U.P., Oxford, 2014

GONIDEC, P.F., *Les systèmes politiques africains, I, L'évolution, la scène politique, l'intégration nationale*, Lgdj, Paris, 1971

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E., *Breve historia del constitucionalismo común (1787-1931), (1787-1931). Exilio político y turismo constitucional*, Areces, Madrid, 2006

GORDLEY, J., "Classifying Laws and Declassifying Legal Systems", en *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013

GROTE, R., RÖDER, T. (eds), *Constitutionalism in Islamic Countries*, Oxford U.P., Oxford, 2012

GUADAGNI, M., *Il modello pluralista. Appunti di sistemi giuridici comparati*, Giappichelli, Torino, 1996

–, "African law and legal pluralism", en HONG YONHONG, XIA XINHUA (eds), *African Law and Social Development*, Xiantang U.P., Xiantang, 2010

GUADAGNI, M., CASTELLUCCI, I., "Classificando i sistemi giuridici africani", en *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013

GUASTINI, R., "A proposito di neo-costituzionalismo", en *Teoria pol.*, nueva serie, n. 1, 2011

GUDYNAS, E., *Los Derechos de la Naturaleza. Respuestas y aportes desde la ecología política*, Abya Yala, Quito, 2016

HAZARD, J.N., *Communists and their Law: A Search for the Common Core of the Legal System of the Marxian Socialist States*, Un. of Chicago Press, London-Chicago, 1969

HAZARD, J.N., SHAPIRO, I., MAGGS, P.B., *The Soviet Legal System*, Oceana, New York, 1969

HERNÁNDEZ VALLE, R., *Las sentencias básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Cecp, Madrid, 2011

HIRSCHL, R., *Constitutional Theocracy*, Harvard U.P., Cambridge-London, 2010

HUNG-YEE CHEN, A., *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*, 4ª ed., Lexis Nexis-Butterworths, Hong Kong, 2011

HUSA, J., "Family Affair – Comparative Law's Never Ending Story?", en *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013

IACOMETTI, M., "Considerazioni 'minime' su alcuni aspetti del pensiero costituzionalistico di Simon Bolívar", en S. BAGNI, G.A. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (eds), *La ciencia del Derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, 3 vols, Tirant lo Blanch México, México, 2017, I

IQBAL, M., *The Reconstruction of Religious Thought in Islam*, 2ª ed., Oxford U.P., London, 1989

ITURRIETA, A., *El pensamiento peronista*, Cultura Hispanica, Madrid, 1990

JACKISCH, C., *Los partidos políticos en América Latina: desarrollo, estructura y fundamentos programáticos: el caso argentino*, Centro Interdiscipl. de Estudios sobre el Desarrollo Latinoam., Buenos Aires, 1990

JANKOWSKI, J.P., GERSHONI, I., *Rethinking Nationalism in the Arab Middle East*, Columbia U.P., New York, 1997

JELLINEK, G. *Allgemeine Staatslehre* (1905), 7ª ed., Gentner, Bad Homburg vor der Höhe, 1960, trad. esp. *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000

KAMALI, M.H., *Shari'a Law: An Introduction*, Oneworld, Oxford, 2008

KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship*, Oxford U.P., Oxford, 1995

LANDA ARROYO, C., *Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina*, Pucp Fondo ed., Lima, 1994

LANNI, S., "Diritti indigeni e tassonomie del sistema in America Latina", en *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013

–, voz "Sistema giuridico latinoamericano", en *Dig. priv., Sez. civ., Agg.*, Utet, Torino, 2016

–, *Il diritto nell'America Latina*, Esi, Napoli, 2017

– (ed.), *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, Esi, Napoli, 2011

- LARROQUE, A.C., *Géopolitique des Islamismes*, Puf, Paris, 2014
- LAUVAUX, P., *Les grandes démocraties contemporaines*, 3ª ed., Puf, Paris, 2004
- LEAL BUITRAGO, F., “La doctrina de seguridad nacional: Materialización de la Guerra Fría en América del Sur”, en *Rev. est. soc.* [En línea], 15 Junio 2003, <http://journals.openedition.org/revestudsoc/26088>
- LESAGE, M., *Les régimes politiques de l’U.R.S.S. et de l’Europe de l’Est*, Puf, Paris, 1977
- LEVITSKY, S., *Transforming Labor-Based Parties in Latin America: Argentine Peronism in Comparative Perspective*, Cambridge U.P., Cambridge, 2003
- LILLO, P., *Globalizzazione del diritto e fenomeno religioso*, Giappichelli, Torino, 2002
- LINZ, J., *Totalitarian and Authoritarian Regimes*, Lyenne Rienner, London, 2000
- LOCCHI, M.C. (ed.), Sección monográfica de la *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 29, 2021, “La diversidad cultural en la arena política como reto para las democracias pluralistas”
- LOEWENSTEIN, K., *Political power and the governmental process*, Chicago, 1965
- , *Teoría de la constitución*, Barcelona-Caracas-Ciudad de México, 1979 (1ª ed. 1965)
- LOMNÉ, G., “Latinoamérica tiene un déficit de autoestima”, entrevista de F. Tafur en *UN Periódico*, n. 129, Bogotá, 2009
- LÓPEZ GARRIDO, D., MASSÓ GARROTE, M.F., PEGORARO, L. (eds), *Derecho constitucional comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017
- LOSANO, M.G., *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Bari, 2000
- LUCATELLO, G., “La fonction de la propagande politique dans l’État totalitaire et son organisation dans les États italien *et* allemand”, en *Rev. dr. int.*, n. 4, 1939, n. 3, 1940, nn. 1 y 2, 1941, y en ID., *Scritti giuridici. Nuova raccolta*, coordinados por A. REPOSO, N. OLIVETTI RASON, L. PEGORARO, Cedam, Padova, 1990
- MACRÌ, G., PARISI, M., TOZZI, V., *Diritto civile e religioni*, 2ª ed., Laterza, Roma-Bari, 2013

MALLAT, C., “Comparative Law and the Islamic (Middle Eastern) Legal Culture”, en M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford U.P., New York, 2006

– (ed.), *Islam and Public Law: Classical and Contemporary Studies*, Graham & Trotman, London-Dordrecht-Boston, 1993

MCDONALD, R.H., Ruhl, M., *Party Politics and Elections in Latin America*, Westview, Boulder, 1989

MANCUSO, S., “Informal Laws and State Law in the Horn of Africa”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 26, 2019

MARCOS, A., “Vulnerability as a Part of Human Nature”, en A. MASFERRER, E. GARCÍA-SÁNCHEZ (eds), *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights: Interdisciplinary Perspectives*, Springer, Cham, 2016

MARGIOTTA BROGLIO, F., MIRABELLI, C., ONIDA, F., *Religioni e sistemi giuridici*, il Mulino, Bologna, 1997

MARINI, G., “La costruzione delle tradizioni giuridiche ed il diritto latinoamericano”, en *Riv. crit. dir. priv.*, n. 2, 2011

MARQUARDT, B., *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010), Historia constitucional comparada*, 2 vols, I, *Metodología y 1810-1880*, y II, *1880-2010*, Un. Nac. de Colombia-Inst. Unidad de Invest. Jur.-Soc. G. Molina, Bogotá, 2011

–, *Historia mundial del Estado*, I, *Sociedades preestatales y reinos dinásticos*, Temis, Bogotá, 2012

–, *Historia mundial del Estado*, III, *El Estado de la modernidad temprana en Asia, África y las Américas*, Temis, Bogotá, 2014

–, *Historia del Estado moderno en Asia y África del Norte (1500-2014)*, Un. Nac. de Colombia, Bogotá, 2014

–, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica. Las seis fases desde la Revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Ibañez, Bogotá, 2016

MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Separatismo y cooperación en los acuerdos del Estado con las minorías religiosas*, Comares, Granada, 1994

MATTEI, U., “Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World’s Legal System”, en *Am. journ. comp. law*, n. 45, 1997

MATTEI, U., MONATERI, P.G., *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padova, 1997

MAZZA, M., *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, Giuffrè, Milano, 2006

MELIS, G. (ed.), *Lo Stato negli anni trenta: istituzioni e regimi fascisti in Europa*, il Mulino, Bologna, 2008

MENDES SIMBA, E., “Os direitos sobre os recursos naturais: uma abordagem na perspectiva da coexistência entre o direito costumeiro e o direito positivado de Angola”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 26, 2019

MENSKI, W., “The multiple roles of customary law in the shaping of the intercultural state in India”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 26, 2019

MÉNY, Y., SUREL, Y., *L’espace du politique: Le populisme et les démocraties*, Fayard, Paris, 2000

MERINO, R., VALENCIA, A. (eds), *Descolonizar el Derecho. Pueblos indígenas, derechos humanos y Estado plurinacional*, Palestra, Lima, 2018

MEZLAN, K., VARVELLI, A., *Libia: Fine o rinascita di una nazione?*, Donzelli, Roma, 2013

MOLINERO, C., *La anatomía del franquismo: de la supervivencia a la agonía, 1945-1977*, Crítica, Barcelona, 2008

MORENO CRUZ, M., “La nueva Constitución económica. Repercusión en el actual ordenamiento jurídico cubano”, en *Rev. Un. La Habana*, n. 289, 2020

MORTATI, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, 9ª ed., I, Cedam, Padova, 1975

NA’IM, A.A. (ed.), *Islamic Family Law in a Changing World: A Global Resource Book*, Zed Books, London, 2002

NAVAS CASTILLO, A., NAVAS CASTILLO, F., *El Estado constitucional*, Dykinson, Madrid, 2009

NEEDHAM, R., “Polythetic Classification: Convergence and Consequences”, en *Man*, n. 3, 1975

NEUMANN, F., *Behemot: The Structure and Practice of National Socialism*, Gollancz, London, 1942

NICOLINI, M., *L'altra Law of the Land. La famiglia giuridica "mista" dell'Africa australe*, Bup. Bologna, 2016

–, “Chapter 10: African Legal Traditions”, en G. MOUSOURAKIS, *Comparative Law and Legal Traditions: Historical and Contemporary Perspectives*, Berlin, 2019

–, “Dibujar las herencias del pasado: derecho colonial y tradiciones jurídicas en África”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 26, 2019

NICOLINI, M., VALDESALICI, A., “La dottrina tedesca in tema di forma di Stato”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2, 2014

NOGUERA FERNÁNDEZ, A., “La Constitución cubana de 2019: un análisis crítico”, en *Rev. der. pol.*, n. 105, 2019

NOHLEN, D. (ed.), *Elecciones y sistemas de partidos en América Latina*, Inst. Interam. de Der. Humanos-Centro de Asesoría y Promoción Elect., San José de Costa Rica, 1993

NORRIS, V.P., INGLEHART, R., *Sacred and Secular: Religion and Politics Worldwide*, 2ª ed., Cambridge U.P, Cambridge, 2011

OLIVIERO, M., voz “Derecho islámico”, en L. PEGORARO (ed.), *Glosario de Derecho público comparado* (al cuidado de E. FERRER MAC-GREGOR, M. NUÑEZ, C. ASTUDILLO, G. ENRÍQUEZ FUENTES, P. TORRES ESTRADA), Porrúa, México, 2012

–, voz “Estado teocrático”, en L. PEGORARO (ed.), *Glosario de Derecho público comparado* (al cuidado de E. FERRER MAC-GREGOR, M. NUÑEZ, C. ASTUDILLO, G. ENRÍQUEZ FUENTES, P. TORRES ESTRADA), Porrúa, México, 2012

OPOCHER, E., *Lezioni sul totalitarismo*, Cleup, Padova, 1974

OSTI, C., “«Legal Families»: Purposeful Classification or Empty Conceptualization?”, en *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013

PALACIO BAÑUELOS, L. (ed.), *El primer franquismo*, n. monográfico de *La Albolafia*, 1, 2014

PALADIN, L., voz “Fascismo”, en *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967

PALERMO, F., WOELK, J., “La dottrina tedesca in tema di forma di Stato”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2, 2000

PALLA, M. (ed.), *Lo Stato fascista*, La Nuova Italia, Milano, 2001

PALOMINO MANCHEGO, J.F., “La Constitución Española de 1978 y su influencia en el Ordenamiento Constitucional Latinoamericano”, en J. PÉREZ ROYO, J.P. URÍAS MARTÍNEZ, M. CARRASCO DURÁN (eds), *Derecho constitucional para el siglo XXI, Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sevilla, 3-4-5 de diciembre de 2003)*, 2 vols, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, I

PALOMINO MANCHEGO, J.F., REMOTTI CARBONELL, J.C. (eds), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica. Libro-Homenaje a Germán J. Bidart Campos*, Grijley, Lima, 2002

PEGORARO, L., “Forme di governo, definizioni, classificazioni”, en L. PEGORARO, A. RINELLA (eds), *Semipresidencialismi*, Cedam, Padova, 1997, y en AA.VV., *Studi in onore di L. Elia*, 2 vols, Giuffrè, Milano, 1999, II

–, “Il diritto comparato e la Costituzione spagnola del 1978: recezioni ed ‘esportazioni’”, en F. FERNÁNDEZ SEGADO (ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context – La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, Dykinson, Madrid, 2003, trad. esp. “El Derecho comparado y la Constitución española de 1978. La recepción y la ‘exportación’ de modelos”, en *An. iberoam. just. const.*, n. 9, 2005, y en L. PEGORARO, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, Porrúa, México, 2006

–, “La propaganda política. Un test para un acercamiento interdisciplinario a una búsqueda de derecho comparado”, en *Pensamiento const.*, n. 14, 2010, y en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 8, 2011

–, “Le categorie civilistiche e il parassitismo metodologico dei costituzionalisti nello studio del diritto comparato”, en *Ann. dir. comp. st. leg. 2013*, trad. esp. “Comparación y globalización (las categorías del Derecho civil y el parasitismo metodológico de los constitucionalistas en el estudio del Derecho comparado)”, en L.R. GONZÁLEZ PÉREZ, D. VALADÉS (eds), *El Constitucionalismo Contemporáneo. Homenaje A Jorge Carpizo*, Unam-Iij, México, 2013, y en L. PEGORARO, *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de Derecho constitucional comparado*, Olejnik, Santiago de Chile, 2016

–, “Ruolo della dottrina, comparazione e ‘legal tourism’”, en *Diálogos de Saberes*, n. 43, 2015, y en AA.VV., *Un giurista di successo. Studi in onore di A. Gambaro*, 2 vols, Giuffrè-Francis Lefebvre, Milano, 2017, I

–, “El enemigo, la ecuación terrorista-estranjero y el ataque al Estado democrático de Derecho”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. especial, 2019

–, *Sistemas de justicia constitucional*, en L. PEGORARO, A. RINELLA, *Derecho constitucional comparado*, vol. IV, Astrea, Buenos Aires-Giappichelli, Torino, 2020

–, “Seguridad: un pseudo-valor frente a los valores del Estado democrático de derecho”, en J.J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (ed.), *Democracia y seguridad. Respuestas para avanzar en el sistema público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021

PEGORARO, L., FIGUEROA MEJÍA, G. (eds), *Profesores y jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de Iberoamérica*, Sup. Corte de Justicia de la Nac., México, 2016

PEGORARO, L., RINELLA, A., *Derecho constitucional comparado*, vol. II, *Sistemas constitucionales*, 2 tomos, Astrea, Buenos Aires-Giappichelli, Torino, 2017

PELLITTERI, A. (ed.), *La formazione del pensiero nazionale arabo: matrici storico-culturali ed elementi costitutivi*, Angeli, Milano, 2012

PERASSI, T., “Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica” (1917), en ID., *Scritti giuridici*, 2 vols, Giuffrè, Milano, 1958, I

PEZZIMENTI, R., *Il pensiero politico islamico del '900. Tra riformismo, restaurazione e laicismo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 200

PIGNATO, C., voz “Classificazioni politetiche”, en U. Fabietti, F. Remotti (eds), *Dizionario di antropologia*, Zanichelli, Bologna, 1997

PINELLI, C., *Forme di Stato e forme di governo*, Jovene, Napoli, 2009

POZZO, B., “Presentazione. Diritto comparato e sistemologia: le nuove sfide”, en *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013

PORRAS NADALES, A., *La acción de gobierno: gobernabilidad, gobernanza, gobermedia*, Trotta, Madrid, 2014

PRIETO SANCHÍS, L., *Neoconstitucionalismo, Principios y Ponderación*, Ubijus, México, 2014

QADHAFI, M., *The Green Book*, Martin Brian & O’Keeffe, London, 1976

QIANFAN ZHANG, *The Constitution of China: A Contextual Analysis*, Hart, Oxford-Portland, 2012

QUIZHPE, F., STORINI, C., “Hacia otro fundamento de los derechos de la naturaleza”, en R. MARTÍNEZ DALMAU, C. STORINI, R. VICIANO PASTOR, *Nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Olejnik, Santiago de Chile, 2021

RAMOS GARBIRAS, A., MORENO PARRA, H.A. (eds), *Bolívar y el constitucionalismo*, 2ª ed., Cali, 1999

RAMOS JIMÉNEZ, A., *Los partidos políticos en las democracias latinoamericanas*, Un. de Los Andes-Consejo de Publ.-Cdcht, Mérida (Venezuela), 1995

REIMANN, M., “The End of Comparative Law as an Autonomous Subject”, en *Tulane eur. and civil law forum*, n. 11, 1996

REINHARD, W., *Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart*, Beck, München, 2007

REMOTTI CARBONELL, J.C., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Inst. de Der Eur., Barcelona, 2004

RIMOLI, F., “Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l’enigma costituente”, en *links. Zeitschrift für deutsche Literatur- und Kulturwissenschaft*, Ist. Ed. e Poligrafici Internaz., Pisa-Roma, [http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/eccezione\\_trasformazione/index.htm](http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/eccezione_trasformazione/index.htm).

RINELLA, A., *Cina, il Mulino*, Bologna, 2006

–, “Il ‘socialismo del libero mercato’ nella Repubblica Popolare Cinese”, en *Quad. cost.*, n. 1, 2007

–, “Costituzione economica e dialogo tra sistemi giuridici. Un caso di studio: la Cina”, en A. RINELLA, I. PICCININI (eds), *La costituzione economica cinese*, il Mulino, Bologna, 2010

RINELLA, A., PICCININI, I. (eds), *La costituzione economica cinese*, il Mulino, Bologna, 2010

ROBERTS, J.A.G., *A History of China*, 3ª ed., Macmillan, New York-London-Basingstoke, 2011

ROCCA, J.-L., *Une sociologie de la Chine*, La Découverte, Paris, 2010

ROMANO, S., “L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione” (1901), en ID., *Scritti minori*, 2 vols, Giuffrè, Milano, 1950, I

ROSCH, E., *Principles of Categorization*, en E. ROSCH, B.B. LLOYD (eds), *Cognition and Categorization*, Lawrence Erlbaum, Hillsdale, 1978

ROVIRA KALTWASSER, C., TAGGART, P., OCHOA ESPEJO, P., OSTIGUY, P. (eds), *Oxford Handbook of Populism*, Oxford U.P., Oxford et al., 2017

ROY, M.P., *Les régimes politiques du tiers monde*, Lgdj, Paris, 1977

ROZO ACUÑA, E., *Bolívar y la organización de los poderes públicos*, Temis, Bogotá, 1988

SAGÜÉS, N.P., *Manual de derecho constitucional*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2012

SÁNCHEZ FERRIZ, R., GARCÍA PECHUÁN, M. (eds), *La enseñanza de las ideas constitucionales en España e Iberoamérica*, Ene, Valencia, 2001

SANGALLI, A., *L’importanza di essere fuzzy. Matematica e computer*, Bollati Boringhieri, Torino, 2000

SANTOS, B. DE SOUSA, *Refundación del Estado en América Latina. Perpectivas desde una epistemología del Sur*, Inst. Intern. de Der. y Sociedad, Lima, 2010

SANTOS, B. DE SOUSA, GRIJALVA JIMÉNEZ, A. (eds), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Fund. R. Luxemburg, Abya Yala, Quito, 2012

SASTRE ARIZA, S., *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw Hill, Madrid, 1999

SCARPELLI, U., “Classi logiche e discriminazioni fra i sessi”, en *Lavoro e dir.*, n. 4, 1988

SCHMITT, C., *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1921

- SCHULZE, R., *A Modern History of the Islamic World*, Tauris, London, 2000
- SHARABI, H., *Nationalism and Revolution in the Arab World*, Princeton U.P., Princeton, 1966
- SIEMS, M., “The End of Comparative Law”, en *Journ. comp. law*, n. 2, 2007
- SOMMA, A., *Introduzione al diritto comparato*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2019
- STORINI, C., ALENZA GARCÍA, J.F. (eds), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012
- STUČA, P.I., PAŠUKANIS, E.B., VYŠINSKIJ, A.J., STROGOVIČ, M.S., *Teorie sovietiche del diritto*, Giuffrè, Milano, 1964
- Sznajder, M., “Il populismo in America Latina”, en *Ricerche di storia pol.*, n. 3, 2004
- TALMON, J.L., *The Origins of Totalitarian Democracy*, Secker & Warburg, London, 1952
- TEMPERMAN, J., *State Religion Relationships and Human Rights Law*, Nijhof, Leiden-Boston, 2010
- TILLY, C. (ed.), *The Formation of National States in Western Europe*, Princeton U.P., Princeton, 1974
- TIMOTEO, M., WANG LEBING, “Le classificazioni dei sistemi giuridici dalla prospettiva del nuovo diritto cinese”, en *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013
- TOMICH, D., “The Order of Historical Time: The *Longue Durée* and Micro-History”, en AA.VV., *The Longue Durée and World-Systems Analysis: Colloquium to Commemorate the 50<sup>th</sup> Anniversary of Fernand Braudel “Histoire et sciences sociales: La longue durée”*, *Annales E.S.C.*, XIII, n. 4, 1958, October 24-25, 2008, Binghamton Un., New York, 2008, en <http://www2.binghamton.edu/fbc/archive/tomich102508.pdf>.
- Topidi, K., “Customary Law, Religion and Legal Pluralism in Israel: Islamic Law and Shari’a Courts in Constant Motion”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 26, 2019
- TROTSKIJ, L., *Istoriija ruskoj revolucii (1929-1932)*, traducido en varios idiomas
- TUSSEAU, G., *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica – Contre les «modeles» de justice constitutionnelle. Essai de critique metodologique*, Bup, Bologna, 2009

–, voz “Clasificaciones”, en L. PEGORARO (ed.), *Glosario de Derecho público comparado* (al cuidado de E. FERRER MAC-GREGOR, M. NUÑEZ, C. ASTUDILLO, G. ENRÍQUEZ FUENTES, P. TORRES ESTRADA), Porrúa, México, 2012

TUSSEL, J., *Spain, from Dictatorship to Democracy: 1939 to the Present*, Blackwell, Malden, 2007

VALADÉS, D., *La dictadura constitucional en América Latina*, Unam, México, 1974

–, “El nuevo constitucionalismo iberoamericano”, en A.M. HERNÁNDEZ, D. VALADÉS (eds), *Estudios sobre Federalismo, Justicia, Democracia y Derechos Humanos: Homenaje a Pedro J. Frías*, Unam, México, 2003

VALADÉS, D., CARBONELL, M. (eds), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, Cámara de Dip., Unam-Iij, México, 2000

VANDERLINDEN, J., *Comparer les droits*, Story-Scientia, Diegem, 1995

VANDERWALLE, D., *Storia della Libia contemporanea*, Salerno ed., Roma, 2007

VARVELLI, A., *L'Italia e l'ascesa di Gheddafi (1969-1974)*, Dalai, Milano, 2009

VATIKIOTIS, P.J., *Islam and the State*, Routledge, London, 1991

DE VERGOTTINI, G., *Diritto costituzionale comparato*, II, 6ª ed., Cedam, Padova, 2004

–, *Diritto costituzionale comparato*, I, 8ª ed., Cedam, Padova, 2011

VIAFORA, C., ZANOTTI, R., FURLAN, E. (eds), *L'etica della cura: tra sentimenti e ragioni*, Angeli, Milano, 2007

VICIANO PASTOR, R. (ed.), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

VICIANO PASTOR, R., MARTÍNEZ DALMÁU, R., “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 9, 2011

–, *Crisis del Estado social en Europa y dificultades para la generación del constitucionalismo social en América Latina*, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 22, 2017

VIMBORSATI, C., BENEDIZIONE, L., “La Repubblica araba di Libia: verso una costituzione?”, en C. DECARO BONELLA (ed.), *Itinerari costituzionali a confronto. Turchia, Libia, Afghanistan*, Carocci, Roma, 2013

VIOLA, P., “The Nepalese Path towards the Constitutional Protection of Minorities: A Comparative Asian Perspective”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 26, 2019

–, “Valori autoctoni in Asia meridionale e costituzionalismo della tradizione occidentale”, en *DPCE online*, n. esp. 50, 2022

VIOLA, P., NGUYEN TIEN DUC, “Constitutional Rights in Socialist East Asia”, en *Nordic Journal of Human Rights*, n. 40 (2) 2022

VOLPI, M., “Le forme di Stato”, en G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. RINELLA, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, 5ª ed., Giappichelli, Torino, 2016

–, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, 7ª ed., Giappichelli, Torino, 2018

WEBER, M., *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1922, trad. esp. *Economía y Sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva*, 17ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2008

WEN-YEU WANG, YEN-LIN AGNES CHIU, “The Defining Characteristics of the Legal Family in East Asia”, en *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013

WOLKMER, A.C., FERNANDES, I., LIXA, M. (eds), *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina*, Cenejus Nepe-Un. Fed. Santa Catarina, Aguascalientes-Florianópolis, 2015

ZAFFARONI, E.R., *La pachamama y el humano*, Edic. Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2011

ZANATTA, L., “Il populismo. Sul nucleo forte di un’ideologia debole”, en *Polis*, n. 2, 2002

–, “Io, il popolo. Note sulla leadership carismatica nel populismo latinoamericano”, en *Ricerche di storia pol.*, n. 3, 2002

–, “La sindrome del cavallo di troia: l’immagine del nemico interno nella storia dell’America Latina”, en *Storia e problemi contemp.*, n. 35, 2004

–, *Il peronismo*, Carocci, Roma, 2008



# A (in)constitucionalidade da “prisão pedagógica” na formação profissional dos militares estaduais no Brasil<sup>1-2</sup>

*The “pedagogical prison” and its unconstitutionality in the state military training in Brazil*

*La (in)constitucionalidad de la “cárcel pedagógica” en la formación profesional de los militares del estado en Brasil*

**Fábio França<sup>3</sup>**

Centro de Educação da Polícia Militar da Paraíba (João Pessoa, PB, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1917-840X>

E-mail: [ffsociologia@gmail.com](mailto:ffsociologia@gmail.com)

**Adriano Azevedo Gomes de León<sup>4</sup>**

Universidade Federal da Paraíba (João Pessoa, PB, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1480-0888>

E-mail: [adrianodeleon77@gmail.com](mailto:adrianodeleon77@gmail.com)

## Resumo

O artigo reflete sobre o mecanismo pedagógico da licença cassada (LC), que trata do cerceamento da liberdade de alunos militares estaduais (policiais e bombeiros militares) durante as formações profissionais, como herança cultural e organizacional do Exército Brasileiro. Para tanto, por meio de uma pesquisa qualitativa de cunho bibliográfico e documental, analisamos a Ação Direta de

---

<sup>1</sup> FRANÇA, Fábio; LEÓN, Adriano Azevedo Gomes de. A (in)constitucionalidade da “prisão pedagógica” na formação profissional dos militares estaduais no Brasil. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 3, n. 1, p. 87-125, jan./jun. 2023. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a177>.

<sup>2</sup> Agradecemos aos professores e capitães da Polícia Militar do Estado da Paraíba Geni Francinelle dos Santos Alves, Nayhara Hellen Pereira Andrade e Juscelino Severiano da Cruz Paulino pelos diálogos, correções e reflexões que em muito ajudaram a escritura deste texto.

<sup>3</sup> Pós-Doutor em Direitos Humanos, Doutor e Mestre em Sociologia pela Universidade Federal da Paraíba. Professor de Sociologia e Criminologia do Centro de Educação da PMPB. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5062091612898494>.

<sup>4</sup> Doutor em Sociologia pela UFPE, Mestre em Sociologia Rural e Antropologia pela UFPB. Professor do Departamento de Psicologia da UFPB e de Criminologia no Centro de Educação da PMPB. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7946111602996683>.

Inconstitucionalidade (ADI) 6.595, a qual torna sem efeito norma federal que proibia a prisão disciplinar de policial militar (PM) e de bombeiro militar (BM). Nesse sentido, ao voltarmos nosso olhar para a LC como uma “prisão pedagógica”, e mesmo que a legislação castrense seja aplicada de modo específico em relação à Constituição de 1988, ainda assim chegamos à constatação de que se trata de uma situação que rompe princípios constitucionais (igualdade e liberdade) quando mobilizada na esfera pedagógico-militar.

### Palavras-chave

Militares estaduais; Formação pedagógica; Prisão pedagógica.

### Sumário

1. Introdução. 2. Da Constituição à “infrajuridicidade” dos mecanismos disciplinares nas casernas militares. 3. Compreendendo a prisão pedagógico-disciplinar na formação profissional dos militares estaduais e seus desdobramentos. 4. Olhares sobre a ADI 6.595 e os paradoxos de sua (in) constitucionalidade. 5. Considerações finais.

### Abstract

The article reflects on the military restriction (loss of freedom to go out of barracks) as a pedagogical measure in the State Military Fire Brigade and Police Training in Brazil. It is a cultural heritage of the Brazilian Army for State Military Forces. This is a theoretical and documentary qualitative research, which means that we have analyzed the Direct Unconstitutionality Action (DUA) nº 6595. The DUA revoked Federal Law that prohibited disciplinary prison for Military State firefighter and policemen. In closing, the military restriction was called by us how “pedagogical prison”, which seems to break constitutional principles (equality and freedom), when mobilized in the pedagogical-military sphere.

### Keywords

State military; Pedagogical training; Pedagogical prison.

### Contents

1. Introduction. 2. From the Constitution to the “infrajuridicity” of disciplinary mechanisms in military barracks. 3. Understanding the pedagogical-disciplinary prison in the professional training of state military and its consequences. 4. Views on DAUN 6595 and the paradoxes of its (un)constitutionality. 5. Final considerations.

## Resumen

El artículo refleja sobre el mecanismo pedagógico de la licencia revocada (LR), que es la restricción de la libertad de los estudiantes militares estatales (policías y bomberos militares) durante la formación profesional, como patrimonio cultural y organizativo de lo Ejército brasileño. Por lo tanto, a través de una investigación cualitativa de carácter bibliográfico y documental, analizamos la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADIN) 6595, que deja sin efecto una norma federal que prohibía el arresto disciplinario de PM y BM. En este sentido, cuando volvemos la mirada a la LR como “prisión pedagógica”, y aunque se aplique la legislación militar específicamente en relación con la Constitución de 1988, llegamos a la conclusión de que se trata de una situación que transgrede principios constitucionales (igualdad y libertad) cuando se moviliza en el ámbito pedagógico-militar.

## Palabras clave

Militar estatal; Formación pedagógica; Prisión pedagógica.

## Índice

1. Introducción. 2. De la constitución a la “infrajuridicidad” de los mecanismos disciplinarios en los cuarteles militares. 3. Comprender la prisión pedagógico-disciplinaria en la formación profesional de militares estatales y sus consecuencias. 4. Opiniones sobre la ADIN 6595 y las paradojas de su (in)constitucionalidad. 5. Consideraciones finales.

## 1. Introdução

Pensar nas questões que envolvem o Direito Militar, entendendo-se este como um ramo jurídico que abarca desde o Direito Penal e Processual Penal Militar até o Direito Administrativo Militar, é refletir também sobre o conservadorismo que o delimita. Isso enseja a necessidade de mudanças que modernizem os preceitos jurídicos que alicerçam a vida nas casernas de modo geral. Basta-nos um olhar atento sobre as práticas jurídicas militares para enxergarmos um modelo de subsunção das leis penais castrenses, que, em meio a um conjunto normativo-jurídico desatualizado, se contrapõe às inovações interpretativas alcançadas pela Carta Magna de 1988.<sup>5</sup> Assim, vê-se que o Direito Castrense “não conseguiu alcançar um

<sup>5</sup> SILVA, Pedro Castro da. A liberdade provisória com fiança nos crimes militares: releitura a partir de novos valores constitucionais e da Lei 13.491/2017. *JUS.com.br*, 27 dez. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/95592/a-liberdade-provisoria-com-fianca-nos-crimes-militares>. Acesso em: 14 abr. 2023.

processo de constitucionalização de suas normas. A verdade é que pouco se discute sobre a constitucionalização do Direito Militar, considerando-se mais cômodo a manutenção das normas sempre as considerando um ramo excepcional<sup>6</sup>.

É por esse foco que nosso objetivo é refletir sobre uma *nuance* específica da formação dos militares estaduais que aqui chamamos de “prisão pedagógica”. Esta se caracteriza pelo cerceamento da liberdade de alunos quando praticam desvios de conduta, de acordo com as regras militares culturalmente aprendidas nos quartéis, durante a formação pedagógico-profissional, o que nos leva a indagar: a imposição do não direito de ir e vir aos alunos PMs e BMs nas formações castrenses como forma de correção pedagógica fere o princípio constitucional da liberdade de locomoção?

Para responder tal indagação, realizamos uma pesquisa qualitativa, tendo em vista que nossa perspectiva está centrada na análise de instrumentos que deixam de ser vistos como um fim em si mesmos para se tornarem uma ferramenta na busca de sentidos presentes em materiais que foram resultado de processos sociais, como documentos jurídicos e institucionais.<sup>7</sup> Além disso, ao analisarmos a ADI 6.595<sup>8</sup>, a qual torna sem efeito norma federal que proibia a prisão disciplinar de PMs e BMs sob determinado recorte, realizamos uma pesquisa documental baseada em um olhar compreensivo-interpretativo sobre documentos que sofreram um tratamento analítico sistematizado em consonância com o viés qualitativo.<sup>9</sup>

Inicialmente, analisamos a relação entre os fragmentos constitucionais relativos aos militares, o Direito Militar aplicado aos militares estaduais como um todo e os mecanismos “infrajurídicos”<sup>10</sup> que o condicionam. Em sequência, nosso olhar volta-se para o mecanismo pedagógico da licença cassada e seus desdobramentos para, por fim, analisarmos a ADI 6.595, mostrando, ao contrário do que pontua a Corte Suprema brasileira, que a procedência de seu conteúdo fere

<sup>6</sup> SILVA, Pedro Castro da. **A liberdade provisória com fiança nos crimes militares**: releitura a partir de novos valores constitucionais e da Lei 13.491/2017. Online.

<sup>7</sup> MINAYO, Maria Cecília de Souza; DESLANDES, Suely Ferreira; GOMES, Romeu. **Pesquisa social**: teoria, método e criatividade. Petrópolis: Vozes, 2016.

<sup>8</sup> STF, ADIN 6595, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 23 maio 2022.

<sup>9</sup> GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002.

<sup>10</sup> FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonade, 2002; FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história das violências nas prisões. Rio de Janeiro: Vozes, 1987; FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

princípios constitucionais ou que poderia ter havido outro desfecho, se levássemos em consideração o debate sobre o controle de convencionalidade e seu alcance<sup>11</sup>, o que acaba se desdobrando para a lógica da prisão pedagógica.

## 2. Da Constituição à “infrajuridicidade” dos mecanismos disciplinares nas casernas militares

A Justiça Penal Militar surgiu tendo como parâmetro a sua aplicabilidade às Forças Armadas<sup>12</sup>. Historicamente falando<sup>13</sup>, desde a criação de nossas primeiras instituições públicas na seara castrense a partir de 1808, com a chegada da família real portuguesa, diversas legislações foram reformuladas no campo penal militar, o que demonstra a dificuldade dos códigos jurídicos que acompanharam as Forças Armadas em nosso país no trato das situações que caracterizam o crime militar<sup>14</sup>. A atual legislação penal utilizada para regular as condutas ilícitas praticadas pelos membros das Forças Armadas é o Código Penal Militar (CPM), aprovado mediante o Decreto-Lei nº 1.001, juntamente com o Código de Processo Penal Militar (CPPM), ou Decreto-Lei nº 1.002<sup>15</sup>, ambos de 21 de outubro de 1969, que passaram a ter validade durante o período ditatorial. Eles são reconhecidos como legislações especiais, visto que sua legalidade está expressa na Constituição Federal de 1988 (CF), que dispõe, em seu art. 124, que “à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei”<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno**: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes. 2008. 265 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/132783/000680945.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 abr. 2023.

<sup>12</sup> CORRÊA, Univaldo. **A justiça militar e a Constituição de 1988**: uma visão crítica. 1991. 526 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1991. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106320>. Acesso em: 13 abr. 2023.

<sup>13</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da. **Crime militar**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

<sup>14</sup> GOULART, Henny. Crime militar. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 68, n. 1, p. 311-318, 1973. Disponível em: <https://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/66701>. Acesso em: 13 abr. 2023.

<sup>15</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969**. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1002.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm). Acesso em: 14 jul. 2022.

<sup>16</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 jul. 2022.

Se o princípio da legalidade define a legitimidade de tribunais e códigos específicos para processar, julgar e punir os militares da União, temos condição similar quanto às polícias militares (PMs) e bombeiros militares (BMs). De acordo com a CF de 1988, em seu art. 125, § 4º, é de competência da Justiça Militar estadual o processamento e julgamento dos militares estaduais, “nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente<sup>17</sup> dos oficiais e da graduação das praças<sup>18</sup>”.

Como instituições estatais, as PMs e os BMs, por conclusão óbvia, também são militarizados. A Emenda Constitucional nº 18, de 5 de fevereiro de 1998, ao dar nova redação ao art. 42 da Carta Magna de 1988, passou a destacar que PMs e BMs são “instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, *são militares dos Estados*, do Distrito Federal e dos Territórios”<sup>19</sup>. Logo, desde o período de exceção (1964-1985) e com ratificação na Carta Constitucional de 1988, as PMs e os BMs estão orientados pela “instrução militar, regulamento militar, justiça militar”<sup>20</sup>, mas com a distinção, a partir da citada Emenda, de que, em nível estadual, temos os militares estaduais e, na esfera da União, temos simplesmente militares, conforme o art. 142, § 3º, da CF de 1988. Vê-se, então, que, ao contrário de uma “classe de *servidores militares*, federais e estaduais, há que se distinguir duas classes de militares, os propriamente ditos, que são os membros das Forças Armadas, e os *militares dos estados*, que são os policiais e bombeiros militares. Sutil, mas profunda mudança”<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> Oficiais e praças são os dois quadros hierárquicos que compõem a estrutura organizativa das PMs e dos BMs como modelo herdado do Exército, ou melhor, “Oficiais e Praças são princípios de divisão que produzem visões específicas no interior da organização: de um lado, estão os comandantes e, de outro, os subordinados respectivamente, as ‘cabeças pensantes’ da corporação e a tropa”. SÁ, Leonardo Damasceno de. **Os filhos do Estado**: auto-imagem e disciplina na formação dos oficiais da Polícia Militar do Estado do Ceará. Rio de Janeiro: RelumeDumará: Núcleo de Antropologia da Política/UFRJ, 2002. p. 30. Disponível em: [http://nuap.etc.br/wp-content/uploads/2020/05/filhos\\_do\\_estado.pdf](http://nuap.etc.br/wp-content/uploads/2020/05/filhos_do_estado.pdf). Acesso em: 14 abr. 2023.

<sup>18</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Online. Ver BRASIL. **Lei nº 9.299**, de 7 de agosto de 1996, Art. 2º, § 2º. Brasília: Presidência da República, 1996. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19299.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19299.htm). Acesso em: 4 nov. 2022.

<sup>19</sup> BRASIL. Emenda Constitucional nº 18, de 5 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre o regime constitucional dos militares**. Brasília: Presidência da República, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc18.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc18.htm). Acesso em: 4 nov. 2022.(grifo nosso)

<sup>20</sup> ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988 In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (org.). **O que resta da ditadura**. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 53.

<sup>21</sup> BORTOLLI, Clauro Roberto de. Crimes envolvendo militares e militares estaduais entre si: qual a Justiça competente? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 35, n. 139, p. 158, jul./set. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/397/r139-%202013.pdf?sequence=4>. Acesso em: 1 set. 2017. (grifo do autor)

Essa distinção torna-se pertinente para dirimirem-se conflitos de competência no julgamento de fatos jurídicos que envolvam militares federais e estaduais no cometimento de crimes militares uns contra os outros, em situação de atividade.<sup>22</sup>

Nota-se, portanto, que a vida militar é regida pela aplicabilidade de códigos jurídicos e regulamentos específicos que orientam a conduta dos militares. A CF de 1988 dispõe, em seu art. 5º, inciso LXI, que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de *transgressão militar* ou *crime propriamente militar*, definidos em lei”<sup>23</sup>. No entanto, levando-se em consideração o dispositivo constitucional, apenas mediante lei as transgressões militares podem ser regulamentadas. Isso nos indica que, se os Regulamentos Disciplinares (RDs) têm o poder de dispor sobre a liberdade dos militares (incluídos os PMs e BMs), devemos observar que esse cerceamento da liberdade é um recurso considerado como uma *ultima ratio* pela doutrina, mas tem sido implementado na esfera administrativa militar por meio de decretos, pela ausência do caráter constitucional subsidiado pelo processo legislativo<sup>24</sup>. Como exemplo, o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar da Paraíba é regido pelo Decreto nº 8.962, de 11 de março de 1981.<sup>25</sup> De igual modo, desde a criação da Polícia Militar do Tocantins, em 1989, “todo o ordenamento jurídico no qual norteava as sanções administrativas em desfavor dos policiais militares transgressores possuía como referência um Decreto, ato unilateral do Chefe do Poder Executivo, razão de extensos questionamentos na esfera judicial”.<sup>26</sup>

Nesse caso, as transgressões militares ou disciplinares são matéria dos RDs, que incidem sobre o comportamento dos militares quando a disciplina e a hierarquia militar passam a ser afetadas. Já os crimes militares encontram sua

<sup>22</sup> BARBOZA, Anderson Duarte; FRANÇA, Fábio Gomes de. A lei, a norma e os militares estaduais. In: SILVA, Susi Castro (org.). **Direito militar**: memória e propostas de trabalho. Fortaleza: Boulesis, 2017.

<sup>23</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Online. (grifo nosso)

<sup>24</sup> CASTRO, Ewerton Ribeiro. O atraso das normas e regulamentos disciplinares militares. **JusBrasil**, [2022]. Disponível em: <https://rcaastroewerton.jusbrasil.com.br/artigos/1420109233/o-atraso-das-normas-e-regulamentos-disciplinares-militares>. Acesso em: 11 jul. 2022.

<sup>25</sup> PARAÍBA. Decreto nº 8.962, de 11 de março de 1981. Dispõe sobre o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado da Paraíba e dá outras providências. **Polícia Militar da Paraíba**, João Pessoa, [1981]. Disponível em: [https://www.pm.pb.gov.br/arquivos/legislacao/Leis\\_Ordinarias/1981\\_DISPOE\\_SOBRE\\_O\\_REGULAMENTO\\_DISCIPLINAR\\_DA\\_POLICIA\\_MILITAR\\_DA\\_PARAIBA.pdf](https://www.pm.pb.gov.br/arquivos/legislacao/Leis_Ordinarias/1981_DISPOE_SOBRE_O_REGULAMENTO_DISCIPLINAR_DA_POLICIA_MILITAR_DA_PARAIBA.pdf). Acesso em: 4 nov. 2022.

<sup>26</sup> NASCIMENTO, João Leyde de Souza; CARNEIRO, Leonardo de Andrade. Extinção da detenção e da prisão administrativa como forma de punição disciplinar no âmbito da Polícia Militar do Estado do Tocantins: reflexões jurídicas. **International Journal of Development Research**, v. 10, n. 10, p., p. 41168, Oct. 2020. Disponível em: <https://www.journalijdr.com/sites/default/files/issue-pdf/20258.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2022.

tipificação no CPM, o qual regula a ação ou omissão configuradas como ilícitos penais no campo militar. Em ambas as situações, tanto os RDs quanto o CPM são os mesmos para as Forças Armadas e as Forças Militares Estaduais. E embora as polícias militares estaduais estejam passando a adotar códigos de ética em substituição aos RDs, ainda assim, a força cultural organizativa do Exército permanece vigente, tendo em vista que não houve a desmilitarização dessas instituições.<sup>27</sup> O conceito de transgressão disciplinar ou militar está disposto no RDE e foi adaptado para todas as PMs e os BMs no Brasil, de modo que trata, de acordo com o Cap. 2º, Seção I, art. 14, do RDE, de “toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe”<sup>28</sup>. Isso significa dizer que os princípios ético-institucionais a serem tratados e julgados a partir do que dispõe o conceito de transgressão disciplinar incidem na utilização, por parte de quem julgar tais transgressões, da “Cláusula de reserva discricionária da Autoridade Militar”, o que se aplica, inclusive, ao cerceamento da liberdade. No entanto, tal Cláusula incorre em condição que fere a Carta Magna, por romper os princípios constitucionais da igualdade e liberdade dispostos no art. 5º, tendo em vista o princípio da irretroatividade da lei penal, já que a lei precisa se antecipar, inclusive em relação à cominação da pena, para haver responsabilidade penal.<sup>29</sup> Do contrário, a discricionariedade da Autoridade Militar se traduz em uma invenção punitiva ao bel prazer do julgador militar. Estamos diante de uma indefinição normativa<sup>30</sup>, de modo que, “salvo exceções, a gravidade das faltas disciplinares, em sua maioria fatos não criminais, fica ao sabor do juízo do superior hierárquico, que, de acordo com o seu julgamento e conveniência, aplica uma sanção”.<sup>31</sup>

Diante da ausência de mecanismos que garantam e protejam os direitos dos militares estaduais, o que remete de pronto aos direitos humanos, o sentimento dos PMs, em relação aos códigos disciplinares, é de que eles parecem funcionar de

<sup>27</sup> Reflexão obtida em conversa com o Tenente-Coronel Simão, da Polícia Militar da Paraíba, em 15/03/2023.

<sup>28</sup> BRASIL. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002. Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4346.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm). Acesso em: 4 nov. 2022.

<sup>29</sup> CASTRO, Ewerton Ribeiro. O atraso das normas e regulamentos disciplinares militares. Online.

<sup>30</sup> MUNIZ, Jacqueline. Direitos humanos na polícia. In: LIMA, Renato Sérgio de; PAULA, Liana de (org.). **Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo seu papel?** São Paulo: Contexto, 2008. p. 65-76.

<sup>31</sup> MUNIZ, Jacqueline. Direitos humanos na polícia. In: LIMA, Renato Sérgio de; PAULA, Liana de (org.). **Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo seu papel?** p. 66.

forma desproporcional diante dos deveres que a profissão PM requer.<sup>32</sup> No entanto, devemos levantar a ressalva de que, provavelmente, quando se aduz aos sentimentos de inconformidade dos PMs, temos de refletir sob uma perspectiva não generalista, porque tais sensações se encontram em lados opostos para os oficiais (os que punem) e os praças (que geralmente sofrem as punições), apesar de que os oficiais também podem sofrer punições, mas isso ocorre em menor escala.

De todo modo, o alcance dos RDs nas PMs e nos BMs – os quais, quando aplicados por meio de sanções, objetivam o fortalecimento da hierarquia e disciplina – revela uma série de possibilidades punitivas, que vão de “dívidas pendentes” a “problemas conjugais”. Ademais, as sanções disciplinares baseadas em uma “indefinição normativa” conjugam desde o poder discricionário de quem emite a punição como recurso dotado de certa perversidade, em uma espécie de “mandonismo”, até o corporativismo, quando os benquistos são beneficiados com privilégios comuns à classe policial militar na relação entre superiores e subordinados.<sup>33</sup> De maneira mais clara, quando uma política interna de “favores” é adotada, permitem-se arranjos informais em meio à burocracia hierarquizada entre militares do Exército brasileiro.<sup>34</sup>

Essa problemática envolvendo a constitucionalização do Direito Militar e a manutenção das normas castrenses sob um ponto de vista da excepcionalidade parece colocar tais normas em um nível “infrajurídico”<sup>35</sup>, o que nos leva ao encontro da perspectiva foucaultiana em certo sentido e à dinâmica de processos normalizadores, que se assentam nos subsolos do Direito normativo. Devemos entender por processos normalizadores aqueles que fazem com que regras de Direito e relações de poder produzam discursos de verdade sobre os indivíduos<sup>36</sup>, o que significa que as regras jurídicas cedem espaço para o fortalecimento de mecanismos disciplinares que funcionam condicionando a existência da própria lei.

---

<sup>32</sup> MUNIZ, Jacqueline. Direitos humanos na polícia In: LIMA, Renato Sérgio de; PAULA, Liana de (org.). **Segurança pública e violência**: o Estado está cumprindo seu papel?

<sup>33</sup> MUNIZ, Jacqueline. Direitos humanos na polícia. In: LIMA, Renato Sérgio de; PAULA, Liana de (org.). **Segurança pública e violência**: o Estado está cumprindo seu papel? .p. 66.

<sup>34</sup> LEIRNER, Piero de Camargo. **Meia-volta volver**: um estudo antropológico sobre a hierarquia militar. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

<sup>35</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história das violências nas prisões.

<sup>36</sup> FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**; FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história das violências nas prisões.

Na essência de todos os sistemas disciplinares, funciona um pequeno mecanismo penal. É beneficiado por uma espécie de privilégio de justiça, com suas leis próprias, seus delitos especificados, suas formas particulares de sanção, suas instâncias de julgamento. As disciplinas estabelecem uma “infrapenalidade”; quadriculam um espaço deixado vazio pelas leis.<sup>37</sup>

A partir desse “espaço deixado vazio pelas leis” é que as LCs surgem como mecanismos infrajurídicos<sup>38</sup>, haja vista que elas são utilizadas como formas de sanção na formação pedagógica dos militares estaduais. Como um artifício infra-jurídico, nas LCs temos a suspensão da liberdade dos alunos PMs e BMs durante o período de formação pedagógico-profissional. O que entra em jogo, mobilizado pela instância infrajurídica militar estadual, é o combate ao desrespeito à lógica disciplinar e ao seu funcionamento, como exercício pedagógico de obediência à autoridade, ao mesmo tempo em que o uso dos mecanismos disciplinares por meio das LCs fere princípios constitucionais devido à sua utilização.

Nesse ponto, cabe-nos uma explicação em relação ao sentido de norma por nós abordado, pois a norma disciplinar não se confunde com a norma jurídica. Primeiramente sobre esta última, ela, como sendo o próprio Direito, se caracteriza como uma sanção externa e institucionalizada que funciona com base em um ordenamento jurídico.<sup>39</sup> Nesse sentido, a norma jurídica opera como regras de conduta. Por outro lado, a norma disciplinar também funciona determinando regras de conduta, porém,

A sanção normalizadora funciona como um dos três instrumentos do poder disciplinar que passam a regular de forma normalizadora a conduta dos indivíduos nas instituições. Como a disciplina vincula-se a uma técnica de ordenação dos corpos e atitudes, todas as ações e omissões que quebrem as regras disciplinares devem ser penalizadas. Cada instituição preocupa-se em organizar seu próprio tribunal para regular e gerenciar o controle efetivo dos indivíduos de modo que, aos que não obedecem, são aplicadas sanções, como dito. Aos que não ferem as regras impostas, são oferecidas recompensas em um jogo

<sup>37</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história das violências nas prisões. p. 149.

<sup>38</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história das violências nas prisões.

<sup>39</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2001.

pendular que faz o olhar panóptico estar presente em todos os instantes que cercam a vida do mundo disciplinar. A regulação de si mesmo passa a acompanhar a vida centrada na disciplina e mesmo que o Direito não normatize de maneira direta essas instituições, ele possibilita essa normatização utilizando regulamentos, decretos, portarias, enfim, por meio de variados documentos, realiza o acompanhamento individual de cada um fazendo com que essas regras escritas tenham valor de lei no processo normalizador.<sup>40</sup>

Em síntese, pela ótica foucaultiana, as regras do Direito são normatizadoras, enquanto as regras disciplinares são normalizadoras, já que localizam os indivíduos na fronteira entre o normal (o indivíduo que respeita as regras e obedece aos regulamentos) e o anormal (aquele(a) que transgride as determinações institucionais).<sup>41</sup> É essa fronteira entre normalidade e anormalidade disciplinar-institucional que passamos a compreender adiante e como a prisão pedagógica está inserida nesse contexto.

### 3. Compreendendo a prisão pedagógico-disciplinar na formação profissional dos militares estaduais e seus desdobramentos

Sabemos que assumir a profissão militar, em qualquer uma de suas instâncias institucionais, é aprender a obedecer a rígidos regulamentos baseados nos pilares da hierarquia e disciplina. Isso se traduz, por exemplo, em seguir preceitos legais como a proibição de realizar greves para lutar por melhorias trabalhistas ou de desobedecer às ordens dos superiores hierárquicos, ainda que verbais. Dependendo do contexto, a quebra de algum preceito disciplinar redundará, como já dito, em uma transgressão disciplinar ou em crime militar. No entanto, encontramos, no art. 19 do CPM, que “este Código não compreende as infrações dos regulamentos disciplinares”<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> FRANÇA, Fábio Gomes de; DUARTE, Anderson; ALVES, Geni Francinelle. Lei sob a norma: o saber jurídico e os processos normalizadores nas auditorias de justiça militar estadual. *Revista de Ciências Sociais: política e trabalho*, v. 1, n. 46, p. 71-92, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/politicaetrabalho/article/view/32637>. Acesso em: 16 jul. 2022.

<sup>41</sup> FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o direito*.

<sup>42</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Brasília: Presidência da República, [2017]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm). Acesso em: 4 nov. 2022.

Assim, por mais que a prática dos crimes militares e das transgressões militares constitua violações aos ordenamentos jurídicos castrenses, os primeiros dizem respeito a fato típico, antijurídico e culpável, obedecendo ao critério *ratione legis*, ou seja, assegura-se sua legitimidade pela existência do CPM. Já as transgressões disciplinares ferem, quando praticadas, o dever militar, mas não constituem crime, e sim sanções disciplinares, por serem reguladas no campo do Direito Administrativo Militar. Disso resulta que “ambos institutos são decorrentes de conduta humana ilícita pelo descumprimento de uma norma, diferindo-se no seu conteúdo e em grau de importância. A punição da transgressão é de caráter preventivo, tendo assim a intenção de prevenir o acontecimento do crime militar”.<sup>43</sup>

É importante suscitar que a transgressão disciplinar militar é qualquer ato ou circunstância que contrarie ou afronte o dever militar. Já o crime militar é a ofensa em grau mais elevado, também em relação ao dever militar. Assim, observa-se que a conduta infratora do dever militar, em geral, é a mesma. Somente de acordo com o caso concreto poderá ser determinado se ocorreu uma transgressão disciplinar ou um crime militar. No mais, vale lembrar que em certos casos poderá ocorrer a determinação dos dois institutos, coincidentemente, devido ao mesmo delito praticado.<sup>44</sup>

O que observamos, na verdade, é que definir crime ou transgressão, por mais que existam códigos e regulamentos específicos para este intento, depende de como a ação ou omissão será julgada na esfera militar, “de acordo com o caso concreto”. Um exemplo típico é a composição dos Conselhos Permanentes e Especiais de Justiça nas Varas de Justiça Militar Estadual, nos quais os oficiais não precisam ser bacharéis em Direito para atuar como juízes. O que prevalece nos julgamentos é a lógica do saber prático ou aquele de proteção da ética disciplinar-militar, ou seja, “o direito se assoma carregado de intencionalidades discursivas, resultado direto da atuação do poder disciplinar”.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> PAIOLA, Renan Francisco. Crime militar e transgressão militar no âmbito federal. **Regrad**: revista eletrônica de graduação do UNIVEM, Marília, SP, v. 2, n. 1, p. 124, 2009. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/REGRAD/article/view/173/193>. Acesso em: 14 abr. 2023.

<sup>44</sup> PAIOLA, Renan Francisco. Crime militar e transgressão militar no âmbito federal. **Regrad**, p. 124.

<sup>45</sup> LOURENÇO, Frederico Ricardo de Ribeiro e. **Poder e norma**: Michel Foucault e a aplicação do direito. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009. p. 12.

Se uma viatura policial levou tiros em frente a algum lugar que isto costuma acontecer os Juízes Militares vão tentar entender o que levou o policial àquele local; se abandonou o posto dizendo “ter ido tomar café”, tentarão saber se aquele policial não costumava sair de seu local de serviço para “ingerir algum tipo de bebida alcoólica”. Este conhecimento prático tem influência direta na decisão destes juízes e no julgamento que fazem do policial acusado.<sup>46</sup>

Na Paraíba, por exemplo, foi aprovado o Decreto estadual nº 36.924, de 21 de setembro de 2016<sup>47</sup>, que extinguiu a prisão disciplinar, comumente conhecida como prisão administrativa, na seara militar. Em vez de cumprir tal modelo de prisão, os PMs e BMs têm apenas a punição computada em ficha funcional, mas fica proibido o cumprimento com o cerceamento da liberdade. Isso porque a prisão administrativa está definida nos RDs das PMs e dos BMs em todo o País e pode ser aplicada de acordo com o grau conferido à transgressão disciplinar cometida.

Com a procedência do Decreto do Estado da Paraíba antes mencionado, ficou em suspenso se ele seria aplicado às punições escolares nos cursos de formação para PMs e BMs. Nos cursos de formação de militares estaduais, os alunos também são submetidos a tribunais “infrajurídicos”<sup>48</sup>, nos quais as faltas disciplinares são avaliadas durante a vigência dos cursos, sofrendo, também, gradações sucessivas, de acordo com o grau de gravidade observada. Essas punições disciplinar-escolares dizem respeito a “toda uma micropenalidade do tempo (atrasos, ausências), da atividade (desatenção, falta de zelo), da maneira de ser (grosseria, desobediência), dos discursos (tagarelice, insolência), do corpo (gestos não conformes, sujeira), da sexualidade (imodéstia, indecência)”<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> SILVA, Sabrina Souza da. **Todos são culpados?:** uma etnografia na Auditoria de Justiça Militar do Estado do Rio de Janeiro. 2013. 208 f. Dissertação (Doutorado em Antropologia) – Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, Universidade Federal Fluminense, Niterói. 2013. p. 102. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/6263/Sabrina-Souza-da-Silva.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 abr. 2023.

<sup>47</sup> PARAÍBA Decreto nº 36.924, de 21 de setembro de 2016. Veda o cumprimento de punição disciplinar com cerceamento da liberdade no âmbito da Polícia Militar da Paraíba. **Diário Oficial do Estado da Paraíba**, João Pessoa, n. 16.213, p. 1, 22 set. 2016. Disponível em: <http://static.paraiba.pb.gov.br/2016/09/Diario-Oficial-22-09-2016.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2023.

<sup>48</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** história das violências nas prisões.

<sup>49</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** história das violências nas prisões. p. 149.

De acordo com o conjunto de faltas que podem ser observadas pelos superiores hierárquicos nos cursos para os militares estaduais<sup>50</sup>, os alunos podem ser punidos com uma advertência, a revista do recolher, o pernoite ou a licença casada.<sup>51</sup> A advertência é uma observação que alerta o aluno para que não cometa o mesmo erro novamente. A revista do recolher obriga o aluno a se apresentar ao oficial de dia responsável pelo quartel de formação em seu serviço ordinário (um tenente) às 20h45, antes que todos no quartel se recolham para pernoitar, sendo depois liberado e podendo sair do quartel. O pernoite é o cerceamento da liberdade, o qual obriga o aluno a permanecer no quartel, também após apresentar-se para o oficial de dia na revista do recolher. Por fim, as LCs dizem respeito ao cerceamento da liberdade do aluno durante o final de semana, o qual terá que permanecer no quartel até ser liberado na segunda-feira, a partir da parada matinal<sup>52</sup>, ou até uma quantidade de dias determinada, de acordo com a apreciação de quem expedir a punição.<sup>53</sup>

O pernoite e as LCs são expedientes disciplinares usados com a justificativa de corrigir comportamentos e de ensinar os alunos PMs e BMs a serem militares exemplares. Em nível jurídico, nunca foram questionados, mas são prerrogativas claras do mundo das casernas que ferem princípios constitucionais, ao proibirem a liberdade de locomoção dos indivíduos sem que seja dada a possibilidade de defesa prévia legalmente prescrita, pois são um recurso pedagógico. Mesmo que aqui estejamos usando o termo “prisão pedagógica” para analisar a LC, na verdade, ela funciona com a proibição do(a) aluno(a) de se ausentar, sem ordem prescrita de um superior hierárquico, das dependências físicas do quartel de formação, o que não significa que o(a) aluno(a) ficará preso(a) em uma cela com grades. Mas isso não impede que, dependendo do caso, um superior hierárquico possa determinar que o aluno cumpra a LC tendo que se restringir a ficar retido em um alojamento, por exemplo.

Vê-se, pois, que a longa cadeia que permeia o mundo disciplinar da vida castrense vai desde as faltas escolares, passa pelas transgressões disciplinares até

---

<sup>50</sup> BEM, Arim Soares do; SANTOS, Sidcley da Silva. Entre a tradição e a inovação: a matriz curricular nacional e a formação policial em Alagoas. **Dilemas**: revista de estudos de conflito e controle social, v. 9, n. 3, p. 481-504, set./dez. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7740>. Acesso em: 1 set. 2017.

<sup>51</sup> No Rio de Janeiro, o termo utilizado é licenciamento sustado.

<sup>52</sup> Momento no qual os alunos militares estaduais são reunidos em uma solenidade militar diária, nas primeiras horas da manhã, no quartel de formação, para demarcar o início das atividades cotidianas de ensino.

<sup>53</sup> BEM, Arim Soares do; SANTOS, Sidcley da Silva. Entre a tradição e a inovação: a matriz curricular nacional e a formação policial em Alagoas. **Dilemas**: revista de estudos de conflito e controle social.

chegar aos crimes militares, de forma que, em todos os casos, a relação entre a gravidade do fato e a interpretação do superior hierárquico é que define em qual escala valorativa será imputada a sanção ao militar. Um pesquisador da formação PM no Rio de Janeiro nos expõe suas impressões sobre o licenciamento sustado e a gradação punitiva nas casernas:

As punições do RDPM<sup>54</sup> têm como alvo originário a PMERJ<sup>55</sup>, só sendo aplicadas na APM<sup>56</sup> em casos específicos, já que as chamadas “faltas de aluno” requerem punições mais brandas, como o *Licenciamento Sustado que cerceia o cadete de sua liberdade de fim de semana e que existe apenas nas Unidades de Ensino*. Apesar de esse tipo de sanção mais branda estar prevista nas NGA<sup>57</sup>, observei que estas não definiam claramente em que situação tal sanção deveria ser aplicada, o que me levou a concluir que seu uso dependia de uma interpretação daquelas regras de procedimento estabelecidas nas notas instrutivas conforme a sensibilidade moral de quem as aplicasse no momento.<sup>58</sup>

O que se mostra problemático é que o recurso pedagógico da LC é utilizado para ensinar aos alunos militares estaduais que, desde a formação profissional, é necessário aprender a lógica da obediência e a resignação diante dos regulamentos castrenses. E o cerceamento da liberdade é um mecanismo eficaz nesse sentido, já que o medo imposto aos alunos, para que eles não queiram ficar punidos, especialmente durante o final de semana, cria a sensação constante de vigilância e autopoliciamento para que faltas não sejam cometidas<sup>59</sup>, afinal, como sentenciar o poeta: “fomos educados para o medo”<sup>60</sup>, expressão essa que bem se adapta aos

<sup>54</sup> Regulamento Disciplinar da Polícia Militar.

<sup>55</sup> Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>56</sup> Academia de Polícia Militar.

<sup>57</sup> As Normas Gerais de Ação ou NGAs “têm o objetivo de regular a rotina e as atividades coletivas internas. Como uma unidade militar, a APM também possui suas NGA regulando condutas cotidianas, dentro das quais há normas específicas para o Corpo de Alunos”. Ver em: SILVA, Robson Rodrigues da. **Entre a caserna e a rua: o dilema do “pato”: uma análise antropológica da instituição policial militar a partir da Academia de Polícia Militar D. João VI**. Niterói: EDUFF, 2011. p. 140-141 (grifo nosso). Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/9474/ROBSON-RODRIGUES-DA-SILVA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 abr. 2023.

<sup>58</sup> SILVA, Robson Rodrigues da. **Entre a caserna e a rua: o dilema do “pato”: uma análise antropológica da instituição policial militar a partir da Academia de Polícia Militar D. João VI**. p. 140-141.

<sup>59</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história das violências nas prisões**.

<sup>60</sup> ANDRADE, Carlos Drummond de. **A rosa do povo**. Rio de Janeiro: Record, 2000.

alunos militares estaduais. De forma hipotética, caso ocorra de um(a) aluno(a) ser considerado(a) indisciplinado(a), ele(ela) pode ser recorrentemente punido(a) com a licença cassada, criando-se uma “prisão pedagógica” constante e cerceando seu direito de locomoção, que fica restrito aos ambientes do quartel de formação.

Para fortalecer punições escolares como as LCs, existe a condição de que os alunos podem ser punidos por outros alunos nos cursos para oficiais, já que existe precedência hierárquica entre eles (alunos do 3º ano de curso, por exemplo, podem punir os do 1º e 2º anos, pois, geralmente, os cursos para oficiais PMs e BMs duram três anos, fazendo com que quanto mais avançado o ano, mais antigo na hierarquia o aluno seja considerado).<sup>61</sup> A vigilância dos oficiais que participam da formação profissional também é algo constante. Pelo modo de vigilância empregado por oficiais e alunos “mais antigos” na hierarquia escolar dos militares estaduais, não são raras as rixas pessoais entre os alunos e entre os oficiais e os alunos, o que torna as relações disciplinares entre os militares um modelo de dominação por meio de desafetos e perseguições por parte de superiores hierárquicos contra os subordinados.<sup>62</sup> A rígida relação entre quem manda e quem obedece, nos cursos de formação dos militares estaduais, é um instrumento que, desde cedo, ensina os futuros profissionais que a liberdade é um bem “raptado” pela instituição e isso não deve ser questionado. Na verdade,

Não há uma definição prévia do que sejam as “faltas de cadete<sup>63</sup>” *puníveis com “LS”*; as NGA só falam muito rapidamente em sua possibilidade. Na verdade, se o LS estivesse numa dimensão jurídica, certamente feriria um princípio clássico do direito penal moderno: o da anterioridade, que veda a pena sem prévia definição legal.<sup>64</sup> Mas como não está, tanto o enquadramento do fato como uma “alteração”, quanto a aplicação da respectiva punição, são frutos de

---

<sup>61</sup> SILVA, Robson Rodrigues da. **Entre a caserna e a rua**: o dilema do “pato”: uma análise antropológica da instituição policial militar a partir da Academia de Polícia Militar D. João VI.

<sup>62</sup> SILVA, Robson Rodrigues da. **Entre a caserna e a rua**: o dilema do “pato”: uma análise antropológica da instituição policial militar a partir da Academia de Polícia Militar D. João VI.

<sup>63</sup> Cadete é o mesmo que aluno-oficial em qualquer formação militar.

<sup>64</sup> Essa observação na citação é um exemplo claro de como o princípio da igualdade é desrespeitado no fenômeno que analisamos sobre a prisão pedagógica de alunos militares estaduais, haja vista que, se as punições no âmbito pedagógico das casernas adquirem caráter sancionatório subjetivo, parece não existir penas vinculadas às respectivas sanções disciplinares, o que ocorre com qualquer cidadão que tenha que responder por uma infração cometida na conjuntura geral das normas jurídicas e administrativas em nosso país.

subjetividades: primeiro a de quem o observa e o anota, depois a do oficial que o julga.<sup>65</sup>

Alguns autores<sup>66</sup>, em pesquisas sobre a formação dos militares estaduais, com destaque maior para aquelas sobre os PMs, demonstram a existência da LC. No ano de 2014, alunos-oficiais da Bahia noticiaram na imprensa arbitrariedades e excessos que eram cometidos contra eles durante a formação pedagógico-profissional. Em um dos trechos da notícia, tem-se que, “no que tange ao excesso de carga

<sup>65</sup> SILVA, Robson Rodrigues da. **Entre a caserna e a rua**: o dilema do “pato”: uma análise antropológica da instituição policial militar a partir da Academia de Polícia Militar D. João VI. p. 197, grifo do autor.

<sup>66</sup> BEM, Arim Soares do; SANTOS, Sidley da Silva. Entre a tradição e a inovação: a matriz curricular nacional e a formação policial em Alagoas. **Dilemas**: revista de estudos de conflito e controle social; CERQUEIRA, Homero de George. **A disciplina militar em sala de aula**: a relação pedagógica em uma instituição formadora de oficiais da Polícia Militar do Estado de São Paulo. 2006. 230 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/9906/1/HOMERO%20DE%20GIORGE%20CERQUEIRA.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2022.; BARBOZA, Anderson Duarte; FRANÇA, Fábio Gomes de. A lei, a norma e os militares estaduais. In: SILVA, Susi Castro (org.). **Direito militar: memória e propostas de trabalho**; JACONDINO, Eduardo Nunes. **Poder/saber e corpo**: os regimes disciplinares e a construção microfísica da profissionalização da segurança pública. 2011. 585 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/39436>. Acesso em: 13 abr. 2023.; LEAL, Gabriel Rodrigues. **Currículo cultural**: uma autoetnografia na Academia de Polícia Militar Costa Verde. 2011. 152 f. Dissertação (Mestrado em Educação). – Instituto de Educação, Fundação Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, 2011. Disponível em: [https://ri.ufmt.br/bitstream/1/961/1/DISS\\_2011\\_%20Gabriel%20Rodrigues%20Leal.pdf](https://ri.ufmt.br/bitstream/1/961/1/DISS_2011_%20Gabriel%20Rodrigues%20Leal.pdf). Acesso em: 13 abr. 2023; MELO NETO, Marcelino Soares de. **Violência institucional na polícia militar da Bahia**: uma análise qualitativa. 2014. 205 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Centro de Artes, Humanidades e Letras, Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, Cachoeira, 2014. Disponível em: <https://www1.ufrb.edu.br/pgcienciasociais/dissertacoes-de-mestrado/category/18-2014?download=147:marcelino-soares-de-melo-neto>. Acesso em: 14 abr. 2023; SILVA, João Batista da. **A violência policial militar e o contexto da formação profissional: um estudo sobre a relação entre violência e educação no espaço da polícia militar do Rio Grande do Norte**. 2009. 128 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Centro de Ciências Sociais, Letras e Artes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2009. Disponível em: [https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/13568/1/Viol%c3%aanaciaPolicialMilitar\\_Silva\\_2009.pdf](https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/13568/1/Viol%c3%aanaciaPolicialMilitar_Silva_2009.pdf). Acesso em: 14 abr. 2023; SILVA, Robson Rodrigues da. **Entre a caserna e a rua**: o dilema do “pato”: uma análise antropológica da instituição policial militar a partir da Academia de Polícia Militar D. João VI; TOBIAS, Amanda Freitas dos Santos. **A (trans)formação de oficiais da polícia militar de Sergipe**. 2014. 127 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2014. Disponível em: [https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/4660/1/AMANDA\\_FREITAS\\_SANTOS\\_TOBIAS.pdf](https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/4660/1/AMANDA_FREITAS_SANTOS_TOBIAS.pdf). Acesso em: 14 abr. 2023. Mesmo dada a ausência de escritos sobre os BMs com o recorte específico que adotamos sobre a LC como prisão pedagógica no regime formativo castrense, ainda assim, as informações obtidas sobre as PMs nos permitem certo deslocamento que possibilita a compreensão do que ocorre nos BMs, tendo em vista o mesmo tipo de socialização profissional pautada na lógica militar em ambas as instituições. De qualquer modo, para um conhecimento de aspectos da formação de BM sem especificamente destacar o uso da LC, ver: FRANÇA, Fábio Gomes de; RIBEIRO, Luziana Ramalho. “Um bombeiro pede socorro!”: socialização, treinamento e sofrimento na formação do bombeiro militar. **Sociologias**, v. 21, n. 51, p. 212-241, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/sociologias/article/view/84492>. Acesso em: 21 dez. 2022; FRANÇA, Fábio Gomes de. Os “soldados do fogo”: um estudo sobre violência institucional na formação bombeiro militar. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, v. 26, n. 149, p. 419-453, nov. 2018; FRANÇA, Fábio Gomes de. A pedagogia do sofrimento em um acampamento bombeiro militar. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 92-107, 2022. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/1438>. Acesso em: 21 dez. 2022.

horária, há um serviço interno, que se estende noite afora, emendando-se com as aulas do dia seguinte, há cassação da licença de sair da APM aos fins de semana (verdadeira forma de prisão, cerceamento de liberdade).<sup>67</sup>

Em uma análise a partir das falas de tenentes do Estado de Sergipe que relataram suas experiências quando eram alunos-oficiais em outros Estados como Alagoas, Bahia, Paraíba, Goiás e Rio de Janeiro, já que não existe academia de formação em Sergipe, a presença da LC na formação profissional em vários Estados nos permite falar de certa generalização do fenômeno, pois

A cassação da licença durante os finais de semana ocorre de forma habitual no CFO. As mínimas falhas são registradas e punidas rigorosamente. E é muito difícil escapar das fiscalizações. São muitos olhos controlando todos os passos dos alunos. Os oficiais das academias não escondem que estão a todo momento procurando pelas falhas, para garantir que ninguém saia sem ter passado por essa experiência. *Ficar preso no quartel é algo que faz parte do cotidiano dos alunos. Todos sabem que se algo não sair exatamente do jeito que deve ser, perderão a oportunidade de gozar de liberdade no seu final de semana.*<sup>68</sup>

No que tange à liberdade de locomoção expressa no texto constitucional de 1988 como desdobramento do direito fundamental à liberdade, foi aprovado em 2019, em relação aos militares estaduais, o Projeto de Lei da Câmara (PLC) 148/2015, de autoria dos Deputados Federais Subtenentes Gonzaga (do PDT de Minas Gerais), Jorginho Mello (do PL de Santa Catarina) e outros, versando sobre a alteração do art. 18 do Decreto-Lei nº 667, de 2 de julho de 1969 (Lei de Reorganização das Polícias e Bombeiros Militares)<sup>69</sup>, que diz respeito à extinção da prisão disciplinar para os militares estaduais, do Distrito Federal e dos

<sup>67</sup> MELO NETO, Marcelino Soares de. **Violência institucional na polícia militar da Bahia**: uma análise qualitativa. 2014. 205 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Centro de Artes, Humanidades e Letras, Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, Cachoeira, 2014. p. 119. Disponível em: <https://www1.ufrb.edu.br/pgcienciassociais/dissertacoes-de-mestrado/category/18-2014?download=147:marcelino-soares-de-melo-neto>. Acesso em: 14 abr. 2023.

<sup>68</sup> TOBIAS, Amanda Freitas dos Santos. **A (trans)formação de oficiais da polícia militar de Sergipe**. p. 57-58. (grifo nosso)

<sup>69</sup> BRASIL. **Decreto nº 667, de 2 de julho de 1969**. Reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Território e do Distrito Federal, e dá outras providências.. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0667.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0667.htm). Acesso em: 14 abr. 2023.

Territórios, bem como estipula a criação de Códigos de Ética e Disciplina que substituam os RDs.

A partir do PLC 148/2015 foi aprovada a Lei nº 13.967, de 26 de dezembro de 2019, e o avanço alcançado, digamos assim, é que, além da menção à criação de códigos e conselhos de ética e disciplina, o texto normativo expressa que a regulamentação dos processos administrativos disciplinares (PADs) e as sanções disciplinares deles decorrentes devem obedecer, assim como o funcionamento dos referidos conselhos, aos seguintes princípios: “I – dignidade da pessoa humana; II – legalidade; III – presunção de inocência; IV – devido processo legal; V – contraditório e ampla defesa; VI – razoabilidade e proporcionalidade; VII – vedação de medida privativa e restritiva de liberdade”.<sup>70</sup>

Todavia, quando se fala de “vedação de medida restritiva de liberdade” em relação aos PADs, parece-nos que não há alcance ou menção à LC, visto se tratar de mecanismo pedagógico que escapa, em certo sentido, do conhecimento do legislador, tendo em vista que os PADS são procedimentos formais, ao contrário das LCs, que se mostram como resultado de ritos punitivos da cultura militar. Tal condição se evidencia quando os alunos militares estaduais precisam justificar-se pelos erros disciplinares cometidos, para tentar escapar das LCs, sendo inquiridos por coordenadores disciplinares ou pelo(a) chefe da disciplina nas formações pedagógicas castrenses em um rito conhecido como “a hora do pato”.

A jocosidade do termo anteriormente destacado revela o quanto esse tribunal pedagógico infrapenal<sup>71</sup> está envolto pela cultura da caserna de rituais punitivos<sup>72</sup>, em vez de ser alicerçado por regras jurídicas, ou melhor, ferindo o princípio da reserva legal.<sup>73</sup> A origem do termo, segundo uma explicação corrente,

<sup>70</sup> BRASIL. Lei nº 13.967, de 26 de dezembro de 2019. Altera o art. 18 do Decreto-Lei nº 667, de 2 de julho de 1969, para extinguir a pena de prisão disciplinar para as polícias militares e os corpos de bombeiros militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13967.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13967.htm). Acesso em: 14 abr. 2023.

<sup>71</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história das violências nas prisões.

<sup>72</sup> SILVA, Robson Rodrigues da. **Entre a caserna e a rua**: o dilema do “pato”: uma análise antropológica da instituição policial militar a partir da Academia de Polícia Militar D. João VI.

<sup>73</sup> O princípio da reserva legal assevera que qualquer infração penal só pode ser assim caracterizada com previsão em lei, de modo que não cabe ao Estado punir qualquer agente, caso sua conduta não seja ilegal. O princípio da reserva legal demanda que o conteúdo de determinadas matérias necessariamente precisa ser estatuído mediante lei formal, conforme regras que exijam o tratamento da matéria pelo crivo do Legislativo, o que nos parece ser o caso da licença cassada entre os alunos militares estaduais. Ver: MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

diz respeito à “hora em que o cadete é ouvido sobre alguma alteração dada. O nome deriva de antigo programa de rádio no qual os calouros eram eliminados ao som de um grasnado de pato”.<sup>74</sup> Esse ritual punitivo se refere a um “evento coletivo, cujo material cultural é passado de geração para geração no CFO<sup>75 e 76</sup>”. Em um vídeo de animação encontrado no Youtube<sup>77</sup> sobre “histórias de quartel”, temos uma noção precisa de como funciona a “hora do pato” nas instituições de formação pedagógico-militar:

Em uma sala, em seu birô está um Capitão do Exército que recebe um Soldado pra ser inquirido.

Capitão (mostrando postura rígida): “Então, você é um dos guerreiros que deram alteração<sup>78</sup> no serviço?”

Soldado (mostrando postura amedrontada): “Sim Senhor!”

Capitão: “O que você fez oh mocorongo?”<sup>79</sup>

Soldado: “Eu estava brincando com uns gatos na hora Capitão!”

Capitão: “Quantos gatos eram?”

Soldado: “Eram quatro gatos Capitão!”

Capitão: “Então, toma quatro dias de detenção pra deixar de ser mocorongo!”

Entra outro Soldado na sala.

---

<sup>74</sup> BENTO, Cláudio Moreira. Gírias de cadetes utilizadas na AMAN e o livro Vida de cadete do Cel João Bosco Camurça. **AHIMTB**, Resende, RJ, [2005]. p. 7. Disponível em: <http://www.ahimtb.org.br/GIRIAS%20DOS%20CADETES%20NA%20AMAN2.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2022... A hora do pato é um programa de calouros que foi ao ar na década de 1950 durante as tardes, e era exibido pela Rádio Nacional. A voz do pato (grasnando) era ouvida quando o calouro era reprovado em sua apresentação, o que nos remete à ideia de que a expressão deva ter encontrado espaço na cultura da formação castrense devido ao fato de que, quando os(as) alunos(as) militares passam pela inquirição do ritual punitivo, se sintam amedrontados e não consigam se justificar, sendo na maioria das vezes punidos(as).

<sup>75</sup> SILVA, Robson Rodrigues da. **Entre a caserna e a rua**: o dilema do “pato”: uma análise antropológica da instituição policial militar a partir da Academia de Polícia Militar D. João VI. p. 181.

<sup>76</sup> CFO é o mesmo que Curso de Formação de Oficiais.

<sup>77</sup> RECRUTA na hora do pato tenta dar o golpe mas...Como pode?. [S. l.: s. n.], 2022. 1 vídeo (59 seg). Disponível em: <https://youtu.be/GkPZ3Qt9ITs>. Acesso em: 14 abr. 2023.

<sup>78</sup> Na cultura militar, é o mesmo que praticar alguma falta disciplinar como atrasar-se para qualquer atividade ou falar de forma indevida, sem obedecer às regras impostas, com um superior hierárquico.

<sup>79</sup> Termo depreciativo da cultura militar que indica pessoa que comete erros facilmente e provém do sentido de um indivíduo rústico, da roça. Para Bento (BENTO, Cláudio Moreira. Gírias de cadetes utilizadas na AMAN e o livro Vida de cadete do Cel João Bosco Camurça. p. 5), é o mesmo que “desajeitado, enrolado, que tem dificuldade em fazer as coisas”.

Capitão: “Próximo guerreiro! Entra aí oh moco-rongo!” O que você fez seu monstro?”<sup>80</sup>

Soldado (em uma expressão tranquila supondo ludibriar o Capitão): “Eu estava brincando com uns gatos na hora Capitão!”

Capitão: “Quantos gatos eram?”

Soldado: “Era só um Capitão (risadas)!”

Capitão: “Ahhh seu esperto! Já que tu é esperto tá safo! (risadas)<sup>81</sup> Muito bom! Muito bom! (elogia ironicamente). Tu é esperto mesmo, me responde essa aqui: quantas vidas falam que gato tem?”

Soldado (demonstrando tranquilidade): “Ah Capitão, gato tem sete vidas!”

Capitão: “Exatamente! Sete dias de detenção pra você guerreiro!”

Como se vê no diálogo da animação, a evidente relação do poder disciplinar<sup>82</sup> entre o superior hierárquico (Capitão) e o subordinado (Soldado) demonstra o grau de subjetividade na “hora do pato”, inclusive com requintes de ironia por parte do julgador do fato disciplinar. Distante de não corresponder às práticas castrenses do mundo real, durante esse rito punitivo na formação de alunos-oficiais PM do Rio de Janeiro, “não existia nenhuma regra padronizando a modulação entre a gravidade das transgressões cometidas e as punições a elas aplicadas. Apesar de o militarismo pressupor previsibilidade, o que prevalecia nesses casos era a subjetividade do julgador”.<sup>83</sup>

Em um exemplo a partir da fala de uma aluna-oficiala do CFO da PM do Rio de Janeiro, compreendemos a sensação dela de ser ouvida na “hora do pato”, ao mesmo tempo que nos é revelada a força de um tribunal infrajurídico regido pela norma disciplinar e sua “vontade de verdade”<sup>84</sup>: “Fui injustiçada, pois por uma coisa tão simples eu estou sendo tachada como uma relaxada e eu justifiquei que

<sup>80</sup> Monstro também é um termo jocoso e depreciativo da cultura militar.

<sup>81</sup> Na gíria das casernas, alguém que escapa de algo como uma punição disciplinar, por exemplo, porque soube arranjar um meio de fazê-lo. Bento (BENTO, Cláudio Moreira. Gírias de cadetes utilizadas na AMAN e o livro Vida de cadete do Cel. João Bosco Camurça. p. 5) nos explica que é o mesmo que “esperto, malandro, que resolve os problemas”.

<sup>82</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história das violências nas prisões.

<sup>83</sup> SILVA, Robson Rodrigues da. **Entre a caserna e a rua**: o dilema do “pato”: uma análise antropológica da instituição policial militar a partir da Academia de Polícia Militar D. João VI. p. 203-204.

<sup>84</sup> FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

tava com pressa, mas mesmo assim fui punida com LS. *Foram dois dias que tiraram da minha liberdade* e eu não entendia de jeito nenhum.<sup>85</sup> Interessante notar, destacando como exemplo o art. 33 do RD da Polícia Militar paraibana, que a lógica de imposição da autoridade se faz presente para despertar outro tipo de sentimento no punido(a), ou seja, “a aplicação da punição deve ser feita com justiça, seriedade e imparcialidade, para que o punido fique consciente e convicto de que a mesma se inspira no cumprimento exclusivo do dever”.<sup>86</sup> No entanto, se a norma disciplinar destaca que o erro da aluna levou seu julgador a tachá-la de “relaxada”, logo sua prisão pedagógica de dois dias nos direciona a entender melhor a legalidade de tal decisão, o que nos parece ferir o princípio constitucional da liberdade de locomoção e o direito fundamental que o sustenta, a partir das ambiguidades jurídicas presentes na ADI 6.595.

#### 4. Olhares sobre a ADI 6.595 e os paradoxos de sua (in) constitucionalidade

Em 20 de maio de 2022, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente a ADI 6.595 revogando a Lei nº 13.967/2019, que, como vimos, tinha extinguido a prisão disciplinar dos militares estaduais em 2019 e estipulava a criação de códigos de ética e disciplina que substituíssem os RDs. A ADI 6.595 foi peticionada em 16 de novembro de 2020 pelo governador do Estado do Rio de Janeiro Cláudio Castro, que considerou a Lei nº 13.967/2019 inconstitucional.

Segundo a CF de 1988, em seu Cap. III, Seção II (que trata do Supremo Tribunal Federal), art. 102, inc. I, alínea *a*, tendo em vista a guarda da Constituição, cabe ao STF, originariamente, processar e julgar a “ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”, redação essa que segue as alterações previstas na Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993<sup>87</sup>, em

<sup>85</sup> SILVA, Robson Rodrigues da. **Entre a caserna e a rua**: o dilema do “pato”: uma análise antropológica da instituição policial militar a partir da Academia de Polícia Militar D. João VI. p. 182. (grifo nosso)

<sup>86</sup> PARAÍBA (Estado). **Decreto nº 8.962, de 11 de março de 1981**. Dispõe sobre o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado da Paraíba, e dá outras providências. Online.

<sup>87</sup> BRASIL. **Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993**. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm). Acesso em: 20 jul. 2022.

seu art. 1º. De qualquer modo, a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999<sup>88</sup>, é que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF.

Podem propor a ADI, segundo a Lei 9.868 e o art. 103 da CF de 1988: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;<sup>89</sup> VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Nesse sentido, a ADI tem por objetivo declarar se uma lei ou parte dela é ou não inconstitucional, o que faz desse instrumento um controle concentrado de constitucionalidade das leis, ou melhor, seu poder reside na refutação direta da norma jurídica em si.

Na análise do voto do relator no julgamento da ADI 6.595, o Ministro Ricardo Lewandowski, de início, vê claro que o diploma normativo em questão, no caso a Lei nº 13.967/2019, foi declarado inconstitucional por “evidente vício de iniciativa”<sup>90</sup>, ou seja, quando um projeto de lei é proposto por um Poder, quando, na verdade, essa proposição cabe exclusivamente a outro Poder. Nesse caso, para que fique claro, tivemos uma lei aprovada pelo Legislativo Federal, quando, na verdade, respeitando ao princípio da simetria<sup>91</sup>, compete ao Executivo Estadual

<sup>88</sup> BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília: Presidência da República, [2009]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm) Acesso em: 29 jul. 2022.

<sup>89</sup> Os incs. IV e V, conforme Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004 (BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Brasília: Presidência da República, 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1). Acesso em: 20 jul. 2022.)

<sup>90</sup> “A iniciativa reservada objetiva resguardar a seu titular a decisão de propor direito novo em matérias confiadas à sua especial atenção ou a seu interesse preponderante. Contudo, há que se atentar para o que poderia resultar na sua forma degenerada: o chamado vício de iniciativa”. LOIS, Cecília Caballero (coord.). **Separação de poderes: vício de iniciativa**. Brasília: Ministério da Justiça, [2009]. p. 34. (Série pensando o direito, n. 14). Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/14Pensando\\_Direito3.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/14Pensando_Direito3.pdf). Acesso em: 30 jul. 2022.

<sup>91</sup> Diante da indefinição do STF “quanto à fixação de um sentido uniforme para o ‘princípio da simetria’, a doutrina constitucional, a pretexto de desvendar-lhe o significado, associa-o à ideia de que os Estados, quando no exercício de suas competências autônomas, devem adotar tanto quanto possível os modelos normativos constitucionalmente estabelecidos para a União, ainda que esses modelos em princípio não lhes digam respeito por não lhes terem sido diretamente endereçados”. LEONCY, Léo Ferreira. **“Princípio da simetria” e argumento analógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente**. 2011. 189f. Tese (Doutorado em Direito) –Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 10. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/>

legislar sobre ela, ou melhor, segundo o art. 144 da Constituição de 1988, § 6º, “As polícias militares e os corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército *subordinam-se*, juntamente com as polícias civis e as polícias penais estaduais e distrital, aos *Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios*”.<sup>92</sup>

Se, no caso em questão, cabe aos governadores a iniciativa de mudanças quanto ao regime disciplinar disposto em lei dos militares estaduais, o argumento do relator da ADI 6.595 deixa claro que haveria competência da União, se estivéssemos tratando de matéria condizente ao fato de as PMs e os BMs serem forças auxiliares e reserva do Exército, ou seja, quando de uma mobilização dessas Forças estaduais para empregabilidade federal, visto que, segundo o art. 22, inc. XXI, da CF, compete à União legislar sobre “*normas gerais* de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação, mobilização, inatividades e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares”.<sup>93</sup> Não por acaso o relator, em seu voto, destacou que:

A concepção de normas de caráter geral relaciona-se ao estabelecimento de diretrizes e de princípios fundamentais regentes de determinada matéria, sem ser possível ao legislador federal lançar mão de disciplina relativa a peculiaridades ou especificidades locais, desdendo indevidamente a minúcias normativas mais condizentes com a atividade do legislador estadual ou municipal. A compreensão da terminologia diretrizes e princípios fundamentais não pode ser ampliada a ponto de tolher a capacidade de produção normativa conferida pela Constituição aos demais entes federativos, sob pena de se vulnerar o pacto federativo (Voto do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski).

Como fica claro, as “peculiaridades ou especificidades locais” dizem respeito a “minúcias normativas mais condizentes com a atividade do legislador estadual”, o que, do contrário, pode “tolher a capacidade de produção normativa” constitucionalmente delegada aos Estados, podendo incorrer na quebra do pacto federativo. Entretanto, o que devemos destacar nesse imbróglio é que, mesmo que a relatoria da ADI 6.595 tenha levantado o argumento acerca do regime jurídico diferenciado dos militares estaduais pelo fato de serem parte do braço armado do Estado, o que

---

teses/disponiveis/2/2134/tde-03092012-143741/publico/Tese\_Leo\_Ferreira\_Leoncy\_integral.pdf. Acesso em: 13 abr. 2023. (grifo do autor)

<sup>92</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Online. (grifo nosso)

<sup>93</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Online.

faz da hierarquia e disciplina princípios fundamentais de organização desses profissionais, ainda assim, não vislumbramos o alcance de tais medidas a alunos em formação quando tratamos da prisão pedagógica.

Na verdade, parece haver certo anacronismo na utilização de um expediente pedagógico que cerceia a liberdade de locomoção dos alunos sem o devido processo legal, pois, diante da excepcionalidade do regime jurídico dos militares estaduais frente a uma Constituição regida precipuamente por direitos humanos e fundamentais imprescritíveis, dentre eles a liberdade de locomoção, o STF, em sua decisão, acaba optando em seguir o diploma legal em sua face estritamente objetiva. Exemplo dessa situação parece ter ocorrido em 2019 com o enquadramento pelo STF<sup>94</sup>, na ausência de legislação própria, da homofobia e transfobia como crime de racismo, capitulado na Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.<sup>95</sup>

Na análise do voto da relatoria, parece não existir margem à evocação de princípios pautados nos direitos humanos, inclusive o que é refutado na abertura do documento, quando o próprio relator destaca que a Lei 13.967/2019 visou “conferir caráter humanista e garantista, voltado para outros instrumentos de controle interno, adequando a legislação disciplinar militar aos patamares civilizatórios atuais”.

E que fique claro que nossa argumentação não se refere à prisão administrativa, a qual tem respaldo na própria Carta Magna de 1988 e gerou debates que levaram à Lei 13.967/2019, mas a um desdobramento dela, ou seja, a prisão pedagógica, que é algo que funciona na obscuridade disciplinar dos quartéis de formação<sup>96</sup> de PM e BM espalhados em nosso País. Logo, seguindo o princípio da hierarquia das normas<sup>97</sup> presente em nossa Constituição, parece evidente que a adesão do Brasil aos pactos internacionais de direitos humanos e o conseqüente respeito aos direitos fundamentais sempre invertem essa condição quando se trata dos militares

---

<sup>94</sup> STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa: o Plenário concluiu nesta quinta-feira (13) o julgamento das ações que tratam da matéria e decidiu que, até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas se enquadram na tipificação da Lei do Racismo. STF, Notícias, 13 jun. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 30 jul. 2022

<sup>95</sup> BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm). Acesso em: 14 abr. 2023.

<sup>96</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história das violências nas prisões.

<sup>97</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**.

estaduais, criando sempre a sensação entre os PMs e BMs de que os direitos humanos não os recepcionam.<sup>98</sup>

Em nossa óptica, quando a questão em análise são os militares estaduais e suas prerrogativas, parece também haver certa resistência de nossa Corte Suprema em atentar ao princípio *pro homine*, o qual tem por finalidade assegurar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, quando há um conflito de normas, e está expresso na CF de 1988, em seu art. 4º, inc. II, que nos diz, acerca da República brasileira, quanto às suas relações internacionais, ser regida pela “prevalência dos direitos humanos”.<sup>99</sup> Segue-se que, “no direito interno, o princípio internacional *pro homine* compõe-se de dois conhecidos princípios jurídicos de proteção de direitos: o da *dignidade da pessoa humana* e o da *prevalência dos direitos humanos*”.<sup>100</sup> Não por acaso, a Convenção de Viena de 1969, que foi promulgada pelo Estado brasileiro por meio do Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009, assegurar, em seu art. 27, que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.<sup>101</sup>

Quando há conflito entre a lei ordinária e o tratado internacional de direitos humanos, desde que este seja mais favorável, vale o tratado (que conta com primazia, seja em razão da sua posição hierárquica superior, seja em razão do princípio *pro homine*). Pouco importa se o direito ordinário é precedente ou posterior ao tratado. Em ambas as hipóteses, desde que conflitante com o DIDH, afasta-se a sua aplicabilidade (sua validade). O tratado possui “eficácia paralisante” da norma ordinária em sentido contrário.<sup>102</sup>

<sup>98</sup> MUNIZ, Jacqueline. Direitos humanos na polícia. In: LIMA, Renato Sérgio de; PAULA, Liana de (org.). **Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo seu papel?**

<sup>99</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Online.

<sup>100</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 46, n. 181, p. 126, jan./mar. 2009. (grifo do autor)

<sup>101</sup> BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília: Presidência da República, 2009. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em: 23 jul. 2022.

<sup>102</sup> GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Constituição brasileira e os tratados de direitos humanos: conflito e critério de solução. **JusBrasil**, 27 maio 2009. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1110801/constituicao-brasileira-e-os-tratados-de-direitos-humanos-conflito-e-criterio-de-solucao>. Acesso em: 23 jul. 2022.

Nesse contexto, nos restam duas considerações a serem pontuadas. A primeira é que, quando analisamos o texto do art. 5º, inciso LXI, que ressalta que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”, a expressão “salvo” não traduz uma condição jurídica estanque. Pelo contrário, pode indicar uma mudança de perspectiva hermenêutica do jurista, se levarmos em consideração que um tratado internacional (como aqueles que regem os direitos humanos, especialmente) pode surtir efeito paralisante<sup>103</sup> da lei ordinária doméstica. Foi o que ocorreu em relação à prisão civil do depositário infiel, tendo em vista a adesão do Brasil ao Pacto de San Jose da Costa Rica<sup>104</sup>, o que resultou na invalidação da eficácia prática de parte do inc. LXII do art. 5º da CF, que aduz: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.<sup>105</sup> O texto constitucional permanece inalterado, mas a prisão do depositário infiel perdeu sua aplicabilidade.

Cumpre aqui informar que, neste momento de compatibilidade das leis com o Texto Magno, a falta de validade normativa daquelas e sua expulsão do ordenamento jurídico contribui para o diálogo das fontes, na medida em que se retira da “conversa” normativa a lei que não tem argumentos válidos que a autorizem a continuar no diálogo (pois ela é inconstitucional e, portanto, inválida). Assim, retira-se da lei a possibilidade de continuar “conversando” e “dialogando” com as outras fontes jurídicas, autorizando-se a participação nessa “conversa” apenas fontes válidas e eficazes.<sup>106</sup>

É pela possibilidade do “diálogo das fontes” que, em segundo lugar, diante da salvaguarda dos princípios e direitos fundamentais presentes em nossa

<sup>103</sup> GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Constituição brasileira e os tratados de direitos humanos: conflito e critério de solução.**

<sup>104</sup> O Brasil promulgou o Pacto de San Jose da Costa Rica ou Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Nesse tratado, encontramos, em seu art. 7, 7, que “Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. Ver: BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília: Presidência da República, 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 30 jul. 2022.

<sup>105</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Online.

<sup>106</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa.** p. 124-125. (grifo do autor)

Constituição (não importa se de forma material), torna-se momento oportuno para que as legislações castrenses se modernizem e surja a opção da punição remuneratória (dedução de valores em contracheque) no lugar das prisões pedagógicas, haja vista que os alunos militares estaduais são profissionalizados em cursos de formação obrigatoriamente compensados com bolsas de estudo de valor considerável, o que se torna, inclusive, um dos pontos que valorizam a procura de novos integrantes para as Forças estaduais na inscrição dos concursos públicos que funcionam como porta de entrada às profissões PM e BM. Logo, as mudanças são possíveis e cabíveis, de modo a enxergarmos, nos seus entraves, no que diz respeito aos militares estaduais e à vida castrense que os rege, resquícios de um “entulho ou legado autoritário”<sup>107</sup> ainda presente em nossa sociedade e em nossa Constituição, o que tem dificultado uma democracia plena e a garantia dos direitos humanos, inclusive para os homens e mulheres de armas.

Fica-nos claro que é mais que possível uma ampliação dos direitos que abarquem os militares estaduais, em particular no tocante à prisão administrativa e sua extensão à prisão pedagógica, acabando com o discurso da excepcionalidade das normas jurídicas, quando nos reportamos ao mundo castrense. Nesse caso, a ADI 6.595 e a cegueira jurídica de quem a aprovou não enxergam que é preciso que “a norma de direitos humanos que melhor proteja a pessoa prevaleça sobre outra de igual, inferior ou até mesmo de hierarquia superior e seja aplicada naquilo que for mais protetora do direito ou dos direitos fundamentais do ser humano”.<sup>108</sup>

Pelas palavras do ex-ministro do STF Celso de Mello, o Tratado Internacional de Direitos Humanos, ao contrário de eliminar ou restringir os direitos elencados na CF, amplia-os, e ainda que conflite com a CF, ele “restringe ou suprime ou impõe modificação gravosa ou elimina um direito ou garantia constitucional”.<sup>109</sup> Assim, a validade do Tratado Internacional de Direitos Humanos torna-se indiscutível, quando se mostra mais “protetivo” que a norma

<sup>107</sup> SOARES, Luiz Eduardo. A política nacional de segurança pública: histórico, dilemas e perspectivas. *Estudos Avançados*, v. 21, n. 67, p. 77-97, dez. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/HfX5ZwsFKW6wtzrMTTrhYwz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 14 abr. 2023; ZAVERUCHA, Jorge. FHC, Forças Armadas e polícia: entre o autoritarismo e a democracia: 1999-2002. Rio de Janeiro: Record, 2005.

<sup>108</sup> Henderson, 2004 apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intrasigência ao diálogo das fontes**. p. 101.

<sup>109</sup> GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Constituição brasileira e os tratados de direitos humanos: conflito e critério de solução**. Online.

interna, compondo, assim, o bloco de constitucionalidade<sup>110</sup>, que “pode ser definido como o conjunto de normas materialmente constitucionais que, junto com a Constituição codificada de um Estado, formam um bloco normativo de hierarquia constitucional”.<sup>111</sup>

Por fim, toda essa dinâmica jurídica que envolve os militares estaduais, diante da validade maior dos princípios dos direitos humanos e fundamentais presentes em nossa Constituição, pode dizer respeito a um controle de convencionalidade, para além do já conhecido controle de constitucionalidade.<sup>112</sup> Nesse âmbito, pensar em um controle de convencionalidade é saber que estamos diante de um sistema constitucional e humanista de Direito que se alimenta de diversas fontes normativas, desde a Constituição, ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Ordinário. Nesse sentido, “as normas que condicionam a produção da legislação ordinária não são só formais, senão também, e sobretudo, substanciais (princípio da igualdade, da intervenção mínima, preponderância dos direitos fundamentais, respeito ao núcleo essencial de cada direito etc.)”.<sup>113</sup> O que deve ainda ser clarificado é que estamos diante da possibilidade de que os tratados de direitos humanos podem ser alçados à condição de nível constitucional, quando relacionados à produção das normas ordinárias internas, que não devem estar presas apenas a limites formais, mas também a limites verticais materiais. Assim, “uma determinada lei interna poderá ser até considerada vigente por estar de acordo com o texto constitucional, mas não será válida (ou não deveria ser válida no caso dos militares estaduais e algumas regras como a prisão administrativa), se estiver em desacordo com os tratados de direitos humanos (que têm estatura constitucional) dos quais a República Federativa do Brasil é parte”.<sup>114</sup>

---

<sup>110</sup> GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Constituição brasileira e os tratados de direitos humanos: conflito e critério de solução**. Online.

<sup>111</sup> LOPES, Ana Maria D’Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, v. 12, n. 2, 2016. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1367/1053>. Acesso em: 13 abr. 2023.

<sup>112</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**.

<sup>113</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. p. 117-118.

<sup>114</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. p. 121.

## 5. Considerações finais

Neste artigo, procuramos mostrar como a licença cassada aplicada aos alunos nas formações pedagógico-profissionais dos militares estaduais fere o princípio constitucional da liberdade de locomoção, tendo em vista tratar-se de um elemento da cultura militar presente nos quartéis das PMs e dos BMs. Como vimos, as situações especiais que regem os militares permitem que haja lacunas jurídicas, que cedem espaço para que funcione uma norma “infrajurídica”, assim como nos ensina a perspectiva foucaultiana.

No caso específico dos militares estaduais, embora tenham como missão a segurança pública, portanto completamente distinta de uma guerra, são regidos por códigos disciplinares oriundos da Força terrestre. Há inclusive corporações que ainda utilizam o Regulamento Disciplinar do Exército (RDE), embora tenha sido aprovada, em 2019, uma nova lei proibindo a prisão administrativa e direcionando a criação de códigos e conselhos de ética por parte das corporações de PMs e BMs. Ainda assim, persistem processos de normalização semelhantes aos existentes nas Forças Armadas, prova da força da cultura disciplinar diante dos princípios jurídico-constitucionais que ressaltam a dignidade da pessoa humana, por exemplo.

Ainda assim, tivemos, em 2022, a procedência por parte do STF da ADI 6.595, que revogou a Lei nº 13.967/2019, sustentada pelo argumento do vício de iniciativa por parte do Legislativo Federal e da quebra do princípio da simetria entre os Poderes, o que valida ao Executivo Estadual (governadores) a iniciativa por mudanças no regime disciplinar das PMs e dos BMs.

No entanto, constatamos que opera uma indefinição jurídica, visto que a licença cassada não está vinculada à esfera administrativo-disciplinar nem quanto menos ao penal, quando diz respeito à formalização de garantias jurídicas que estejam embasadas nos princípios fundamentais que regem a Constituição Federal, tratando-se, nesse caso, da liberdade de locomoção. Portanto, parece imperar a força da cultura castrense, que obriga os alunos, durante a formação pedagógica, a internalizarem uma lógica baseada no medo e no sofrimento, para que aprendam a respeitar a autoridade hierárquica, mesmo que, para isso, se rompam os ditames da legalidade constitucionalmente estatuidos, quando, na verdade, deve prevalecer o princípio pro homine, visando à ampliação de direitos aos trabalhadores (desde alunos em formação) militares estaduais, em vez de minorá-los ou cerceá-los.

## Referências

ANDRADE, Carlos Drummond de. **A rosa do povo**. Rio de Janeiro: Record, 2000.

BARBOZA, Anderson Duarte; FRANÇA, Fábio Gomes de. A lei, a norma e os militares estaduais. In: SILVA, Susi Castro (org.). **Direito militar: memória e propostas de trabalho**. Fortaleza: Boulesis, 2017. p. 31-62.

BEM, Arim Soares do; SANTOS, Sidcley da Silva. Entre a tradição e a inovação: a matriz curricular nacional e a formação policial em Alagoas. **Dilemas: revista de estudos de conflito e controle social**, v. 9, n. 3, p. 481-504, set./dez. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7740>. Acesso em: 1 set. 2017.

BENTO, Cláudio Moreira. Gírias de cadetes utilizadas na AMAN e o livro Vida de cadete do Cel João Bosco Camurça. **AHIMTB**, Resende, RJ, [2005]. Disponível em: <http://www.ahimtb.org.br/GIRIAS%20DOS%20CADETES%20NA%20AMAN2.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2022.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BORTOLLI, Clauro Roberto de. Crimes envolvendo militares e militares estaduais entre si: qual a Justiça competente? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 35, n. 139, p. 155-159, jul./set. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/397/r139-%2013.pdf?sequence=4>. Acesso em: 1 set. 2017.

CASTRO, Ewerton Ribeiro. O atraso das normas e regulamentos disciplinares militares. **JusBrasil**, [2022]. Disponível em: <https://rcaastroewerton.jusbrasil.com.br/artigos/1420109233/o-atraso-das-normas-e-regulamentos-disciplinares-militares>. Acesso em: 11 jul. 2022.

CERQUEIRA, Homero de Gorge. **A disciplina militar em sala de aula: a relação pedagógica em uma instituição formadora de oficiais da Polícia Militar do Estado de São Paulo**. 2006. 230 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/9906/1/HOMERO%20DE%20GIORGE%20CERQUEIRA.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2022.

CORRÊA, Univaldo. **A justiça militar e a Constituição de 1988**: uma visão crítica. 1991. 526 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1991. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106320>. Acesso em: 13 abr. 2023.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Crime militar**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonade, 2002.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história das violências nas prisões. Rio de Janeiro: Vozes, 1987.

FRANÇA, Fábio Gomes de. A pedagogia do sofrimento em um acampamento bombeiro militar. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 92-107, 2022. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/1438>. Acesso em: 21 dez. 2022.

FRANÇA, Fábio Gomes de. Os “soldados do fogo”: um estudo sobre violência institucional na formação bombeiro militar. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 26, n. 149, p. 419-453, nov. 2018.

FRANÇA, Fábio Gomes de; DUARTE, Anderson; ALVES, Geni Francinelle. Lei sob a norma: o saber jurídico e os processos normalizadores nas auditorias de justiça militar estadual. **Revista de Ciências Sociais**: política e trabalho, v. 1, n. 46, p. 71-92, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/politicaetrabalho/article/view/32637>. Acesso em: 16 jul. 2022.

FRANÇA, Fábio Gomes de; RIBEIRO, Luziana Ramalho. “Um bombeiro pede socorro!”: socialização, treinamento e sofrimento na formação do bombeiro militar. **Sociologias**, v. 21, n. 51, p. 212-241, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/sociologias/article/view/84492>. Acesso em: 21 dez. 2022.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Constituição brasileira e os tratados de direitos humanos: conflito e critério de solução. **JusBrasil**, 27 maio 2009. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1110801/constituicao-brasileira-e-os-tratados-de-direitos-humanos-conflito-e-criterio-de-solucao>. Acesso em: 23 jul. 2022.

GOULART, Henny. Crime militar. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 68, n. 1, p. 311-318, 1973. Disponível em: <https://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/66701>. Acesso em: 13 abr. 2023.

JACONDINO, Eduardo Nunes. **Poder/saber e corpo**: os regimes disciplinares e a construção microfísica da profissionalização da segurança pública. 2011. 585 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/39436>. Acesso em: 13 abr. 2023.

LEAL, Gabriel Rodrigues. **Currículo cultural**: uma autoetnografia na Academia de Polícia Militar Costa Verde. 2011. 152 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Instituto de Educação, Fundação Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, 2011. Disponível em: [https://ri.ufmt.br/bitstream/1/961/1/DISS\\_2011\\_%20Gabriel%20Rodrigues%20Leal.pdf](https://ri.ufmt.br/bitstream/1/961/1/DISS_2011_%20Gabriel%20Rodrigues%20Leal.pdf). Acesso em: 13 abr. 2023.

LEIRNER, Piero de Camargo. **Meia-volta volver**: um estudo antropológico sobre a hierarquia militar. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

LEONCY, Léo Ferreira. **“Princípio da simetria” e argumento analógico**: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente. 2011. 189 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-03092012-143741/publico/Tese\\_Leo\\_Ferreira\\_Leoncy\\_integral.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-03092012-143741/publico/Tese_Leo_Ferreira_Leoncy_integral.pdf). Acesso em: 13 abr. 2023.

LOIS, Cecília Caballero (coord.). **Separação de poderes**: vício de iniciativa. Brasília: Ministério da Justiça, [2009]. 319 p. (Série pensando o direito, n. 14). Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/14Pensando\\_Direito3.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/14Pensando_Direito3.pdf). Acesso em: 30 jul. 2022.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no **Brasil**. *Revista Brasileira de Direito*, v. 12, n. 2, 2016. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1367/1053>. Acesso em: 13 abr. 2023.

LOURENÇO, Frederico Ricardo de Ribeiro e. **Poder e norma**: Michel Foucault e a aplicação do direito. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno**: da exclusão à coexistência, da intrasigência ao diálogo das fontes. 2008. 265 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/132783/000680945.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 abr. 2023.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 13 abr. 2023.

MELO NETO, Marcelino Soares de. **Violência institucional na polícia militar da Bahia**: uma análise qualitativa. 2014. 205 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Centro de Artes, Humanidades e Letras, Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, Cachoeira, 2014. Disponível em: <https://www1.ufrb.edu.br/pgcienciasociais/dissertacoes-de-mestrado/category/18-2014?download=147:marcelino-soares-de-melo-neto>. Acesso em: 14 abr. 2023.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; DESLANDES, Suely Ferreira; GOMES, Romeu. **Pesquisa social**: teoria, método e criatividade. Petrópolis: Vozes, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MUNIZ, Jacqueline. Direitos humanos na polícia. In: LIMA, Renato Sérgio de; PAULA, Liana de (org.). **Segurança pública e violência**: o Estado está cumprindo seu papel? São Paulo: Contexto, 2008. p. 65-76.

NASCIMENTO, João Leyde de Souza; CARNEIRO, Leonardo de Andrade. Extinção da detenção e da prisão administrativa como forma de punição disciplinar no âmbito da Polícia Militar do Estado do Tocantins: reflexões jurídicas. **International Journal of Development, Research**, v. 10, n. 10, p. 41167-41174, Oct. 2020. Disponível em: <https://www.journalijdr.com/sites/default/files/issue-pdf/20258.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2022.

PAIOLA, Renan Francisco. Crime militar e transgressão militar no âmbito federal. **Regrad**: revista eletrônica de graduação do UNIVEM, Marília, SP, v. 2, n. 1, p. 112-126, 2009. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/REGRAD/article/view/173/193>. Acesso em: 14 abr. 2023.

RECRUTA na hora do pato tenta dar o golpe mas...Como pode?. [S. l.: s. n.], 2022. 1 vídeo (59 seg). Disponível em: <https://youtu.be/GkPZ3Qt9ITs>. Acesso em: 14 abr. 2023.

SÁ, Leonardo Damasceno de. **Os filhos do Estado**: auto-imagem e disciplina na formação dos oficiais da Polícia Militar do Estado do Ceará. Rio de Janeiro: RelumeDumará: Núcleo de Antropologia da Política/UFRJ, 2002. Disponível em: [http://nuap.etc.br/wp-content/uploads/2020/05/filhos\\_do\\_estado.pdf](http://nuap.etc.br/wp-content/uploads/2020/05/filhos_do_estado.pdf). Acesso em: 14 abr. 2023.

SILVA, João Batista da. **A violência policial militar e o contexto da formação profissional**: um estudo sobre a relação entre violência e educação no espaço da polícia militar do Rio Grande do Norte. 2009. 129 f. Dissertação (Mestrado em Educação) –Centro de Ciências Sociais, Letras e Artes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2009. Disponível em: [https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/13568/1/Viol%c3%aanciaPolicialMilitar\\_Silva\\_2009.pdf](https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/13568/1/Viol%c3%aanciaPolicialMilitar_Silva_2009.pdf). Acesso em: 14 abr. 2023.

SILVA, Pedro Castro da. A liberdade provisória com fiança nos crimes militares: releitura a partir de novos valores constitucionais e da Lei 13.491/2017. **JUS.com.br**, 27 dez. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/95592/a-liberdade-provisoria-com-fianca-nos-crimes-militares>. Acesso em: 14 abr. 2023.

SILVA, Robson Rodrigues da. **Entre a caserna e a rua**: o dilema do “pato”: uma análise antropológica da instituição policial militar a partir da Academia de Polícia Militar D. João VI. Niterói: EDUFF, 2011. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/9474/ROBSON-RODRIGUES-DA-SILVA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 abr. 2023.

SILVA, Sabrina Souza da. **Todos são culpados?:** uma etnografia na Auditoria de Justiça Militar do Estado do Rio de Janeiro. 2013. 208 f. Dissertação (Doutorado em Antropologia) – Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, Universidade Federal Fluminense, Niterói. 2013. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/6263/Sabrina-Souza-da-Silva.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 abr. 2023.

SOARES, Luiz Eduardo. A política nacional de segurança pública: histórico, dilemas e perspectivas. **Estudos Avançados**, v. 21, n. 61, p. 77-97, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/HfX5ZwsFKW6wtzrMTTrhYwz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 14 abr. 2023. STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa: o Plenário concluiu nesta quinta-feira (13) o julgamento das ações que tratam da matéria e decidiu que, até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas se enquadram na tipificação da Lei do Racismo. **STF**, Notícias, 13 jun. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 30 jul. 2022.

TOBIAS, Amanda Freitas dos Santos. **A (trans)formação de oficiais da Polícia Militar de Sergipe**. 2014. 127 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2014. Disponível em: [https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/4660/1/AMANDA\\_FREITAS\\_SANTOS\\_TOBIAS.pdf](https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/4660/1/AMANDA_FREITAS_SANTOS_TOBIAS.pdf). Acesso em: 14 abr. 2023.

ZAVERUCHA, Jorge. **FHC, Forças Armadas e polícia: entre o autoritarismo e a democracia: 1999-2002**. Rio de Janeiro: Record, 2005.

ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (org.). **O que resta da ditadura**. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 41-76.

## Jurisprudência citada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6595/DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 23 de maio de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352530922&ext=.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2023.

## Legislação citada

BRASIL.[Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 jul. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 667, de 2 de julho de 1969**. Reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Território e do Distrito Federal, e dá outras providências.. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0667.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0667.htm). Acesso em: 14 abr. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília: Presidência da República, 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 30 jul. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002**. Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4), e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4346.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm). Acesso em: 4 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília: Presidência da República, 2009. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em: 23 jul. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal Militar. Brasília: Presidência da República, [2017]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm). Acesso em: 4 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969**. Decreta o Código de Processo Penal Militar. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1002.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm). Acesso em: 14 jul. 2022.

**BRASIL. Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993.** Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm). Acesso em: 20 jul. 2022.

**BRASIL. Emenda Constitucional nº 18, de 5 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre o regime constitucional dos militares. Brasília: Presidência da República, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc18.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc18.htm). Acesso em: 4 nov. 2022.

**BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.** Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1). Acesso em: 20 jul. 2022.

**BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.** Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm). Acesso em: 14 abr. 2023.

**BRASIL. Lei nº 9.299, de 7 de agosto de 1996.** Altera dispositivos dos Decretos-leis nº 1.001 e 1.002, de 21 de outubro de 1969, Códigos Penal Militar e de Processo Penal Militar, respectivamente. Brasília: Presidência da República, 1996. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19299.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19299.htm). Acesso em: 4 nov. 2022.

**BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília: Presidência da República, [2009]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm). Acesso em: 29 jul. 2022.

**BRASIL. Lei nº 13.967, de 26 de dezembro de 2019.** Altera o art. 18 do Decreto-Lei nº 667, de 2 de julho de 1969, para extinguir a pena de prisão disciplinar para as polícias militares e os corpos de bombeiros militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113967.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113967.htm). Acesso em: 14 abr. 2023.

PARAÍBA. Decreto nº 8.962, de 11 de março de 1981. Dispõe sobre o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado da Paraíba, e dá outras providências. **Polícia Militar da Paraíba**, João Pessoa, [1981]. Disponível em: [https://www.pm.pb.gov.br/arquivos/legislacao/Leis\\_Ordinarias/1981\\_DISPOE\\_SOBRE\\_O\\_REGULAMENTO\\_DISCIPLINAR\\_DA\\_POLICIA\\_MILITAR\\_DA\\_PARAIBA.pdf](https://www.pm.pb.gov.br/arquivos/legislacao/Leis_Ordinarias/1981_DISPOE_SOBRE_O_REGULAMENTO_DISCIPLINAR_DA_POLICIA_MILITAR_DA_PARAIBA.pdf). Acesso em: 4 nov. 2022.

PARAÍBA. Decreto nº 36.924, de 21 de setembro de 2016. Veda o cumprimento de punição disciplinar com cerceamento da liberdade no âmbito da Polícia Militar da Paraíba. **Diário Oficial do Estado da Paraíba**, João Pessoa, n. 16.213, p. 1, 22 set. 2016. Disponível em: <http://static.paraiba.pb.gov.br/2016/09/Diario-Oficial-22-09-2016.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2023.





# O controle concentrado no Plenário Virtual do STF: perfil das sessões de julgamento e perspectiva de perenidade<sup>1</sup>

*Concentrated judicial review on the Virtual Plenary of the Brazilian Supreme Court: profile of the trial sessions and perspective of perpetuation*

*Control concentrado en el Pleno Virtual del Supremo Tribunal Federal: perfil de los juzgamientos y perspectiva de perenidad*

**Alexandre Araújo Costa<sup>2</sup>**

Universidade de Brasília (Brasília, DF, Brasil)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7135-2765>  
E-mail: [alexandre.araujo.costa@gmail.com](mailto:alexandre.araujo.costa@gmail.com)

**Maria Helena Martins Rocha Pedrosa<sup>3</sup>**

Universidade de Brasília (Brasília, DF, Brasil)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7684-5577>  
E-mail: [pesquisa.mariahelena@gmail.com](mailto:pesquisa.mariahelena@gmail.com)

## Resumo

A ampliação da abrangência do Plenário Virtual (PV) do Supremo Tribunal Federal (STF), a partir de 2020, levantou questionamentos acerca de sua adequação para a tomada de decisões e da permanência de sua centralidade após o fim da pandemia de Covid-19. O presente trabalho traça um perfil dos processos de controle concentrado pautados para julgamento virtual. Apresenta-se um mapeamento empírico das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), das ações declaratórias de constitucionalidade (ADC), das ações diretas de inconstitucionalidade por

<sup>1</sup> COSTA, Alexandre Araújo; PEDROSA, Maria Helena Martins Rocha. O controle concentrado no Plenário Virtual do STF: perfil das sessões de julgamento e perspectiva de perenidade. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 3, n. 1, p. 127-161, jan./jun. 2023. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a175>.

<sup>2</sup> Professor da Faculdade de Direito da UnB. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/1540773562032795>.

<sup>3</sup> Doutoranda e mestre em Direito, Estado e Constituição na Universidade de Brasília (UnB). Advogada da União. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7888012896646100>.

omissão (ADO) e das arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) pautadas no PV, com foco no segundo semestre de 2021. A interpretação dos dados, mediante estatística descritiva e diálogo com a produção bibliográfica, permitiu traçar um perfil dos processos pautados no período. Os resultados indicam que a maioria das inserções em pauta foi realizada para avaliar o mérito dos processos e que o PV tem sido usado de forma ampla, inexistindo concentração de uso em certos incidentes ou em matérias sedimentadas ou com tendência à unanimidade. Esses achados sugerem que o uso do julgamento assíncrono tende a perenizar-se como formato decisório predominante no STF para o exercício do controle concentrado.

### Palavras-chave

Plenário Virtual; Supremo Tribunal Federal; Julgamentos assíncronos; Perfil de julgamentos; Pauta.

### Sumário

1. Introdução. 2. Quantidade de processos pautados e particularidades das sessões virtuais extraordinárias. 3. A composição da pauta virtual: tipos de incidentes e de listas. 4. A participação dos ministros na formação da pauta virtual. 5. O desfecho das questões submetidas a julgamento virtual. 6. Conclusão.

### Abstract

The expansion of the scope of the Virtual Plenary (PV) of the Brazilian Supreme Court (STF), as from 2020, has raised questions about its suitability for decision-making and the permanence of its centrality after the end of the Covid-19 pandemic. The present work delineates a profile of concentrated judicial review cases scheduled for virtual trials. An empirical mapping of the ADI, ADC, ADO and ADPF submitted to the PV is presented, focusing on the second half of 2021. The interpretation of the data, through descriptive statistics and dialogue with the bibliographic production, allowed to draw a profile of the processes included in the Court's agenda during the period. The results indicate that most of the inclusions in the agenda were made to assess the merits of the processes and that the PV has been widely used, with no concentration of use in certain incidents or in themes that are consolidated or that tend to unanimity. These findings suggest that the use of asynchronous judgment tends to perpetuate itself as the predominant decision-making format in the STF for the exercise of concentrated judicial review.

### Keywords

Virtual Plenary; Brazilian Supreme Court; Asynchronous trials; Trial profile; Docket.

## Contents

1. Introduction. 2. Amount of processes included in the agenda and particularities of extraordinary virtual sessions. 3. The composition of the virtual agenda: types of incidents and lists. 4. The participation of the judges in the formation of the virtual agenda. 5. The outcome of issues submitted to virtual judgment. 6. Conclusion.

## Resumen

La ampliación del alcance del Pleno Virtual (PV) del STF, a partir de 2020, planteó cuestionamientos sobre su idoneidad para la toma de decisiones y la permanencia de su centralidad tras el fin de la pandemia de la Covid-19. El presente trabajo esboza un perfil de procesos de control concentrado presentados en el juicio virtual. Se presenta un mapeo empírico de las ADI, ADC, ADO y ADPF a partir del PV, con foco en el segundo semestre de 2021. La interpretación de los datos, a través de estadísticas descriptivas y diálogo con la producción bibliográfica, permitió trazar un perfil de los procesos presentados en el período. Los resultados indican que la mayor parte de las entradas del orden del día se han realizado para valorar los méritos de los casos y que el PV ha sido ampliamente utilizado, sin concentración de uso en determinados incidentes o en asuntos sedimentados o con tendencia a la unanimidad. Estos resultados sugieren que el uso del juicio asincrónico tiende a perpetuarse como el formato de toma de decisiones predominante en el STF para el ejercicio del control concentrado.

## Palabras clave

Pleno Virtual; Supremo Tribunal Federal; Juicios asincrónicos; Perfil de juzgamientos; Orden del día.

## Índice

1. Introdução. 2. Número de processos apresentados y particularidades de las sesiones virtuales extraordinarias. 3. La composición de la agenda virtual: tipos de incidentes y listas. 4. La participación de los jueces en la conformación de la agenda virtual. 5. El resultado de las cuestiones sometidas a juicio virtual. 6. Conclusión.

## 1. Introdução

Pouco após a eclosão da pandemia de Covid-19, o Supremo Tribunal Federal (STF) editou a Emenda Regimental (ER) 53/2020, que permitiu a universalização do Plenário Virtual, ou seja, do ambiente assíncrono de julgamentos realizados

tanto pelo Tribunal Pleno quanto pelas Turmas<sup>4</sup>. O referido ato normativo autorizou o julgamento de quaisquer classes processuais no ambiente assíncrono, inclusive das ações de controle abstrato de constitucionalidade, o que promoveu uma profunda alteração no exercício da jurisdição do Supremo, uma vez que o Plenário Virtual se tornou a principal via de produção decisória da Corte: em 2020, 95,5% das decisões colegiadas foram proferidas no ambiente virtual, proporção que subiu para 98,4% em 2021<sup>5</sup>.

Esse movimento de virtualização decisória permitiu ao STF analisar uma quantidade muito maior de processos por sessão de julgamento, o que poderia viabilizar o equacionamento do que vinha sendo diagnosticado como uma crise da pauta do Plenário<sup>6</sup>. Mesmo o ministro que mais objeções fez à adoção dessa via passou a reconhecer que se tratava de uma alteração inevitável, apesar de ter alguns efeitos colaterais indesejáveis. De fato, nos momentos iniciais das pautas de julgamentos de mérito no Plenário Virtual, o Min. Marco Aurélio após diversos votos com teor semelhante ao seguinte:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Atentem para a organicidade do Direito, em especial dos procedimentos relativos ao itinerário processual das demandas trazidas à apreciação do Supremo. Nada obstante a iniciativa em prol da racionalidade no regular andamento dos trabalhos do Pleno, cuja atividade judicante vem sendo sobremaneira dificultada pela invencível avalanche de processos, tem-se por premissa inafastável, levando em conta a formalização de ação direta de inconstitucionalidade, a impropriedade de este Tribunal pronunciar-se, não em ambiente presencial, mas no dito Plenário Virtual, quando há o prejuízo do devido processo legal, afastada a sustentação da tribuna.

**Faço a observação reiterando, por dever de coerência, ser o Colegiado – órgão democrático por excelência – somatório de**

<sup>4</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **O plenário virtual na pandemia da Covid-19**. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022. 58 p. Disponível em: <http://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/4394>. Acesso em: 10 abr. 2023.

<sup>5</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pesquisa empírica Plenário Virtual na pandemia: resultados preliminares – fase I**. Brasília: CNJ, [2022]. 17 p. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/apresentacao-pesquisa-pv-09-09.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2022.

<sup>6</sup>GOMES, Kelton de Oliveira. **A monocratização das liminares em controle concentrado de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal (1988-2018)**. 2019. 125 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2019. p. 99-100. Disponível em: [http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/193525/Gomes%2c%20KO\\_M.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/193525/Gomes%2c%20KO_M.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 10 abr. 2023.

**forças distintas, pressupondo colaboração, cooperação mútua entre os integrantes, quadro de todo incompatível com a deliberação em âmbito eletrônico<sup>7</sup>. (grifo nosso).**

No entanto, pelo menos a partir de maio de 2020, já se podem verificar casos em que o Min. Marco Aurélio figurou como relator, com despachos de liberação que ostentam conteúdo semelhante ao seguinte, extraído da ADI 5.931:

#### JULGAMENTO VIRTUAL – EXCEPCIONALIDADE.

1. A crise é aguda. Sem qualquer previsão de o Tribunal voltar às sessões presenciais, há de viabilizar-se, em ambiente colegiado, a jurisdição.
2. Aciono, em caráter excepcional, o sistema virtual e passo a liberar, considerado o fator tempo, os processos.
3. Publiquem<sup>8</sup>.

A preocupação inicial do Min. Marco Aurélio, aliada às críticas empreendidas aos procedimentos envolvidos no Plenário Virtual, revela que o desenho deliberativo desse ambiente eletrônico decisório é um fator que chama a atenção das pessoas envolvidas em sua dinâmica. Isso porque um desempenho deliberativo considerado insatisfatório poderia comprometer a percepção de colegialidade nos procedimentos e, conseqüentemente, a sensação de justiça pelos litigantes.

Convém densificar o aspecto da deliberação enfatizado nesse ponto. Adota-se a referência de Mendes<sup>9</sup>, que alude, em seu estudo sobre desempenho deliberativo, à “deliberação como uma interação argumentativa interpessoal”<sup>10</sup>. Pereira, por sua vez, estudou os julgamentos virtuais à luz desse conceito e indicou ser possível afirmar “um déficit da performance deliberativa na tarefa de engajamento dos

<sup>7</sup> Voto do Min. Marco Aurélio na ADI 1.485, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento concluído em 20/2/2020.

<sup>8</sup> Despacho do Min. Marco Aurélio na ADI 5.931, Rel. Min. Marco Aurélio, publicado em 27/5/2020.

<sup>9</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 11.

<sup>10</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*, p. 11. (tradução nossa) No original: “The definition stipulated in Chapter 1, which is my pivotal reference for the concept of deliberative performance, refers to deliberation as an inter personal argumentative engagement”.

decisores”<sup>11</sup>. Uma definição semelhante foi recentemente adotada por Silva, que, ao entrevistar os Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre essa categoria, adotou o seguinte conceito, que caracteriza como minimalista: “deliberação é a troca de argumentos, no interior de um corpo colegiado, com fins de persuasão e tomada de uma determinada decisão”<sup>12</sup>. O autor também apresentou um conceito complementar, que é o de colegialidade, a significar “disposição para trabalhar em equipe, ouvir os argumentos dos colegas e estar aberto a ser convencido por eles e, quando possível, tentar falar como grupo e não como indivíduo”<sup>13</sup>. Uma categoria complementar e menos complexa pode ser a de engajamento, que consideraria a interação dos julgadores entre si, ou entre estes e os demais atores do processo.

Embora ninguém coloque em dúvida a capacidade do modelo assíncrono de aumentar a quantidade de decisões produzidas pelo STF, o movimento de universalização do Plenário Virtual foi acompanhado de uma série de críticas referentes à qualidade dos acórdãos produzidos por uma estratégia marcada pela “formação massiva de decisões empacotadas em listas virtuais”<sup>14</sup>. Como sintetizam Godoy e Araújo:

O problema é que esse modo de julgar permite que se julgue qualquer coisa e de qualquer modo. Afinal, havendo uma pauta extensa no Plenário Virtual e, ainda, uma dezena de listas virtuais com centenas de processos, é humanamente impossível e temporalmente irreal que cada ministro analise o que está posto na lista virtual dos demais.

Nem mesmo com amplas equipes, bem formadas e treinadas, é crível que se consiga analisar: (i) a pauta extensa do Plenário Virtual, (ii) as listas virtuais de todos os ministros (somando centenas de processos), (iii) mais a pauta do Plenário físico (que hoje vem sendo realizado mediante videoconferência em razão da pandemia do covid-19), (iv) mais a pauta

<sup>11</sup> PEREIRA, Paula Pessoa. Engrenagens do desempenho deliberativo do STF nos julgamentos virtuais: uma proposta de ajustes de peças. *Jota*, 19 nov. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/elas-no-jota/engrenagens-do-desempenho-deliberativo-do-stf-nos-julgamentos-virtuais-19112020>. Acesso em: 4 fev. 2022.

<sup>12</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. *Suprema: revista de estudos constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 29, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/17/14>. Acesso em: 10 abr. 2023.

<sup>13</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. *Suprema: revista de estudos constitucionais*, p. 30.

<sup>14</sup> GODOY, Miguel Gualano de; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. A expansão da competência do Plenário Virtual do STF: colegialidade formal e déficit de deliberação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 291, 2022. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/8147/pdf>. Acesso em: 10 abr. 2023.

da Turma a que pertence o ministro, (v) mais o acervo próprio de cada gabinete (vi) e ainda as decisões monocráticas que todos e cada um dão nas diversas ações e recursos que chegam para sua relatoria<sup>15</sup>.

Enquanto essa multiplicação de decisões desafia a capacidade analítica dos ministros e de suas assessorias, alguns juristas colocam em dúvida a legitimidade dos acórdãos produzidos por esse modelo, seja por diagnosticarem um déficit deliberativo nos julgamentos assíncronos<sup>16</sup>, seja por identificarem potenciais ofensas a direitos processuais fundamentais<sup>17</sup>. Apesar de tais conclusões estarem calcadas no reconhecimento de que os julgamentos assíncronos não permitem certas interações que são possíveis nas sessões presenciais, devemos também reconhecer que o descompasso existente entre o número de ações a serem julgadas e o tempo limitado das sessões presenciais (limitadas basicamente a duas tardes por semana no Pleno e a uma tarde nas Turmas) fazia com que a realidade da maior parte dos julgamentos não fosse a de uma ampla deliberação discursiva acerca de cada caso. O estreito tempo de pauta ocasionava o acúmulo nos escaninhos de um grande número de processos que não teriam espaço de pauta viável para serem julgados nos próximos anos, o que estimulava estratégias decisórias ainda mais opacas que o próprio Plenário Virtual, como é o caso dos julgamentos de ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) em lista, que se avolumaram especialmente ao longo de 2018 e 2019.

No caso das ADIs, não se tratava propriamente de listas temáticas de julgamentos, mas de listas compostas por processos individuais, estrategicamente deslocados para as listas de julgamento porque elas possibilitavam um procedimento decisório simplificado, em que os votos dos relatores eram distribuídos previamente entre os ministros, e o seu julgamento presencial dispensava a leitura do voto e se limitava, na prática, a uma pergunta acerca da improvável existência de posicionamentos divergentes. Essa estratégia informal de julgar ações individuais como se fossem listas, chamadas no final da sessão e julgadas em poucos segundos, representa desafios de

<sup>15</sup> GODOY, Miguel Gualano de; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. A expansão da competência do Plenário Virtual do STF: colegialidade formal e déficit de deliberação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, p. 291.

<sup>16</sup> ADAMY, Pedro. Plenário virtual em matéria tributária – déficit deliberativo e violações constitucionais. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 46, p. 512-533, 2020. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1113/35>. Acesso em: 10 abr. 2023.

<sup>17</sup> PASSOS, Hugo Assis; SANTOS, Cleopas Isaías; OLIVEIRA, João Rafael. A ampliação da competência do Plenário Virtual no Supremo Tribunal Federal no cenário da crise de saúde gerada pelo Covid-19. *IDP Law Review*, v. 1, n. 1, p. 258-284, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/lawreview/article/view/5396/2087>. Acesso em: 10 abr. 2023.

legitimidade maiores do que os do Plenário Virtual, e é com relação a esse pano de fundo que devemos avaliar o potencial democrático dos julgamentos assíncronos.

Sobre o tema, Castro<sup>18</sup>, ao analisar as ADIs julgadas em lista no Plenário Presencial, encontrou resultados que enfraquecem a hipótese de que as ADIs julgadas em lista seriam mais semelhantes entre si que aquelas julgadas tradicionalmente, embora tenha dimensionado a celeridade das sessões de julgamentos em lista, indicando que a sua curta duração impediria o debate entre os ministros.

Aqui vale uma observação quanto ao papel da pandemia na criação, ampliação e aceleração do uso de mecanismos decisórios assíncronos por órgãos judiciais. A relação entre crise sanitária e incremento ou impulsionamento da virtualização está clara em uma série de estudos<sup>19</sup>. Essa ligação também fez parte do discurso segundo o qual a universalização do Plenário Virtual seria um fator de resiliência do Tribunal ante a demanda aumentada no período pandêmico. A ideia de que o STF foi resiliente diante da pandemia foi veiculada em diversas ocasiões, a exemplo do discurso de balanço de um ano à frente do Tribunal realizado pelo Min. Luiz Fux<sup>20</sup> e do seu discurso na abertura do ano legislativo de 2021, em que afirmou: “nos últimos meses, os cidadãos e as instituições do país demonstraram admirável capacidade de resiliência e superação”<sup>21</sup>. Nessa linha, Peter afirma que a virtualização foi “uma realidade exigida para a continuidade dos trabalhos institucionais do Supremo Tribunal Federal”<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> CASTRO, Pedro Ian Ramalho Luz de. **O julgamento em lista nas ações diretas de inconstitucionalidade**. 2022. 87 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2022. p. 73-74. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/45133/1/2022\\_PedroIanRamalhoLuzdeCastro.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/45133/1/2022_PedroIanRamalhoLuzdeCastro.pdf). Acesso em: 10 abr. 2023.

<sup>19</sup> MATYAS, David; WILLS, Peter; DEWITT, Barry. *Imagining resilient courts: from COVID to the future of Canada's judicial system*. SSRN, 4 fev. 2021. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3778869>. Acesso em: 29 jan. 2022; SOCIETY FOR COMPUTERS AND LAW. **Remote courts worldwide**. Bristol, 2020. Disponível em: <https://remotecourts.org/>. Acesso em: 29 jan. 2022.

<sup>20</sup> FUX, Luiz. Pronunciamento do Ministro Luiz Fux, Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, por ocasião da comemoração de seu 1º ano de gestão. **Consultor Jurídico**, 22 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fux-ano.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2021.

<sup>21</sup> SOUZA, Murilo. Fux diz que novo ciclo é oportunidade para renovar compromisso com Constituição e democracia. **Câmara dos Deputados**, Notícias, Política e Administração Pública, Brasília, 3 fev. 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/725396-fux-diz-que-novo-ciclo-e-oportunidade-para-renovar-compromisso-com-constituicao-e-democracia/>. Acesso em: 29 jan. 2022.

<sup>22</sup> PETER, Christine. Supremo Tribunal Virtual aproxima presente do futuro. **Consultor Jurídico**, 4 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-04/observatorio-constitucional-supremo-tribunal-virtual-aproxima-presente-futuro>. Acesso em: 23 jan. 2022.

Diante disso, e considerando que a universalização do mecanismo assíncrono coincidiu com o início da crise sanitária, seria possível considerar uma conexão entre esses dois eventos. Nesse sentido, por exemplo, Silva<sup>23</sup> afirmou que não seria possível, à época, prever ao certo a pontualidade da expansão do Plenário Virtual e asseverou que a manutenção dos julgamentos assíncronos após a cessação da pandemia representaria uma profunda alteração na prática deliberativa do STF. Confirma-se:

Não se sabe ainda ao certo se essa expansão do plenário virtual é conjuntural, apenas em razão da pandemia de covid-19, ou se será mantida mesmo depois que as medidas de isolamento social forem relaxadas. Se for mantida, é possível afirmar que esta será muito provavelmente a maior transformação na prática deliberativa do STF em tempos recentes. Seus efeitos vão muito além da mudança na forma de definição da pauta. A interação entre ministros, que já não era intensa nos ambientes físicos e presenciais, é praticamente inexistente no plenário virtual. A fragmentação argumentativa e decisória tende a ficar ainda mais aguda<sup>24</sup>.

Hoje, não há nenhum elemento que sugira o desuso do mecanismo assíncrono ante o ocaso da crise sanitária. Pelo contrário, o reconhecimento de que o espaço disponível na pauta presencial do STF era incompatível com o julgamento colegiado dos processos que precisariam ser analisados pelo Tribunal Pleno e pelas Turmas já fazia com que fosse reconhecida a necessidade de uma migração paulatina dos julgamentos para o ambiente assíncrono<sup>25</sup>. Essa forma de abordagem foi prevista no planejamento estratégico do STF antes da pandemia de Covid-19, o que torna possível encarar esse tipo de medida como algo além de uma simples resposta aos desafios da crise por ela deflagrada. Mesmo o Relatório de Atividades de 2019 já evidenciava “a importância da adoção no STF da gestão estratégica focada na implementação de sua transformação digital como instrumento indispensável à entrega

<sup>23</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, p. 52.

<sup>24</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, p. 52.

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Relatório de atividades 2020**. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2021. p. 42. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/2779>. Acesso em: 10 abr. 2023.

de uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva para a sociedade”<sup>26</sup> e detalhava o desenvolvimento de ferramentas e os passos tomados rumo à virtualização da Corte.

Porém, não parece ter sido mero acaso que a universalização do Plenário Virtual tenha ocorrido na esteira da decretação da situação de emergência decorrente da pandemia, pois esse cenário exigia medidas de virtualização e relativizava a oposição interna e externa existente às propostas de ampliação do ambiente assíncrono.

A devida consideração desses elementos sugere que a pandemia ofereceu um contexto propício à ampliação do Plenário Virtual, mas que essas estratégias não devem ser encaradas primordialmente como respostas aos desafios passageiros da crise sanitária, e sim como mecanismos de enfretamento de uma crise estrutural da pauta, que em nada será afetada pelo fim da pandemia. Portanto, não é razoável esperar que ocorra uma retração no espaço do Plenário Virtual, o que sugere que ele continuará sendo a principal forma de produção de decisões colegiadas do STF.

Não obstante o caráter definitivo dessas modificações, devemos reconhecer que o contexto da pandemia propiciou um exercício de criatividade institucional pelo Judiciário, que adotou várias estratégias ligadas a formatos decisórios não presenciais, tanto síncronos como assíncronos. Nesse sentido, Susskind afirma que precisamos ainda fazer um balanço adequado das diversas experiências de virtualização dos julgamentos inauguradas ou estendidas após o início da pandemia, sendo que tanto os críticos quanto os defensores dessas estratégias estão de acordo sobre o fato de que “muito mais trabalho precisa ser feito para determinar que tipos de casos ou questões são mais bem adequadas para que tipos de dispositivo, se para audiências físicas, por áudio, por vídeo ou por papel”<sup>27</sup>. Nessa classificação, o que o autor chama de audiências por papel (*paper hearings*) corresponde aos julgamentos assíncronos.

Susskind afirma que, apesar de os dados preliminares indicarem amplas possibilidades para a justiça remota, muitas vezes reduzindo os custos e acelerando os resultados do sistema tradicional, isso deve ser “uma hipótese provisória que nós devemos desafiar e testar sistematicamente” por meio da coleta e avaliação de

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Relatório de atividades 2019**. Brasília: STF, 2020. 137 p. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/2112>. Acesso em: 10 abr. 2023.

<sup>27</sup> SUSSKIND, Richard. The future of courts. **The Practice**, v. 6, n. 5, jul./ago. 2020 (tradução nossa) No original: “There is widespread accord, in contrast, on one issue: much more work needs to be done to determine what kinds of cases or issues are best suited to what types of disposal, whether by physical, audio, video, or paper hearing”.

dados, o que poderia “formar a base de decisões informadas sobre o que deveria ser preservado uma vez que o vírus seja vencido e que casos deveriam retornar às cortes físicas convencionais”<sup>28</sup>.

No âmbito do STF, parece improfícuo discutir um retorno a um quadro de predominância, em termos quantitativos, da sincronicidade, pois uma reconfiguração dessa magnitude é extremamente improvável, ante a política de virtualização adotada pelo Tribunal. Essa admissão nos desafiará a pensar os potenciais de longo prazo do mecanismo virtual assíncrono, as suas limitações e o seu desenho adequado, o que exige conhecimento dos institutos que lhe são próprios ou que, emprestados dos julgamentos síncronos, nas sessões virtuais adquirem utilizações com intensidades e potenciais distintos.

O presente trabalho, de caráter predominantemente descritivo, foi pensado no intuito de contribuir não apenas com o levantamento e análise de dados sobre os julgamentos assíncronos, mas também com a utilização de categorias capazes de apreender algumas de suas particularidades. Considera-se que a análise das especificidades normativas que informam os julgamentos no Plenário Virtual do STF permite selecionar temas e categorias relevantes para o estudo das sessões virtuais, tais como a quantidade de processos pautados por mês e por sessão de julgamento, os tipos de incidentes e de listas que compõem a pauta virtual, a participação dos ministros na sua formação e o desfecho dos processos pautados.

Alguns desses elementos são comuns às sessões presenciais, mas os julgamentos assíncronos têm institutos que lhe são próprios (como os pedidos de destaque e a participação por escrito no curso da sessão) e seguem ritos e ritmos que são ditados por parâmetros diversos daqueles que formatam os julgamentos presenciais.

Considerado esse quadro, o presente artigo apresenta resultados de pesquisa desenvolvida com o foco particular de analisar as sessões virtuais de julgamento a partir de dados colhidos durante o segundo semestre de 2021 e se ocupa,

---

<sup>28</sup> SUSSKIND, Richard. The future of courts. **The Practice**. (tradução nossa) No original: “In summary, the feedback and research we have seen so far suggests that some – and probably many – legal disputes can indeed be handled remotely, often at lower cost, more conveniently, more speedily, and less combatively than in our traditional system. But this must be taken as a tentative hypothesis that we should be challenging and testing systematically. To do so, we need to capture more data about live cases that have been concluded remotely and make that data available to our social scientists, who can dispassionately evaluate what has been achieved and what has not. In turn, this evaluation can form the basis of informed decisions about what should be preserved once the virus has been vanquished and what cases should be returned to conventional physical courts.”.

especificamente, de fazer um perfil dos processos de controle concentrado de constitucionalidade pautados para julgamento virtual<sup>29</sup>.

Há dois esclarecimentos iniciais necessários. O primeiro diz respeito à escolha pelos processos de controle concentrado de constitucionalidade. Tem-se apontado, em algumas instâncias, que as pesquisas empíricas sobre os processos que tramitam perante o STF estão predominantemente focadas nos processos de controle concentrado de constitucionalidade e que essa concentração é desarrazoada, porque esse conjunto de ações é pequeno, se comparado com o restante dos processos que tramitam no Tribunal. Apesar da profusão de estudos sobre essas classes processuais, a escolha da presente pesquisa foi norteadada pelo interesse no processo decisório da jurisdição constitucional virtual, que é uma inovação sem precedentes no direito brasileiro.

Sabe-se que no curso da pandemia, especialmente em razão da necessidade de distanciamento social e, em alguns momentos, de isolamento mais severo, as Cortes por todo o mundo precisaram organizar soluções alternativas para a continuidade de seus serviços, com audiências e procedimentos remotos. Notícias sobre os desafios e os avanços acerca do tema podem ser lidas no site desenvolvido por Susskind, intitulado *Remote Courts Worldwide*<sup>30</sup>. No entanto, não se identificou nesses relatos menção a uma jurisdição constitucional exercida em uma sistemática permanente de forma assíncrona, em moldes semelhantes aos operados pelo Supremo. Portanto, a atenção específica ao controle de constitucionalidade exercido por meio do Plenário Virtual se justifica pelo caráter ímpar dos procedimentos utilizados pelo STF, bem como pelo aumento significativo da quantidade de ações de controle concentrado resolvidas no ambiente virtual após a ER 53/2020<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> A pesquisa da pauta de julgamentos foi feita no calendário disponível em <https://portal.stf.jus.br/pauta/pesquisarCalendario.asp>, e o levantamento, feito por meio de programa desenvolvido para raspagem desses dados, foi realizado ao longo do período analisado, ou seja, entre agosto e dezembro de 2021.

<sup>30</sup> SOCIETY FOR COMPUTERS AND LAW. **Remote courts worldwide**. Bristol, 2020. Disponível em: <https://remotecourts.org/>. Acesso em: 29 jan. 2022.

<sup>31</sup> Nesse sentido, a pesquisa O Plenário Virtual na Pandemia da Covid-19 atesta: “A respeito das classes processuais, também é possível observar aumento significativo de decisões proferidas em ações de controle abstrato de constitucionalidade no âmbito do PV. No período pré-pandemia, a Corte havia proferido 274 decisões em ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) e 27 em arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). No período posterior ao início da pandemia, o STF proferiu, por meio do PV, 490 decisões em ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) e 93 em arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Esse aumento no quantitativo de decisões proferidas em classes de controle concentrado em ambiente virtual no período posterior ao início da pandemia pode justificar-se por questões formais. Com efeito, a ER nº 53/2021 permitiu que o relator incluísse em ambiente eletrônico de votação qualquer processo de competência do STF, ao passo que anteriormente a ER nº 52/2020 apenas permitia, quando se tratasse de ação de controle abstrato de constitucionalidade, a apreciação

O segundo esclarecimento refere-se à unidade de análise escolhida, ou seja, os processos pautados para as sessões virtuais de julgamento, a significar cada inserção de um processo na pauta virtual. A ideia do presente trabalho é oferecer um vislumbre, ainda que sobre um período restrito, a respeito da formação da pauta e do desfecho dos processos de controle concentrado pautados para julgamento assíncrono. Assim, utilizar uma unidade de análise como os processos julgados virtualmente não permitiria a obtenção de dados como a quantidade de julgamentos não concluídos.

Deve-se atentar, portanto, para o fato de que a base de dados pode conter linhas que correspondem ao mesmo processo, mas pautado em sessões diferentes. Essa multiplicidade ocorre, por exemplo, nos casos de pedido de vista (quando a devolução ocorre em outra sessão) ou do julgamento de embargos de declaração (quando o mérito já foi anteriormente apreciado). Tal opção metodológica busca tornar possível a identificação de padrões no modo como o Tribunal lida, no Plenário Virtual, com os processos pautados. Uma opção semelhante foi adotada por Godoy e Araújo<sup>32</sup>, que expuseram dados referentes a processos de controle concentrado inseridos na pauta virtual durante o ano de 2020.

Estabelecidas essas premissas, esclarece-se que este trabalho traça um perfil dos processos pautados e das sessões de julgamento, com indicação da quantidade de processos de controle concentrado pautados a partir da ER 51/2016 e, posteriormente, com informações gerais sobre o período mais detalhadamente estudado. Além de oferecer um panorama geral dos processos pautados, tem-se também o objetivo de introduzir classificações construídas a partir dos dados disponíveis no *site* do Supremo Tribunal Federal, a exemplo dos tipos de resultado de julgamento (empate, decisão unânime, decisão por maioria, vencido o relator e não concluído) e dos tipos de incidentes (questão incidental, principal e recurso).

Este artigo divide-se em seis seções, sendo a primeira delas a presente introdução. Na segunda, expõe-se a evolução da quantidade de processos de controle concentrado pautados no Plenário Virtual desde a ER 51/2016, a partir de quando foi possível a inclusão dessas classes nas pautas virtuais de julgamento, até o final

---

eletrônica de medidas cautelares, referendos de medidas cautelares e julgamento de mérito unicamente nos casos em que a jurisprudência da Corte era pacífica.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **O plenário virtual na pandemia da Covid-19**. p. 43).

<sup>32</sup> GODOY, Miguel Gualano de; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. A expansão da competência do Plenário Virtual do STF: colegialidade formal e déficit de deliberação. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, p. 288.

de 2021. Em relação ao último semestre de 2021, são apresentados dados a respeito da quantidade de processos pautados por mês, por sessão de julgamento e uma breve análise qualitativa dos temas submetidos a julgamento nas sessões virtuais extraordinárias.

No terceiro item, realiza-se uma análise da composição da pauta virtual sob a óptica dos tipos de incidente e de listas que a integram.

O quarto ponto se ocupa de apresentar como os ministros influíram na formação da pauta virtual, o que se revela especialmente interessante diante da pulverização do poder de pautar processos entre os integrantes da corte, quando se trata do Plenário Virtual.

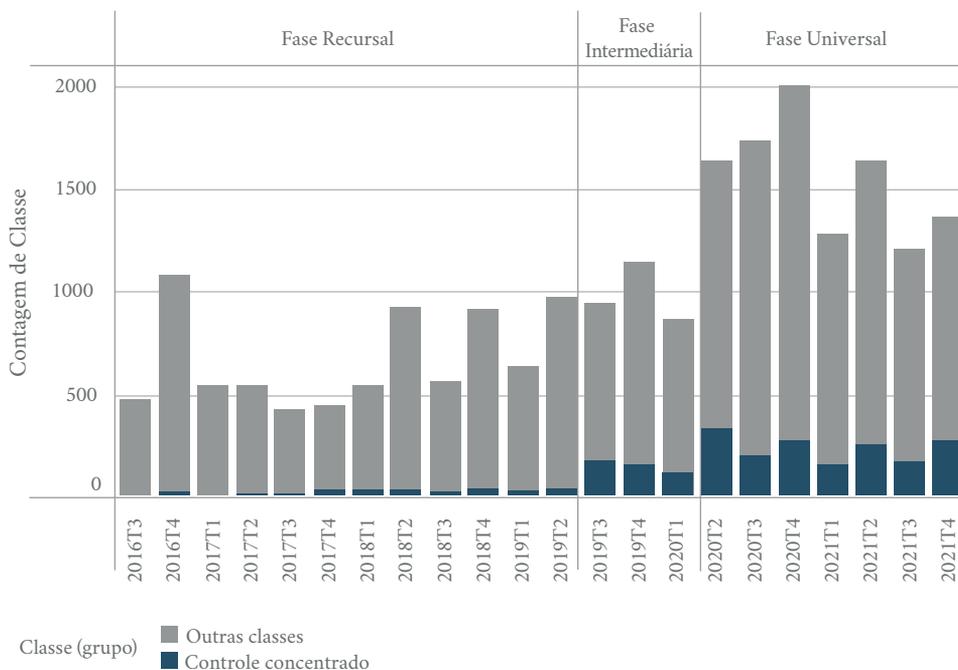
Na quinta seção, o trabalho analisa o desfecho dos processos submetidos a julgamento virtual, a fim de destrinchar não apenas se as decisões colegiadas foram proferidas na mesma sessão em que os processos foram pautados, mas também as taxas de decisões unânimes, por maioria com a prevalência do relator e por maioria com o relator vencido.

Ao final, são apresentadas considerações finais, com uma síntese dos achados das seções anteriores e de suas implicações na perspectiva de perenidade do mecanismo decisório assíncrono no âmbito do STF.

## **2. Quantidade de processos pautados e particularidades das sessões virtuais extraordinárias**

Uma análise da quantidade de processos pautados para cada sessão do PV mostra que houve, especialmente a partir de meados de 2019, uma ampliação vigorosa no número de ações que foram levadas a julgamento assíncrono.

Gráfico 1. Processos pautados por trimestre, segmentados por fase



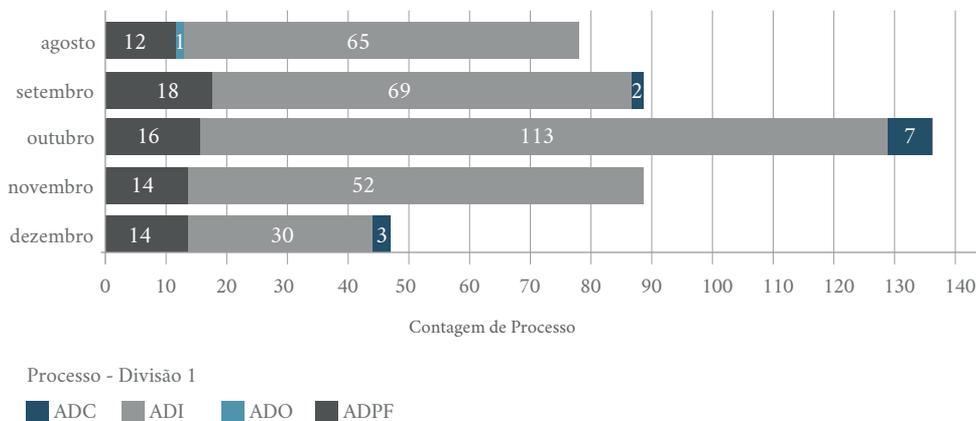
O Gráfico 1 realiza uma divisão por fases, de acordo com periodização proposta por Pedrosa e Costa<sup>33</sup>. A ideia é que, a partir de 2016, há o que se pode chamar de uma Etapa Ampliativa do Plenário Virtual, a qual se divide em três períodos: Fase Recursal (da ER 51/2016 até a publicação da ER 52/2019), em que o ambiente assíncrono, no que diz respeito ao controle concentrado, se destinava ao julgamento de agravos de instrumento e embargos de declaração; Fase Intermediária (entre a ER 52/2019 e a ER 53/2020), em que houve uma ampliação, acrescentando-se a possibilidade de julgamento de medidas cautelares e de matérias com jurisprudência dominante; e Fase Universal (posterior à ER 53/2020), que admitiu a submissão de quaisquer processos de competência do STF ao ambiente eletrônico.

<sup>33</sup> PEDROSA, Maria Helena Martins Rocha; COSTA, Alexandre Araújo. O Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal: evolução das formas de julgamento e periodização. *REI: revista estudos institucionais*, v. 8, n. 1, p. 62-87, 2022. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/666/770>. Acesso em: 10 abr. 2023.

Tem-se, assim, que o início da fase universal (a partir do segundo trimestre de 2020) é marcado por um aumento significativo na quantidade de processos de controle concentrado pautados para julgamento virtual, fenômeno que pode ser explicado contextualmente tendo em vista que se trata do resultado previsível (e inclusive intencionado) da inclusão dessas classes processuais no rol dos processos que podem ser julgados no Plenário Virtual.

O presente trabalho é focado no segundo semestre de 2021, correspondente às duas últimas barras do Gráfico 1, período em relação ao qual foram levantados dados mais minuciosos: do encerramento do recesso de julho (que ocorreu com a sessão inaugurada em 6/8) até o fim do ano judiciário de 2021 (com a sessão concluída em 17/12). Durante esse período, foram pautados 416 processos de controle concentrado de constitucionalidade tanto para julgamento de mérito quanto para apreciação de recursos e de outros incidentes, como o referendo ou a concessão de medida cautelar<sup>34</sup>. A evolução quantitativa das ADI, ADC, ADO e ADPF pautadas nesse período é explicitada no gráfico a seguir.

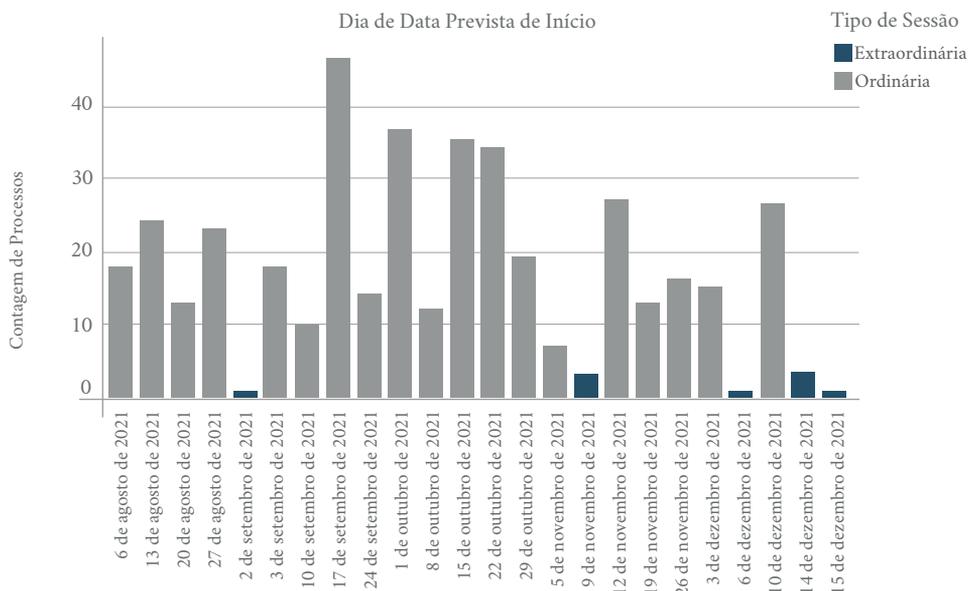
**Gráfico 2. Processos de controle concentrado pautados por mês, segmentados por classe (2021.2)**



<sup>34</sup> Apesar de a Lei 9.882/1999, que trata da ADPF, utilizar o termo “medida liminar”, e não “medida cautelar”, como faz a Lei 9.868/1999, optou-se pela denominação “medida cautelar” para designar os pedidos de tutela provisória previstos nessas leis, seguindo-se a classificação de incidentes feita pelo próprio STF. Não se desconsidera, contudo, que em algumas ações o STF tem adotado classificações mais alinhadas ao Código de Processo Civil, como é o caso das TPI (tutelas provisórias incidentais). Os pedidos objeto desse tipo de incidente, contudo, não têm sido a típica suspensão de atos normativos ou atos do poder público, como preveem as leis do controle concentrado, mas medidas incidentais proferidas diante de fatos supervenientes à deflagração do processo, como é o caso da ADPF 756 TPI-oitava-Ref (STF, ADPF 756, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 11 out. 2021).

Cabe relembrar que não estão contabilizados os processos individualmente tratados, mas o que se chama de “processos pautados”: o ato dos relatores de submeter um processo ao julgamento em uma sessão assíncrona. Isso faz com que o mesmo processo possa ser contado várias vezes, na medida em que cada ingresso em pauta foi contabilizado como uma ocorrência específica da unidade de análise escolhida. Esses processos pautados estão distribuídos em 24 sessões virtuais de julgamento, sendo 19 ordinárias e 5 extraordinárias.

**Gráfico 3. Processos de controle concentrado pautados por sessão**



O Gráfico 3 indica que as sessões extraordinárias têm um número mais reduzido de processos (a média foi de 2 por sessão, enquanto nas sessões ordinárias, a média foi de 21 por sessão), pois foram voltadas à análise de uma ação específica ou ao referendo de um pequeno conjunto de liminares concedidas monocraticamente. Apesar de terem ocorrido poucas sessões extraordinárias, elas tiveram uma grande relevância política, evidenciada pelos temas que foram nelas tratados e que são resumidos no seguinte quadro.

### Quadro 1. Objetos das sessões extraordinárias

Data de início ou ocorrência	Temas tratados
2/9/2021	Exigência de justificativa de ausência no ENEM 2020 como requisito para a isenção de taxa no exame de 2021 (ADPF 874, rel. Min. Dias Toffoli, medida cautelar deferida à unanimidade).
9/11/2021	Publicidade da execução do orçamento e das despesas indicadas pelo classificador RP 9 (despesas decorrentes de emendas do relator do projeto de lei orçamentária anual) (ADPF 850, 851 e 854, rel. Min. Rosa Weber, referendo por maioria).
6/12/2021	Referendo da medida cautelar incidental concedida a respeito de suspensão de desocupações durante a pandemia, em determinadas circunstâncias (ADPF 828, rel. Min. Roberto Barroso, referendo por maioria).
14/12/2021	Foram pautadas duas listas de referendos de decisões liminares monocráticas. A primeira continha o referendo de decisão sobre a execução das despesas classificadas sob o indicador RP 9, permitindo-se a observância de atos normativos do Congresso Nacional (ADPF 850, 851 e 854, rel. Min. Rosa Weber, referendo por maioria). A segunda, o referendo da cautelar parcialmente deferida na ação que discute a constitucionalidade da formação de federação partidária (ADI 7.021, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento não concluído em razão de pedido de destaque realizado pelo Min. Gilmar Mendes).
15/12/2021	Foi pautado o referendo da medida cautelar parcialmente deferida sobre a exigência, em regra, de comprovante de vacinação contra a Covid-19 para os viajantes que ingressarem no território nacional (ADPF 913, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento não concluído em razão de pedido de destaque realizado pelo Min. Nunes Marques).

Recorde-se, neste ponto, que a possibilidade de convocação de sessões virtuais extraordinárias pelo Presidente do Tribunal e pelos Presidentes das Turmas foi prevista pela ER 53/2020, regulamentada pela Resolução 669/2020, que modificou a Resolução 642/2019, pormenorizando a disciplina sobre as referidas sessões de julgamento, cuja instauração deve ser solicitada ao presidente do colegiado pelo relator, mediante indicação de excepcional urgência. Caso acatado o pedido, o ato convocatório deverá fixar o período de início e término da sessão. Desse modo,

a duração das sessões extraordinárias não é fixa. Por exemplo, dentre os casos relatados no Quadro 1, a sessão de julgamento da medida cautelar na ADPF 874 ocorreu entre os dias 2 e 3 de setembro de 2021 (total de 2 dias), enquanto aquela em que houve apreciação do referendo na ADPF 828 ocorreu entre os dias 6 e 8 de dezembro de 2021 (total de 3 dias).

A possibilidade de sessões extraordinárias para o referendo de medidas cautelares, as quais têm sido relativamente comuns na experiência virtualizada do STF, pode significar um novo momento, em que as confirmações de decisões monocráticas voltam a ter um papel importante nas decisões do Tribunal. As sessões extraordinárias também têm viabilizado a concessão, em um curto espaço de tempo, de decisões cautelares originalmente colegiadas. De fato, a convocação de sessões virtuais extraordinárias se mostrou um instrumento que permite o proferimento bastante célere de decisões colegiadas sobre temas sensíveis, o que as torna um instrumento processual com potencial de interferir no delicado equilíbrio entre os poderes monocráticos dos ministros e as exigências políticas e jurídicas de colegialidade.

Já neste ponto inicial, evidencia-se que a configuração do Plenário Virtual oferece aos ministros duas vias decisórias, à semelhança das possibilidades previstas no art. 123 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF)<sup>35</sup>, para as sessões presenciais, e que há uma regular utilização dessas faculdades procedimentais.

### 3. A composição da pauta virtual: tipos de incidentes e de listas

Além da quantidade de processos pautados em cada mês ou sessão de julgamento, a análise do perfil da pauta virtual pode se beneficiar da segmentação dos processos pautados por tipo de incidente, utilizando-se para esse fim a classificação extraída da forma de organização dos dados coletados no *site* do STF, que os divide em “Principal (PR)”, “Questões incidentais (IJ)” e “Recursos (RC)”. A partir dessa divisão, elaborou-se o seguinte quadro, com a descrição da abrangência de cada incidente.

<sup>35</sup>“Art. 123. As sessões ordinárias do Plenário terão início às 14 horas e terminarão às 18 horas, com intervalo de trinta minutos, podendo ser prorrogadas sempre que o serviço o exigir.

§ 1º As sessões ordinárias das Turmas terão início às 14 horas e terminarão às 18 horas, com intervalo de trinta minutos, podendo ser prorrogadas sempre que o serviço o exigir.

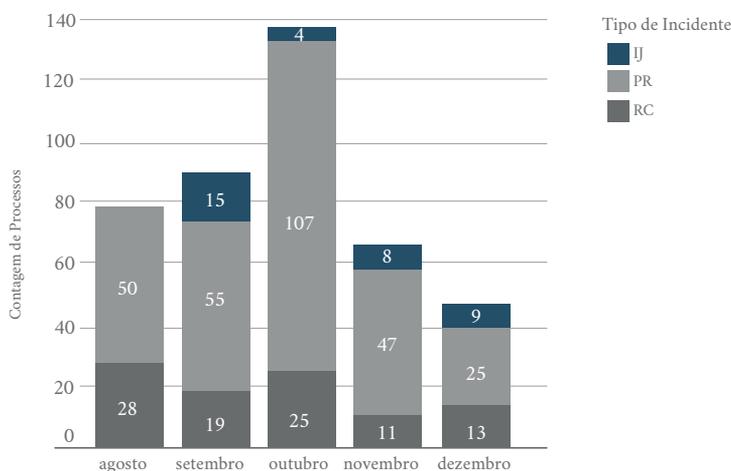
§ 2º As sessões extraordinárias terão início à hora designada e serão encerradas quando cumprido o fim a que se destinem.”

## Quadro 2. Tipos de incidente

Tipo de incidente	Abrangência do incidente
Principal (PR)	Julgamento de mérito das ações.
Questões incidentais (IJ)	Medidas cautelares e referendos em medidas cautelares (MC e MC-Ref), tutelas provisórias incidentais e seus referendos (TPI e TPI-Ref) <sup>36</sup> .
Recurso (RC)	Agravos regimentais (AgR), embargos de declaração (ED), embargos de declaração em agravo regimental (AgR-ED) e agravos regimentais em embargos de declaração (ED-AgR). Contam-se como Embargos de Declaração (ED) também os segundos (e posteriores) embargos de declaração (ED-segundos, ED-terceiros, etc.), bem como os embargos de declaração nos embargos de declaração (ED-ED).

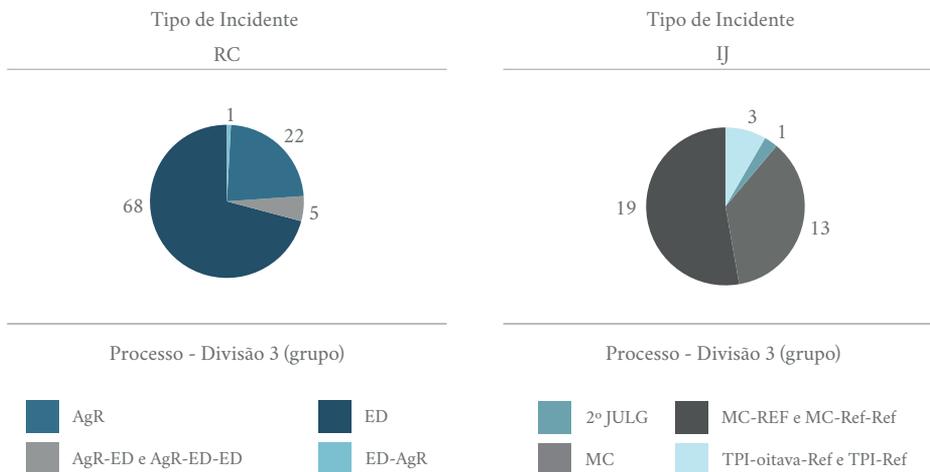
O Gráfico 4 indica que cerca de 2/3 dos processos pautados se voltam ao julgamento do mérito (sendo de tipo PR), aproximadamente 1/4 das pautas trata de incidentes recursais (RC) e menos de 10% das pautas lida com a concessão ou o referendo de liminares (tipo IJ).

Gráfico 4. Processos pautados por tipo de incidente



<sup>36</sup> Apenas uma ocorrência destoa dessas classificações, que diz respeito ao segundo julgamento na ADI 4.507 (STF, ADI 4507 2º Julg, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 14 fev. 2022), também classificado como IJ nos dados coletados. Trata-se de uma imprecisão, pois, na realidade, pautou-se para a sessão virtual iniciada no dia 3/9/2021 o julgamento de mérito da referida ação direta, que consta como segundo julgamento porque a decisão anterior havia se limitado a resolver a questão da legitimidade ativa.

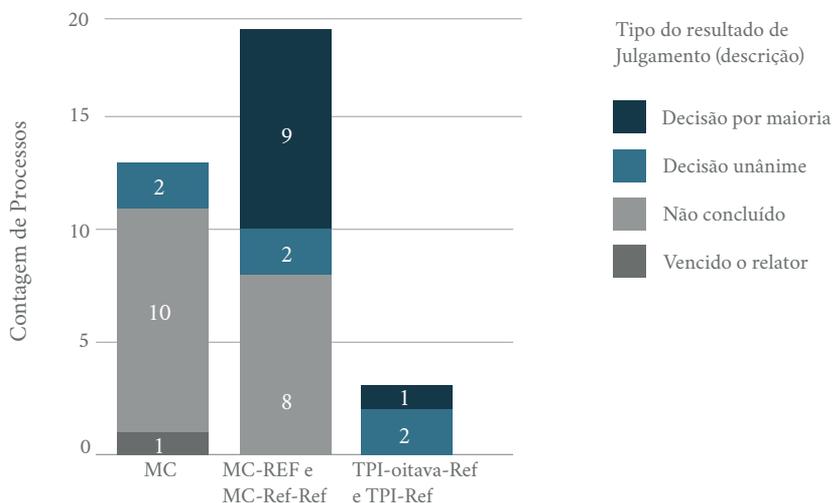
Gráfico 5. Detalhamento de RC e IJ



Quando se olha com mais cuidado para os incidentes recursais, percebe-se que são compostos majoritariamente por embargos de declaração (ED) e que cerca de ¼ deles são agravos regimentais. Dos 96 recursos pautados, foram 68 embargos de declaração (ED), 22 agravos regimentais (AgR), 5 embargos de declaração em agravos regimentais (AgR-ED) e 1 agravo regimental em embargos de declaração (ED-AgR). Para ser mais completa, uma análise desses números poderia ser realizada à luz da quantidade de processos de cada tipo pendentes de julgamento, o que contextualizaria a predominância de determinados tipos de incidentes, mas tal pesquisa envolveria um levantamento de dados que ultrapassa os limites deste trabalho.

No caso das apreciações de cautelares, percebe-se que existe uma preponderância da análise de referendos, o que poderia indicar a continuidade do processo de monocratização das decisões liminares no controle concentrado. Avança-se essa hipótese em razão de haver, à disposição dos Ministros, o mecanismo das sessões virtuais extraordinárias, que podem ter durações muito curtas. No entanto, deve-se admitir que a confirmação da hipótese depende de novas pesquisas, pois ela depende de uma análise qualitativa que permita a avaliação do grau de urgência das questões analisadas monocraticamente. Dentre os 36 casos levados a julgamento, 19 foram referendos em medidas cautelares (MC-Ref) e 3 foram referendos em tutelas provisórias incidentais (TPI-Ref). Apenas 13 tratavam de medidas cautelares a serem proferidas colegiadamente (MC).

Gráfico 6. Tipo de resultado de julgamento nos incidentes IJ

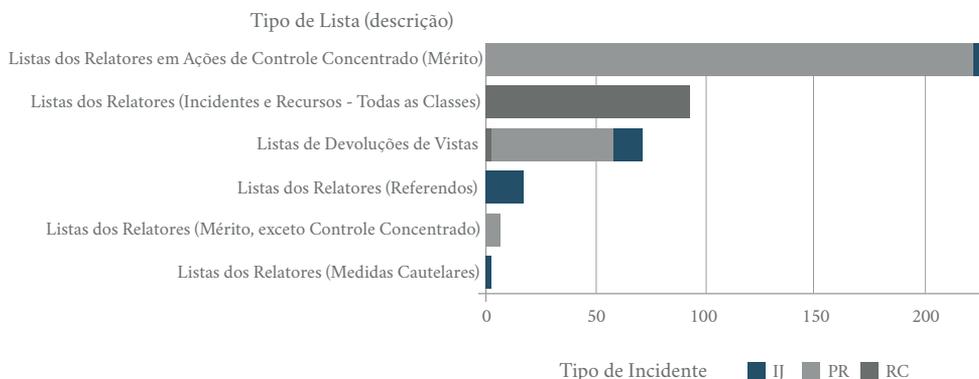


Dessas 13, apenas 3 foram concluídas, sendo 2 por decisão unânime (portanto, convergente com o relator) (ADI 6497 MC e ADPF 874 MC) e 1 com o resultado vencido o relator (ADI 6.565 MC). Nas outras 10 inserções em pauta<sup>37</sup>, houve interrupção por pedido de vista ou de destaque. Nos 19 referendos (MC-Ref), houve 2 decisões unânimes, 8 interrupções por pedido de vista ou destaque e 9 decisões por maioria, figurando o relator como vencedor. Nas tutelas provisórias incidentais, houve 2 decisões unânimes e 1 por maioria. Dessa forma, os dados sobre os referendos indicam uma alta taxa de confirmação colegiada da decisão proferida pelo relator, além de uma possível fragmentação temporal do processo decisório nos casos em que a decisão é originalmente submetida à apreciação colegiada.

Sob outro viés, como se sabe, uma peculiaridade do processo do PV é que os processos pautados para julgamento virtual devem constar de listas, que são organizadas na pauta virtual por tipo. No período analisado, os processos foram inseridos nos seguintes tipos de lista:

<sup>37</sup> Cabe frisar, mais uma vez, que a unidade de análise adotada é o “processo pautado”, ou seja, o ato de inserção do processo na pauta, o que permite que o mesmo processo seja contado múltiplas vezes. Em relação ao Gráfico 6, por exemplo, as ADPFs que tratavam do indicador RP 9 (despesas decorrentes de emendas de relator do PLOA) apareceram em duas sessões distintas, para referendo de decisões diversas, como se pode verificar na no Quadro 1, tendo sido concluídas em ambas as sessões.

### Gráfico 7. Quantidade de processos pautados por tipo de lista



A análise pormenorizada dos dados indica que, ao menos em alguns casos, a classificação dos processos não é feita com critérios rigorosos. Por exemplo, há medidas cautelares que foram incluídas no tipo “Lista dos Relatores em Ações de Controle Concentrado (Mérito)”. Além disso, 6 processos foram pautados no tipo “Lista dos Relatores (Mérito, exceto Controle Concentrado)”<sup>38</sup>. Essa falta de rigor exige que os pesquisadores tomem cuidados no caso de pesquisas que produzam análises baseadas na classificação das listas, e não das classes processuais, visto que a utilização desses dados exige uma correção prévia, para garantir a solidez das conclusões.

Verifica-se, assim, que, embora haja uma preponderância de julgamentos de mérito, as pautas virtuais são marcadas por uma heterogeneidade de incidentes, a evidenciar a sua utilização para a resolução de pedidos de naturezas processuais distintas.

## 4. A participação dos ministros na formação da pauta virtual

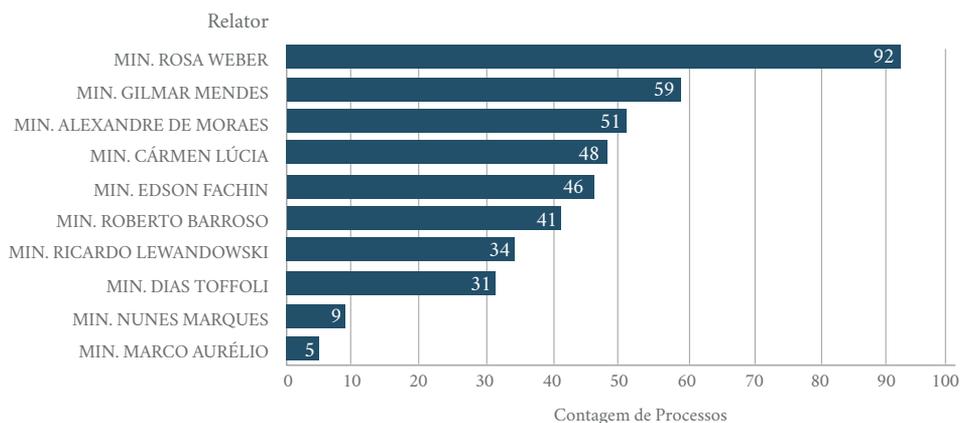
A análise do uso do poder de pauta pelos ministros é relevante para a dinâmica das sessões virtuais, em razão da possibilidade, aberta por esse mecanismo decisório, de que qualquer dos ministros possa pautar os processos de sua relatoria

<sup>38</sup> Esses processos compunham três listas de julgamento: a lista 456-2021 (ADI 3310, 3593 e ADPF 263, rel. Min. Gilmar Mendes), a lista 320-2021 (ADPF 819, rel. Min. Roberto Barroso) e a lista 469-2021 (ADI 6865 e 6871, rel. Min. Gilmar Mendes).

para julgamento, pulverização que pode significar uma democratização no poder de pauta no âmbito do STF.

Sobre o tema, os dados coletados na presente pesquisa permitem verificar a quantidade de processos pautados por relator, conforme o gráfico a seguir:

**Gráfico 8. Processos pautados por relator**



Os processos de relatoria do Min. Marco Aurélio são todos devoluções de vista, pois o período analisado é posterior à sua aposentadoria. Além disso, não houve nenhum processo pautado pelo Min. Luiz Fux, que exerceu a Presidência do STF durante o período estudado.

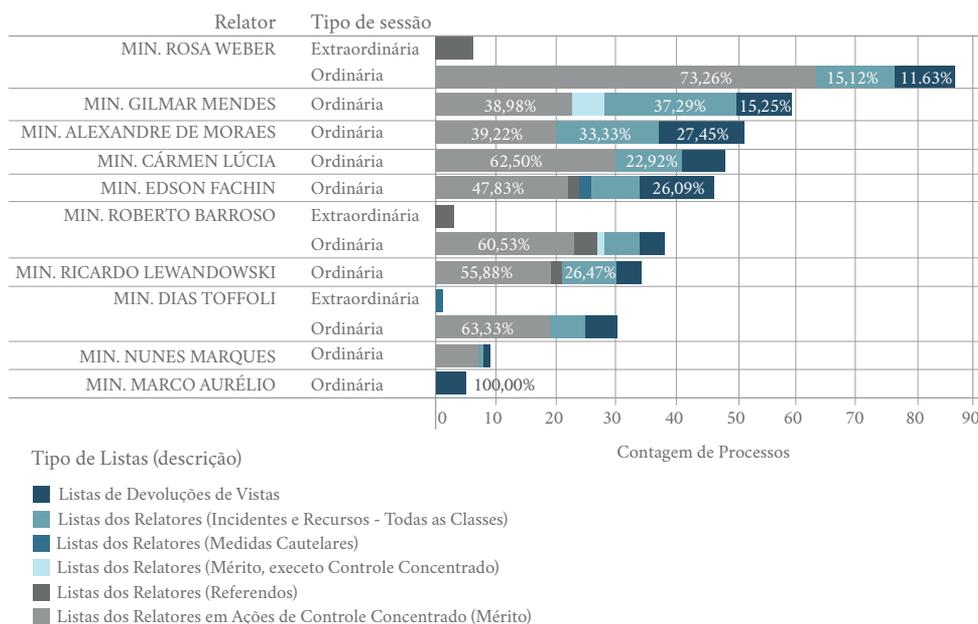
Preliminarmente, anote-se que esses números poderiam ser contextualizados à luz do acervo de cada gabinete, que pode ter quantidades diferentes de ações de controle concentrado em estoque. Esse contraste, no entanto, não é feito no presente trabalho, especialmente porque a unidade de análise aqui adotada é o processo pautado, tido como a inserção do processo em pauta, o que pode ser feito para julgamento de mérito, de recurso ou de outros incidentes processuais. Desse modo, ainda que o acervo de determinado ministro seja menor, presume-se que ele poderá ser responsável por uma quantidade significativa de inserções de processos em pauta. Além disso, os dados ora expostos devem ser vistos à luz da opção metodológica adotada no presente trabalho, que é a de analisar o processo pautado, e não, por exemplo, a lista de julgamento. Essa estratégia se justifica pelo fato de existirem casos em que processos compõem uma lista, mas têm desfechos distintos no Plenário Virtual. Isso ocorreu, por exemplo, no caso da ADI 6.953, pautada para a sessão de 22/10/2021 e destacada para julgamento presencial, a qual compunha a

lista 470-2021, rel. min. Rosa Weber, juntamente com outros 4 processos, os quais foram concluídos na referida sessão.

Feitos esses esclarecimentos, devido aos fatores que podem ter influência no quadro retratado no Gráfico 8, parece adequado segmentá-lo de pelo menos três maneiras.

Em primeiro lugar, um fator que poderia explicar a discrepância entre a quantidade total de processos pautados por ministro é a existência de uma quantidade maior de processos de listas de devoluções de vista. Esse é um fator que influencia a visualização do uso da pauta pelos ministros, pois as devoluções de vista, em regra, são pautadas quando o ministro vistor libera o processo, mas são incluídas em listas dos relatores.

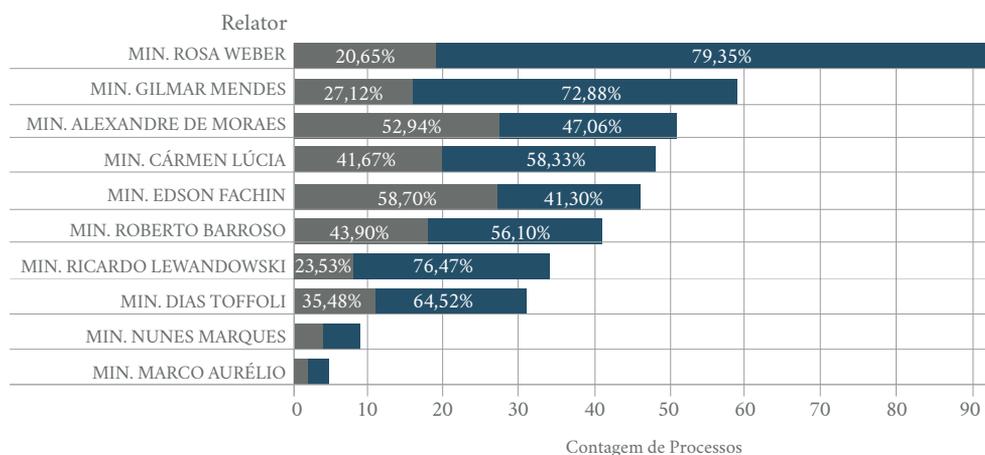
**Gráfico 9. Processos apresentados para julgamento virtual por tipo de lista e por relator, segmentados por tipo de sessão**



Tem-se assim que, em termos percentuais, as listas de devoluções de vista variaram entre 11,11% (Min. Nunes Marques) e 27,45% (Min. Alexandre de Moraes) do total de processos pautados por ministro em atividade no tribunal.

O segundo aspecto está relacionado aos influxos dos poderes de veto sobre o poder de agenda, o que permite compreender que nem sempre a proatividade do ministro em pautar uma quantidade maior de processos produz uma maior quantidade proporcional de processos com julgamentos concluídos na mesma sessão em que são pautados.

**Gráfico 10. Resultado dos processos apresentados para julgamento, quanto à conclusão do julgamento**



Tipo do Resultado de Julgamento (quanto à conclusão) ■ Concluído ■ Não Concluído

É possível verificar, desde logo, uma alta taxa de conclusão dos processos pautados pela Min. Rosa Weber e pelo Min. Ricardo Lewandowski (79,35% e 76,47%, respectivamente) e uma redução na taxa de processos concluídos pautados pelo Min. Edson Fachin e pelo Min. Alexandre de Moraes (41,3% e 47,06%, respectivamente). Esse é um fator que recomenda a realização de estudos sobre o perfil das interrupções nos julgamentos virtuais. Se é certo que a pesquisa empírica publicada pelo STF avançou, em certa medida, na documentação dos pedidos de destaque<sup>39</sup>, ainda resta uma relativa lacuna sobre os pedidos de vista realizados nas sessões assíncronas. O trabalho de Godoy e Araújo<sup>40</sup> contém informações relevantes sobre essas interrupções, que demonstram, especialmente, a tendência de indeferimento das solicitações de destaque formuladas pelas partes e

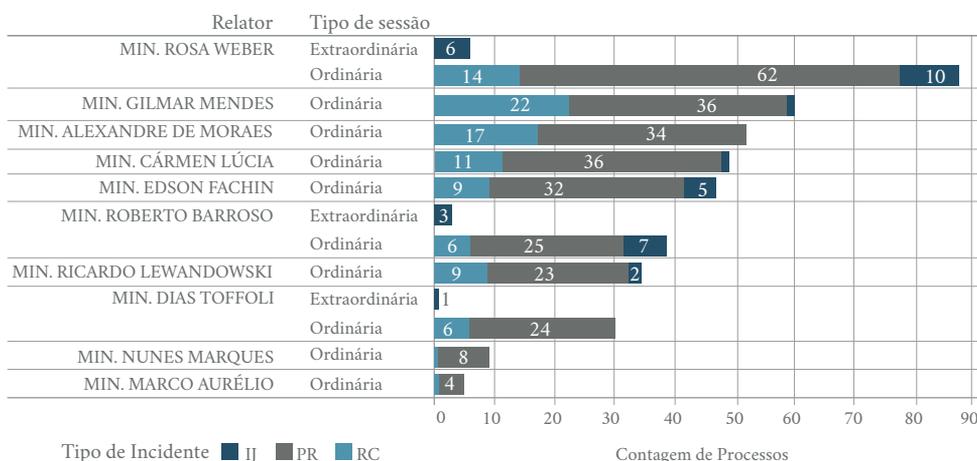
<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. . O plenário virtual na pandemia da Covid-19. p. 53.

<sup>40</sup> GODOY, Miguel Gualano de; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. A expansão da competência do Plenário Virtual do STF: colegialidade formal e déficit de deliberação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, p. 287.

a existência de diversos desses pedidos sem apreciação pelos relatores, em número não desprezível.

Em terceiro lugar, vale também analisar o que cada ministro apresenta para julgamento virtual, com base no tipo de incidente que identifica os processos pautados. Nesse ponto, é válido segmentar as sessões extraordinárias, em que o tipo de incidente é constante (IJ).

**Gráfico 11. Perfil de incidentes apresentados para julgamento virtual por ministro, segmentados por tipo de sessão**



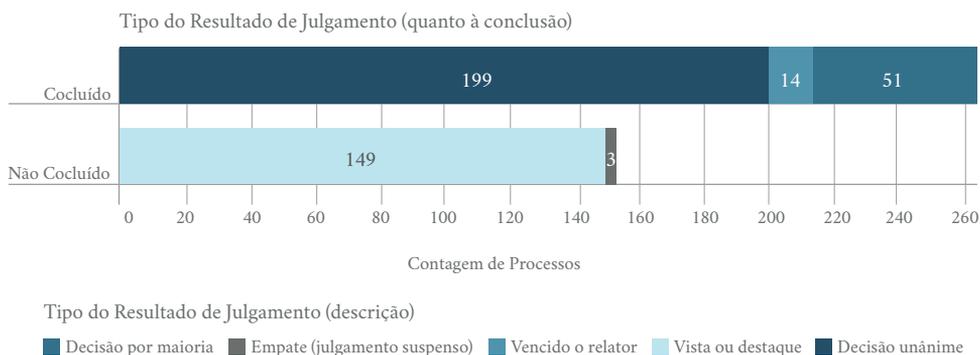
O Gráfico 11 revela, como já mencionado, que apenas 3 ministros utilizaram o instrumento das sessões virtuais extraordinárias no período, bem como que, conforme esperado, a maioria dos processos pautados por todos os ministros diz respeito a julgamentos de mérito.

Uma visão panorâmica desses achados revela que, apesar das discrepâncias em relação à quantidade de processos pautados por ministro, houve acionamento do mecanismo assíncrono por todos os julgadores, à exceção do Min. Luiz Fux, que ocupou a Presidência no período analisado.

## 5. O desfecho das questões submetidas a julgamento virtual

Também foram analisadas as sessões a partir do tipo de resultado de julgamento referente a cada processo pautado, o que permite compreender o desfecho das questões submetidas a julgamento virtual.

Gráfico 12. Desfecho dos processos pautados submetidos a julgamento virtual



Dentre os processos analisados, 264 foram concluídos, sendo 199 decisões unânimes e 65 não unânimes. Os dados coletados classificam as decisões não unânimes em “por maioria”, nos casos em que prevaleceu o voto do relator, e “vencido o relator”, havendo, respectivamente, 51 e 14 decisões de cada tipo. Neste ponto, deve-se ressaltar, na linha do que foi afirmado na pesquisa empírica publicada pelo STF, que levantar a quantidade de decisões por tipo de julgamento “(...) é uma informação relevante para que se comece a entender os indícios de quais são os estímulos e os desestímulos que o processo de tomada de decisão no ambiente virtual pode provocar”<sup>41</sup>. O referido estudo atesta que a taxa de julgamentos unânimes em ações de controle concentrado julgadas antes da pandemia foi de 65% do total, número que foi reduzido para 44,5% de 20/03/2020 a 31/12/2020<sup>42</sup>.

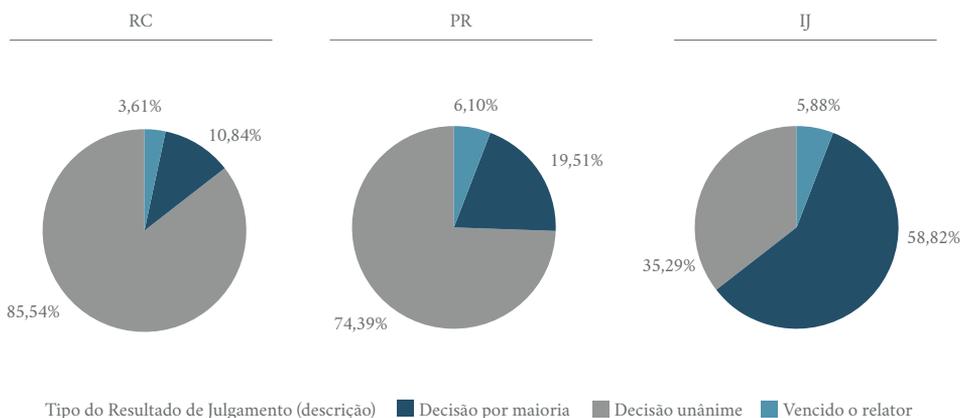
Na presente pesquisa, considerando-se os dados expostos no Gráfico 10 supra e excluindo-se os processos não concluídos, tem-se uma taxa de 75,37% de decisões unânimes, considerados todos os processos concluídos (199 de 264). É possível aprofundar esses dados, verificando-se, dentro dos processos com julgamento

<sup>41</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. O plenário virtual na pandemia da Covid-19. p. 44.

<sup>42</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. O plenário virtual na pandemia da Covid-19. p. 51.

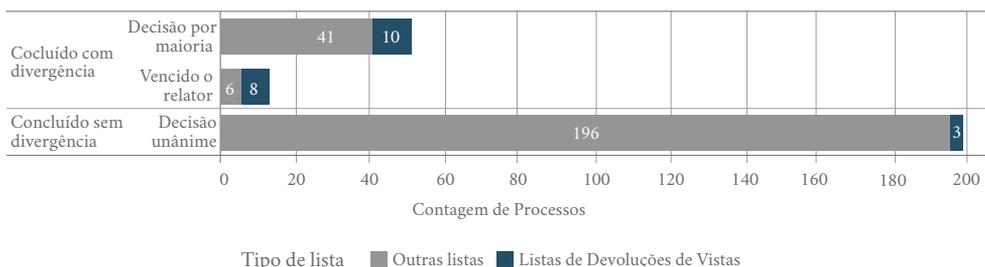
concluído em cada tipo de incidente, o percentual de decisões unânimes. A análise desses dados revela uma maior taxa de decisões unânimes nos recursos (85,54%, sendo 71 de 83), seguida dos processos principais (74,39%, sendo 122 de 164) e uma taxa muito menos significativa nas questões incidentais (35,29%, sendo 6 de 17).

**Gráfico 13. Percentual de decisões unânimes, por maioria e vencido o relator por tipo de incidente**



Ainda dentro dos processos pautados concluídos, é possível a realização de uma segmentação por tipo de lista, mas, desta vez, com o objetivo de verificar quantos processos foram efetivamente pautados e concluídos na mesma sessão virtual.

**Gráfico 14. Processos concluídos na mesma sessão em que foram inicialmente pautados**



Nas decisões proferidas à unanimidade, existe uma alta taxa de conclusão do processo na mesma sessão em que ele é inicialmente apresentado (98,4%). No caso dos processos com julgamento não unânime, essa situação se modifica, pois existe

um número bastante alto de devoluções de vista, a indicar uma interrupção do julgamento em sessão anterior. É relativamente raro que os processos sejam concluídos no sentido contrário ao do voto do relator durante a mesma sessão: apenas 42,8% dos processos em que o relator é vencido foram apreciados em uma sessão apenas, o que sugere que o pedido de vista pode ser um elemento importante na construção de uma maioria contrária aos relatores. Essa centralidade dos pedidos de vista é ressaltada pelo fato de que, quando a divergência ocorre durante a sessão, a maior probabilidade é a de que não se construa uma maioria contrária ao relator, visto que 80,3% dos processos em que a decisão majoritária segue o relator foram examinados em uma sessão apenas.

Além disso, 152 entradas foram classificadas como “não concluído”, seja em razão de pedido de vista ou de destaque, seja em razão da ocorrência de empate, decorrente da composição par do STF durante o período analisado. Isso ocorreu na ADPF 527, na ADI 3.901 e na ADI 2.975 ED, nas quais o julgamento foi suspenso para o proferimento do voto pelo novo ministro, nos termos do artigo 173, parágrafo único, do RISTF.

É necessário reconhecer que esses números se referem à unidade de análise deste trabalho, ou seja, aos processos pautados, e servem a mostrar um panorama inicial das dinâmicas envolvidas nas sessões virtuais. Dessa forma, o resultado de “não conclusão” aqui exposto pode ser contrastado com pesquisas que tratem sobre os processos únicos efetivamente concluídos no período, e que podem indicar um quadro em que houve poucos processos únicos, mas eles foram pautados várias vezes (seja por pedido de vista, seja para julgamento de outros incidentes), ou um cenário em que houve muitos processos únicos, pautados poucas vezes. Deve-se ressaltar também que as conclusões e não conclusões aqui analisadas podem dizer respeito ao mérito, à análise de recursos ou a outros incidentes.

A existência de diferentes tipos de resultado de julgamento também é um elemento que aponta para a massificação do uso do Plenário Virtual, que é assim considerado pelo Tribunal como apto à discussão e julgamento de questões a respeito das quais não há tendência à unanimidade.

## 6. Conclusão

Este trabalho procurou demonstrar, por meio do levantamento do perfil de processos de controle concentrado de constitucionalidade pautados no Plenário

Virtual, que este ambiente decisório assíncrono possui mecanismos e categorias que merecem ser estudados à luz de seu desenho deliberativo, ainda quando se trate de institutos apropriados das sessões presenciais.

A análise dos dados revela que, com a universalização do Plenário Virtual, o STF o equipou com instrumentos que intencionam viabilizar a submissão de quaisquer casos aos julgamentos eletrônicos. Essa parece ser uma lógica que já foi internalizada nas práticas do STF, pois não se verifica uma homogeneidade de incidentes nem de tipos de resultado de julgamento nos processos pautados para julgamento assíncrono.

Com efeito, revelou-se, inicialmente, um aumento paulatino da quantidade de processos de controle concentrado pautados para o ambiente virtual de julgamento, movimento que ganha impulso na Fase Intermediária e se acentua na Fase Universal da Etapa Ampliativa.

Além disso, quanto ao segundo semestre de 2021, demonstrou-se um pico na quantidade de julgamentos pautados para as sessões iniciadas em outubro, bem como uma média de 2 processos pautados por sessão extraordinária (10 processos pautados em 5 sessões) e de 21 processos pautados por sessão ordinária (406 processos pautados em 19 sessões).

Evidenciou-se também que a maioria dos processos de controle concentrado pautados no período foi de julgamentos de mérito (PR), seguida de recursos (RC) e questões incidentais (IJ). Consequentemente, como esperado, a maioria dos processos estava inserida em listas classificadas pelos relatores como “Listas dos Relatores em Ações de Controle Concentrado (Mérito)”. Apesar disso, foram verificados alguns erros na classificação dessas listas pelo STF.

Quanto ao tipo de resultado de julgamento, verificou-se, primeiramente, que, do total de processos pautados para o período, 63,46% foram concluídos (264 de 416) e 36,53% não foram concluídos (152 de 416). Quanto aos processos concluídos, tem-se que, em 75,37% dos casos (199 de 264), as decisões são proferidas à unanimidade; em 19,31% (51 de 264), por maioria com a prevalência do relator, e, em apenas 5,30% (14 de 264), o relator é vencido.

Esses achados indicam que a utilização do Plenário Virtual pelos ministros não está restrita a determinados incidentes ou a matérias com tendência à unanimidade, o que parece apontar para uma perenidade do uso do mecanismo

assíncrono para o julgamento de quaisquer processos submetidos ao STF. É certo que, por se restringirem a um período próximo a picos pandêmicos, os dados ora expostos deverão ser analisados com pesquisas que abordem momentos posteriores. No entanto, como se afirmou na abertura deste trabalho, atualmente não há nenhum elemento que sugira o desuso do mecanismo assíncrono ante o ocaso da pandemia, permanecendo em vigor os termos das emendas regimentais que autorizaram a sua ampliação, as quais não a condicionam à crise sanitária.

No que diz respeito à relação entre a conclusão do processo e o tipo de resultado de julgamento, evidenciou-se que a taxa de conclusão do processo na mesma sessão em que ele é apresentado foi de 98,4% para as decisões proferidas à unanimidade; 80,3% para as decisões por maioria e 42,8% nas decisões colegiadas em que o relator resta vencido.

Traçou-se um perfil da quantidade de processos pautados por ministro, o qual revela, de maneira notável, uma elevada quantidade do uso do Plenário Virtual pela Min. Rosa Weber, que também apresenta a maior taxa de julgamentos concluídos nas sessões virtuais (79,35%). Nesse ponto, também se constatou que apenas três ministros utilizaram o instrumento das sessões extraordinárias no período.

Apesar disso, esses dados apontam para a distribuição do poder de pauta entre os ministros, no sentido de que utilizam de forma ampla a faculdade regimental de incluir processos na pauta virtual, sem necessidade de anuência do Presidente. De fato, a existência de processos pautados por todos os ministros, à exceção daquele que ocupava a Presidência à época, revela uma massiva aceitação do mecanismo assíncrono no STF e, possivelmente, uma pulverização do poder de agenda. Este trabalho não se propôs a realizar comparações entre o plenário físico e o virtual. Apesar disso, admite-se que eventual análise comparativa entre a pauta presencial e a virtual poderia indicar se essa alteração regimental efetivamente influenciou os espaços de agenda de cada ministro, o que pode, inclusive, ter relação com os acervos dos gabinetes.

O quadro exposto no presente artigo buscou apresentar um perfil dos processos pautados para julgamento no Plenário Virtual do STF no segundo semestre de 2021, a partir da utilização da unidade de análise que se denominou “processos pautados” e de variáveis que buscam contribuir e dialogar com as pesquisas empíricas realizadas sobre os julgamentos assíncronos em curso no Tribunal.

Há achados que indicam a necessidade de aprofundar diagnósticos quanto ao Plenário Virtual, a exemplo daquele que aponta para uma considerável discrepância nas taxas de conclusão do processo na mesma sessão em que é apresentado para decisões unânimes, por maioria e naquelas em que o relator ficou vencido. Semelhantemente, os diferentes percentuais de processos pautados e concluídos nas sessões virtuais por julgador abrem questionamentos sobre os mecanismos interruptivos do ambiente assíncrono, cujas peculiaridades inspiram estudos mais detalhados.

Apesar disso, os dados analisados convergem com pesquisas e estudos empíricos já existentes sobre o tema no sentido de indicar a diversidade de incidentes pautados para as sessões virtuais e de tipos de resultado de julgamento verificados. Além disso, as informações a respeito da utilização das sessões extraordinárias para debater temas sensíveis revelam que, na prática, a gama de matérias que podem ser decididas virtualmente é ampla. Esses achados, aliados ao histórico de virtualização do STF, parecem apontar para a perenidade do Plenário Virtual, ou seja, a ausência de vinculação desse mecanismo decisório ao episódio pandêmico e, conseqüentemente, para a necessidade de prosseguir-se no mapeamento das peculiares dinâmicas envolvidas no ambiente decisório assíncrono do STF.

## Referências

ADAMY, Pedro. Plenário virtual em matéria tributária: déficit deliberativo e violações constitucionais. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 46, p. 512-533, 2020. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1113/35>. Acesso em: 10 abr. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pesquisa empírica Plenário Virtual na pandemia: resultados preliminares – fase I**. Brasília: CNJ, [2022]. 17 p. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/apresentacao-pesquisa-pv-09-09.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Relatório de atividades 2019**. Brasília: STF, 2020. 137 p. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/2112>. Acesso em: 10 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Relatório de atividades 2020**. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2021. 142 p. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/2779>. Acesso em: 10 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **O plenário virtual na pandemia da Covid-19**. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022. 58 p. Disponível em: <http://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/4394>. Acesso em: 10 abr. 2023.

CASTRO, Pedro Ian Ramalho Luz de. **O julgamento em lista nas ações diretas de inconstitucionalidade**. 2022. 87 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2022. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/45133/1/2022\\_PedroIanRamalhoLuzdeCastro.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/45133/1/2022_PedroIanRamalhoLuzdeCastro.pdf). Acesso em: 10 abr. 2023.

FUX, Luiz. Pronunciamento do Ministro Luiz Fux, Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, por ocasião da comemoração de seu 1º ano de gestão. **Consultor Jurídico**, 22 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fux-ano.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2021.

GODOY, Miguel Gualano de; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. A expansão da competência do Plenário Virtual do STF: colegialidade formal e déficit de deliberação. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 12, n. 1. p. 276-295, 2022. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/8147/pdf>. Acesso em: 10 abr. 2023.

GOMES, Kelton de Oliveira. **A monocratização das liminares em controle concentrado de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal (1988-2018)**. 2019. 125 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: [http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/193525/Gomes%2c%20KO\\_M.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/193525/Gomes%2c%20KO_M.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 10 abr. 2023.

MATYAS, David; WILLS, Peter; DEWITT, Barry. Imagining resilient courts: from COVID to the future of Canada's judicial system. **SSRN**, 4 fev. 2021. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3778869>. Acesso em: 29 jan. 2022.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. 249 p.

PASSOS, Hugo Assis; SANTOS, Cleopas Isaías; OLIVEIRA, João Rafael. A ampliação da competência do Plenário Virtual no Supremo Tribunal Federal no cenário da crise de saúde gerada pelo Covid-19. **IDP Law Review**, v.1, n.1, p. 258-284, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/lawreview/article/view/5396/2087>. Acesso em: 10 abr. 2023.

PEDROSA, Maria Helena Martins Rocha; COSTA, Alexandre Araújo. O Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal: evolução das formas de julgamento e periodização. **REI: revista estudos institucionais**, v. 8, n. 1, p. 62-87, 2022. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/666/770>. Acesso em: 10 abr. 2023.

PEREIRA, Paula Pessoa. Engrenagens do desempenho deliberativo do STF nos julgamentos virtuais: uma proposta de justes de peças. **Jota**, 19 nov. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/elas-no-jota/engrenagens-do-desempenho-deliberativo-do-stf-nos-julgamentos-virtuais-19112020>. Acesso em: 4 fev. 2022.

PETER, Christine. Supremo Tribunal Virtual aproxima presente do futuro. **Consultor Jurídico**, 4 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-04/observatorio-constitucional-supremo-tribunal-virtual-aproxima-presente-futuro>. Acesso em: 23 jan. 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. **Suprema: revista de estudos constitucionais**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22-56, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/17/14>. Acesso em: 10 abr. 2023.

SOUZA, Murilo. Fux diz que novo ciclo é oportunidade para renovar compromisso com Constituição e democracia. **Câmara dos Deputados**, Notícias, Política e Administração Pública, Brasília, 3 fev. 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/725396-fux-diz-que-novo-ciclo-e-oportunidade-para-renovar-compromisso-com-constituicao-e-democracia/>. Acesso em: 29 jan. 2022.

SOCIETY FOR COMPUTERS AND LAW. **Remote courts – worldwide**. Bristol, 2020. Disponível em: <https://remotecourts.org/>. Acesso em: 29 jan. 2022.

SUSSKIND, Richard. The future of courts. **The Practice**, v. 6, n. 5, jul./ago. 2020. Disponível em: <https://clp.law.harvard.edu/article/the-future-of-courts/>. Acesso em: 10 abr. 2023.





# Aplicação extraterritorial de tratados de direitos humanos: evolução à luz de demandas de direitos humanos contemporâneas<sup>1</sup>

*Extraterritorial application of human rights treaties: an evolution considering contemporary human rights needs*

*Aplicación extraterritorial de tratados de derechos humanos: evolución a la luz de demandas contemporâneas de derechos humanos*

**Aziz Tuffi Saliba<sup>2</sup>**

Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte, MG, Brasil)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3219-1353>  
E-mail: [azizsaliba@ufmg.br](mailto:azizsaliba@ufmg.br)

**Tainá Garcia Maia<sup>3</sup>**

University of Münster (Münster, Alemanha)  
Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte, MG, Brasil)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1062-0388>  
E-mail: [tgarciam@uni-muenster.de](mailto:tgarciam@uni-muenster.de) / [tainagm@hotmail.com](mailto:tainagm@hotmail.com)

## Resumo

Em diversas circunstâncias, os Estados têm controle sobre os direitos dos indivíduos situados fora de seu próprio território. Isso ocorre, por exemplo, quando um Estado atua militarmente em outro território, quando resgata imigrantes no alto-mar, ou até mesmo quando conduz operações com equipamento remoto. Nessas circunstâncias, quais obrigações emergem à luz dos tratados de direitos humanos para o Estado que age extraterritorialmente? Neste artigo, por meio de análise da jurisprudência do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, da

<sup>1</sup> SALIBA, Aziz Tuffi; MAIA, Tainá Garcia. Aplicação extraterritorial de tratados de direitos humanos: evolução à luz de demandas de direitos humanos contemporâneas. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 3, n. 1, p. 163-209, jan./jun. 2023. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a180>.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito pela University of Arizona. Professor de Direito Internacional da UFMG. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/5796728235487315>

<sup>3</sup> Pesquisadora na Universidade de Münster (WWU). Doutoranda em Direito na WWU e na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Teoria e Prática dos Direitos Humanos (Universidade de Oslo, 2018). Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/5201098252086813>

Corte Internacional de Justiça, da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e da Comissão e da Corte Europeia de Direitos Humanos, analisa-se a evolução do conceito de jurisdição extraterritorial de tratados de direitos humanos e as decorrentes obrigações para os Estados. Conclui-se que os Estados têm a obrigação negativa de respeitar direitos humanos e a obrigação positiva de devida diligência sempre que tiverem controle sobre seus agentes e estes exercerem poder sobre a realização dos direitos de outrem em território estrangeiro.

## Palavras-chave

Jurisdição extraterritorial; Tratados de direitos humanos; Jurisprudência internacional; Devida diligência.

## Sumário

1. Introdução. 2. Atualidade do debate à luz de novas formas de combate. 3. Tipos de jurisdição. 3.1 Jurisdição doméstica. 3.2 Jurisdição de órgãos internacionais. 3.3 “Jurisdição” como conceito delimitador do âmbito de aplicação de tratados de direitos humanos. 4. Evolução do conceito de “jurisdição extraterritorial” na prática de órgãos internacionais. 4.1 Órgãos da Organização das Nações Unidas. 4.1.1 Comitê de Direitos Humanos. 4.1.2 Corte Internacional de Justiça. 4.2. Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos. 4.3 Comissão e Corte Europeia de Direitos Humanos. 5. Proposta de delimitação à luz da concepção de Milanović. 5.1 Jurisdição como controle sobre uma área e o critério da ocupação. 5.2 Jurisdição como controle sobre indivíduos. 6. Conclusão.

## Abstract

In various circumstances, states exert control over the rights of individuals located outside their own territory. This occurs, for example, when a State conducts a military activity in another territory, when it rescues immigrants on the high seas, or even when it conducts operations from the distance using state-of-the-art technology. In these circumstances, what obligations emerge under human rights treaties for the state acting extraterritorially? This paper studies the evolution of the concept of extraterritorial jurisdiction of human rights treaties, through the analysis of the jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee, the International Court of Justice, the Inter-American Commission and Court of Human Rights, and the European Commission and Court of Human Rights. It concludes that states have a negative obligation to respect human rights and a positive obligation to act in due diligence whenever they have control over their agents and exercise power over the realization of the rights of others outside of its territory.

## Keywords

Extraterritorial jurisdiction; Human rights treaties; International jurisprudence; Due diligence.

## Contents

1. Introduction. 2. Relevance of the debate considering new forms of combat. 3. Types of jurisdiction. 3.1 Domestic jurisdiction. 3.2 Jurisdiction of international bodies. 3.3 “Jurisdiction” as a concept that delimitates the scope of application of human rights treaties. 4. Evolution of the concept of “extraterritorial jurisdiction” in the practice of international bodies. 4.1 United Nations organs. 4.1.1 Human Rights Committee. 4.1.2 International Court of Justice. 4.2. Inter-American Commission and Court of Human Rights. 4.3 European Commission and Court of Human Rights. 5. Proposed delimitation considering Milanović’s conceptualization. 5.1 Jurisdiction as control over a territory and the criterion of occupation. 5.2 Jurisdiction as control over individuals. 6. Conclusion.

## Resumen

En diversas circunstancias, los Estados ejercen control sobre los derechos de las personas ubicadas fuera de su propio territorio. Esto ocurre, por ejemplo, cuando un Estado actúa militarmente en otro territorio, cuando rescata inmigrantes en alta mar, o incluso cuando realiza operaciones remotas con tecnología de punta. En estas circunstancias, ¿qué obligaciones surgen de los tratados de derechos humanos para el Estado que actúa extraterritorialmente? Este artículo analiza la evolución del concepto de jurisdicción extraterritorial de los tratados de derechos humanos y las obligaciones resultantes para los Estados, a través de un análisis de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos. Se concluye que los Estados tienen una obligación negativa de respetar los derechos humanos y una obligación positiva de debida diligencia siempre que tengan control sobre sus agentes y ejerzan poder sobre la realización de los derechos de otros en territorio extranjero.

## Palabras clave

Jurisdicción extraterritorial; tratados de derechos humanos; Jurisprudencia internacional; Debida diligencia

## Índice

1. Introdução. 2. Atualidade do debate a la luz de las nuevas formas de combate. 3. Tipos de Jurisdicción. 3.1 Jurisdicción Doméstica. 3.2 Jurisdicción de los

organismos internacionais. 3.3 “Jurisdição” como conceito delimitador del ámbito de aplicación de los tratados de derechos humanos. 4. Evolución del concepto de “jurisdição extraterritorial” en la práctica de los organismos internacionales. 4.1 Órganos de las Naciones Unidas. 4.1.1 Comité de Derechos Humanos. 4.1.2 Corte Internacional de Justicia. 4.2. Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos. 4.3 Comisión Europea de Derechos Humanos y Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 5. Propuesta de delimitación a la luz de la concepción de Milanović. 5.1 La jurisdicción como control sobre un área y criterio de ocupación. 5.2 La jurisdicción como control sobre los particulares. 6. Conclusión.

## 1. Introdução

Em um período no qual muitos países do Cone Sul, incluindo Uruguai e Brasil, viviam ditaduras, os governos militares da região organizaram-se através da chamada Operação Condor. A Operação foi uma aliança entre países do Cone Sul regidos por ditaduras militares, com o apoio da CIA, para coordenar inteligência e operações de segurança contra opositores do regime.<sup>4</sup> Neste contexto, insere-se o caso da uruguaia Lilia Celiberti, opositora ao regime ditatorial de seu país, detida com seus filhos no Brasil por agentes uruguaiois, sob a denúncia de haver transportado materiais subversivos.

Lilia Celiberti de Casariego era membro ativo da *Resistencia Obrero-Estudiantil*. Em 1974, foi autorizada a sair do Uruguai. Quatro anos depois, foi para Porto Alegre, alegadamente para contatar exilados uruguaiois que moravam na cidade brasileira. No entanto, em novembro de 1978, foi presa em Porto Alegre por agentes uruguaiois com a conivência de dois policiais brasileiros.

Celiberti permaneceu detida por sete dias em seu apartamento em Porto Alegre e foi separada de seus dois filhos (um de três, e outro de cinco anos de idade), que foram levados pela polícia brasileira. Posteriormente, ela e seus filhos foram encaminhados à fronteira uruguaia e separados novamente. Após 11 dias da separação, os filhos foram entregues a seus avós maternos, e Celiberti foi levada à força ao território uruguaio, onde permaneceu em detenção. As *Fuerzas Conjuntas* uruguaias confirmaram publicamente a prisão de Celiberti e de suas duas crianças,

<sup>4</sup>Ver CIDH, *Goiuburú y otros v. Paraguay*: julgamento: mérito, reparações e custas, 22 setembro 2006, para. 61(5)-(6).

afirmando que os três haviam tentado cruzar a fronteira Brasil-Uruguai secretamente e com materiais subversivos.<sup>5</sup> Celiberti foi mantida incomunicável até março de 1979 e respondeu judicialmente perante o Tribunal Militar uruguaio por associação subversiva, violação da Constituição por conspiração e atos preparatórios para tal fim, entre outras violações do Código Militar Penal em conjunção com o Código Penal ordinário. Celiberti foi mantida em “custódia preventiva” e recebeu um advogado de defesa *ex officio*.<sup>6</sup>

Celiberti recorreu ao Comitê de Direitos Humanos (CDH), denunciando violações ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) cometidas pelo Estado uruguaio. O CDH observou que os atos denunciados por Celiberti foram cometidos por agentes uruguaiois em território estrangeiro. Notou que, à luz do Artigo 1 do Protocolo Opcional I (PO I), o Comitê é competente para receber comunicados individuais de indivíduos sujeitos à *jurisdição* do Estado signatário do Protocolo. O CDH explicou que o termo “jurisdição” faz referência à relação entre o indivíduo e o Estado no que tange à violação de direitos humanos, e não ao local em que tal violação foi cometida. Em outras palavras, obrigações de direitos humanos podem coexistir com o exercício de jurisdição extraterritorial pelo Estado.

O tema da aplicação extraterritorial de tratados de direitos humanos foi classificado por Milanović como uma das mais interessantes questões que o direito internacional enfrenta na atualidade.<sup>7</sup> De modo similar, Karen da Costa assevera que o tema está bastante presente no atual debate jurídico e pontua que “o debate recebeu ampla atenção pública devido, especialmente, à ‘guerra ao terror’ liderada pela Administração dos Estados Unidos da América de George W. Bush, na qual várias alegações de sérias violações de direitos humanos estavam ligadas a operações militares no exterior”.<sup>8</sup>

Cerca de duas décadas após o início da “guerra ao terror”, a análise quanto à aplicação extraterritorial de direitos humanos em situações de conflito armado

<sup>5</sup> CDH, Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguai: Comunicado n. 56/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1, de 29 de julho de 1981, para. 2.2.

<sup>6</sup> CDH, Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguai: Comunicado n. 56/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1, de 29 de julho de 1981, para. 2.2.

<sup>7</sup> MILANOVIĆ, Marko. From compromise to principle: clarifying the concept of state jurisdiction in human rights treaties. *Human Rights Law Review*, v. 8, p. 1-40, 2008.

<sup>8</sup> COSTA, Karen da. *The extraterritorial application of selected human rights treaties*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. p. 1-2.

detém grande relevância. Não apenas conflitos armados não cessaram no mundo contemporâneo (*vide* a guerra entre Ucrânia e Rússia em território ucraniano), como também se modificaram as formas de combate. Novas tecnologias foram incorporadas aos conflitos bélicos, tais como o uso de *drones* e ataques cibernéticos. Estando em transformação as formas de combate e, conseqüentemente, as formas pelas quais um Estado pode exercer controle sobre outro território ou indivíduos em território estrangeiro, torna-se fundamental investigar de que modo o conceito de “jurisdição” em tratados de direitos humanos evoluiu.

O presente artigo visa investigar como o conceito de jurisdição evoluiu na jurisprudência internacional e de que modo se aplica a demandas contemporâneas. Para fins deste artigo, a palavra “evolução” não é tomada como indicadora de juízo de valor, mas meramente indicativa do desenvolvimento temporal do termo “jurisdição extraterritorial” nas jurisdições estudadas.

Para realizar esta investigação, os autores analisaram a jurisprudência de seis órgãos internacionais: Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas; Corte Internacional de Justiça; Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos; e Comissão e Corte Europeia de Direitos Humanos. Engloba-se, assim, órgãos judiciais (as três cortes supracitadas) e quase judiciais (o Comitê e as duas comissões).<sup>9</sup> Esses órgãos foram selecionados por terem publicado decisões influentes sobre o tema e por possibilitarem aos autores comparar formulações do conceito de jurisdição extraterritorial desenvolvidas por órgãos inseridos em distintos contextos jurídicos e políticos. Ao realizar uma seleção de casos que inclui os casos proeminentes sobre o tema (*leading cases*), bem como as decisões que introduziram inovações na conceituação de jurisdição extraterritorial para fins de aplicação de tratados de direitos humanos, o artigo fornece ao leitor uma visão geral sobre os principais modelos de jurisdição adotados por órgãos internacionais. Uma desvantagem desta escolha metodológica é limitar-se aos casos mais paradigmáticos, não trazendo assim um mapeamento completo das jurisdições estudadas.

O procedimento metodológico utilizado foi a técnica documental, com análise bibliográfica e de conteúdo das decisões dos órgãos supracitados. Este trabalho se baseia principalmente na concepção de jurisdição trazida por Marko

---

<sup>9</sup>O termo “quase-judicial” é utilizado neste estudo para descrever decisões de órgãos que, embora não sejam tribunais, possuem um mandato para analisar disputas jurídicas com base no Direito e de acordo com as garantias do devido processo.

Milanović.<sup>10</sup> A concepção de Milanović ultrapassa a tradicional divisão entre os modelos espacial e pessoal de jurisdição e apresenta um modelo inovador para delimitar o exercício de jurisdição extraterritorial.

A seção 2 trará dois exemplos contemporâneos que demonstram a atualidade e relevância do tema. Em seguida, a seção 3 distinguirá os diferentes significados que a palavra “jurisdição” pode assumir no direito internacional. A seção 4 trará uma análise empírica da evolução do conceito de jurisdição extraterritorial na prática dos órgãos judiciais e semijudiciais supramencionados. Finalmente, a partir dessa análise empírica e da concepção de jurisdição trazida por Milanović, a seção 5 fechará o artigo analisando critérios para a delimitação da aplicação extraterritorial de direitos humanos que possam responder adequadamente às novas demandas da realidade contemporânea.

## 2. Atualidade do debate à luz de novas formas de combate

*Drones* são veículos aéreos não tripulados, controlados por pilotos que permanecem em terra.<sup>11</sup> Foram usados, por exemplo, pelos EUA em sua atuação no Afeganistão e no Paquistão. Esses equipamentos são armas de precisão que dispensam, em dadas circunstâncias, o envio de tropas terrestres. Pela sua precisão, essa arma moderna pode exercer um controle sobre indivíduos, que, em certos casos, pode ser maior do que o que uma tropa terrestre teria. Consequentemente, o uso de *drones* leva a debates sobre a aplicação extraterritorial dos tratados de direitos humanos dos quais o Estado é parte, nos limites do controle exercido.

Um outro tema que demonstra a atualidade do debate trazido neste artigo são ataques cibernéticos. Estes podem ser definidos como “qualquer ação tomada para minar as funções de uma rede de computador por propósitos políticos ou de segurança nacional”.<sup>12</sup> Constitui uma conduta ativa, seja ofensiva ou defensiva. Ademais, deve afetar a atual ou futura habilidade de funcionamento de uma rede

<sup>10</sup> MILANOVIĆ, Marko. From compromise to principle: clarifying the concept of state jurisdiction in human rights treaties. p.1-40.

<sup>11</sup> O'CONNELL, Mary Ellen. Unlawful killing with combat drones: a case study of Pakistan: 2004-2009. *Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper*, n. 9-43, p.1, 2010.

<sup>12</sup> HATHAWAY, Oona A. *et al.* The law of cyber-attack. *California Law Review*, v. 100, p. 826, 2012.

de computador. Consequentemente, a espionagem cibernética, por exemplo, não se caracteriza como um ataque cibernético.<sup>13</sup>

Embora, de início, um ataque cibernético pareça envolver menos controle sobre indivíduos do que o uso de *drones*, uma análise mais atenta pode revelar que esse não é sempre o caso. Contemporaneamente, computadores e sistemas *online* são amplamente utilizados pela sociedade, não apenas na vida civil, como também em conflitos armados. A título de exemplo, cabe mencionar que satélites GPS guiam bombas e que o funcionamento de *drones* depende de redes de computadores. Hipoteticamente, podemos visualizar uma situação na qual um ataque cibernético afeta o funcionamento de um satélite GPS que guia bombas, resultando no direcionamento dessas bombas para um local distinto do que se desejava inicialmente e gerando mortes e destruições de objetos civis. Novamente, neste caso, torna-se relevante a questão do exercício extraterritorial de jurisdição. Os dois casos aqui trazidos são apenas alguns exemplos de profundas mudanças na realidade social que se produziram desde a elaboração dos principais tratados de direitos humanos do século XX. Como o conceito de “jurisdição” evolui para abarcar essa nova realidade social e os conflitos que nela se produzem? Até que medida esse conceito se manteve dinâmico de modo a evitar a formação de um vácuo jurídico de proteção de direitos humanos? Essas são as perguntas que guiam as seções abaixo.

### 3. Tipos de jurisdição

A palavra “jurisdição” em tratados de direitos humanos é objeto de diversas interpretações. Tal diversidade é corroborada pelo fato de que esse termo é utilizado para referir-se a situações diferentes, reflexo da multiplicidade de significados para a palavra no direito internacional.<sup>14</sup> Para fins ilustrativos, pode-se analisar o Artigo 9 (1) e (2) da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado. Este artigo realiza múltiplas menções a “jurisdição”, cada qual com um significado diverso:

1. Cada Estado Parte tomará as medidas necessárias para **instituir sua jurisdição** sobre o crime de desaparecimento forçado:

<sup>13</sup> HATHAWAY, Oona *et al.* The law of cyber-attack. p. 826.

<sup>14</sup> MALANCZUK, Peter. *Akehurst's modern introduction to international law*. 7th ed. London: Routledge, 1997. p. 132.

- a) Quando o crime for cometido em **qualquer território sob sua jurisdição** ou a bordo de um navio ou aeronave que estiver registrado no referido Estado;
- b) Quando o suposto autor do crime for um nacional desse Estado; e
- c) Quando a pessoa desaparecida for nacional desse Estado e este o considere apropriado.

2. Cada Estado Parte tomará também as medidas necessárias para **estabelecer sua jurisdição** sobre o crime de desaparecimento forçado quando o suposto autor do crime encontrar-se em **território sob sua jurisdição**, salvo se extraditá-lo ou entregá-lo a outro Estado, de acordo com suas obrigações internacionais, **ou entregá-lo a uma corte penal internacional, cuja jurisdição** o Estado Parte reconheça.<sup>15</sup>

Considerar que “jurisdição” possui uma única definição destituiria de sentido o instrumento legal supramencionado, entre outros com similar redação. As múltiplas referências a “jurisdição” em uma mesma provisão legal demonstram a existência de mais de um significado para essa palavra. A seguir, as subseções 3.1 a 3.3 definirão três tipos de jurisdição, com o objetivo de fornecer aos leitores uma base para a análise crítica dos estudos de caso que integram a seção 4.

### 3.1 Jurisdição doméstica

A jurisdição doméstica se origina da soberania estatal. Ademais, ela se manifesta através dos poderes de regulação do Estado, seja por meio da criação de leis, da aplicação destas ou de julgamentos por eventuais violações.<sup>16</sup> A jurisdição doméstica pode: (i) manifestar-se através da jurisdição para prescrever leis, também conhecida como jurisdição legislativa ou competência normativa; (ii) referir-se à jurisdição

<sup>15</sup> NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Resolução 61/177, de 12 de janeiro de 2007**. Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, Artigo 9 (1) e (2). Disponível em: <<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FRES%2F61%2F177&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>>. Acesso em: 28 de abril de 2023. (tradução nossa e destaque adicionado) O Artigo 5 (1) da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes possui uma redação semelhante ao artigo supracitado. O mesmo ocorre com o Artigo 12 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

<sup>16</sup> MILANOVIĆ, Marko. From compromise to principle: clarifying the concept of state jurisdiction in human rights treaties. p.10.

para aplicar normas – jurisdição executiva ou competência de execução; ou (iii) manifestar-se através da jurisdição judicial, também denominada de adjudicatória ou *curial*.

A jurisdição executiva refere-se à autoridade dos Estados para aplicar normas previamente estabelecidas e é, em regra, exercida por um Estado dentro de seu próprio território nacional. A exceção autorizada pelo direito internacional ocorre quando um Estado permite que, em seu território, ocorra o exercício da jurisdição executiva de um outro Estado.<sup>17</sup> Por exemplo, quando um Estado autoriza agentes de um terceiro Estado a entrarem em seu território para realizarem uma investigação, juntarem provas ou prenderem indivíduos envolvidos em um crime sob a jurisdição desse terceiro Estado. O caso *Celiberti* é um exemplo. Há, ainda, situações nas quais o exercício extraterritorial da jurisdição executiva é ilegal – como na abdução de Adolf Eichmann.

O exercício extraterritorial da jurisdição executiva envolve um agir em território estrangeiro. Algo diverso ocorre com a jurisdição prescritiva<sup>18</sup> e a jurisdição judicial<sup>19</sup>. A exceção ao princípio da territorialidade relacionada a esses dois tipos de jurisdição doméstica não envolve qualquer ato físico em território estrangeiro, mas sim uma regulação, por parte de um Estado, de condutas realizadas fora de seu território nacional.

No que tange às exceções ao princípio da territorialidade referentes à jurisdição prescritiva e à jurisdição judicial, há duas vertentes que precisam ser analisadas. A primeira vertente, sustentada pela Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) no caso *Lotus* (1927)<sup>20</sup>, determina, como regra geral, que um Estado possui a prerrogativa de exercer sua jurisdição sobre atos cometidos fora de seu território, exceto se houver alguma norma de direito internacional *proibindo* esse exercício extraterritorial de jurisdição. Por outro lado, uma segunda vertente defende que exceções à primazia do princípio da territorialidade dependem da existência de normas de direito internacional que *expressamente permitam* o exercício extraterritorial da jurisdição prescritiva ou judicial. Em outras palavras, à luz da segunda vertente, para que um Estado julgue ou regule possíveis violações

<sup>17</sup> MILANOVIĆ, Marko. From compromise to principle: clarifying the concept of state jurisdiction in human rights treaties. p.10.

<sup>18</sup> A jurisdição prescritiva é o poder do Estado de prescrever normas.

<sup>19</sup> A jurisdição judicial refere-se ao poder das cortes estatais de decidir conflitos jurídicos.

<sup>20</sup> CPJI, França v. Turquia: the case of the SS "Lotus": julgamento. Haia, 7 de setembro de 1927.

de sua legislação decorrentes de atos realizados fora de seu território, ele precisa provar a existência de uma norma de direito internacional que o autorize a assim agir. Os princípios geralmente aceitos para embasar um exercício extraterritorial da jurisdição prescritiva ou da jurisdição judicial são o princípio da nacionalidade ativa, o princípio da nacionalidade passiva, o princípio protetivo e o princípio da universalidade.<sup>21</sup>

Para Antonio Cassese, a segunda vertente é a mais moderna. Similarmente, os então juízes Kooijmans, Higgins e Buergenthal, em sua opinião separada conjunta no caso *Arrest Warrant* da Corte Internacional de Justiça (CIJ), afirmaram que o “princípio *Lotus*” não mais subsiste. Segundos eles, “o *dictum* [de *Lotus*] corresponde ao apogeu do *laissez-faire* nas relações internacionais e a uma época que foi significativamente ultrapassada por outras tendências”.<sup>22</sup>

### 3.2 Jurisdição de órgãos internacionais

Um segundo tipo de jurisdição refere-se ao poder decisório de órgãos internacionais, tal como tribunais internacionais. Quando jurisdição se refere ao poder decisório de um órgão judicial internacional, ela se refere à autoridade legalmente conferida a uma corte ou juiz para dirimir conflitos jurídicos.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> CASSESE, Antonio *et al.* *Cassese's international criminal law*. 3rd. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 273-274. MILANOVIĆ, Marko. From compromise to principle: clarifying the concept of state jurisdiction in human rights treaties. p. 11-12.

<sup>22</sup> CIJ, República Democrática do Congo v. Bélgica: arrest warrant of 11 April 2000: opinião separada conjunta dos juízes Higgins, Kooijmans e Buergenthal. Haia, 14 de fevereiro de 2002, para. 51. (tradução nossa)

<sup>23</sup> Cf. GARNER, Bryan A. (ed.). *BLACK'S Law Dictionary*. 7a. ed. St. Paul: West Group, 1999. Aqui, jurisdição se assemelha à jurisdição adjudicatória dos Estados. No entanto, note que a classificação diferencia, essencialmente, entre jurisdição doméstica, jurisdição internacional, e jurisdição para fins de delimitação da aplicação de tratados de direitos humanos. Um mesmo sub-tipo (como jurisdição adjudicatória) pode ser encontrado em mais de um grande tipo de jurisdição (no caso, tanto na jurisdição doméstica como na jurisdição internacional). A distinção entre ambas se deve ao fato de que tribunais internacionais possuem bases jurídicas distintas dos tribunais domésticos, eles são guiados por princípios distintos (como o princípio da subsidiariedade, presente em muitos tribunais internacionais) e, assim, podem ser compreendidos como possuindo objetivos específicos distintos (no caso de diversos tribunais internacionais, contribuir para a justiça e paz internacionais complementando sistemas domésticos. Já o Judiciário doméstico busca garantir direitos e dirimir conflitos como poder integrante do sistema de pesos e contrapesos). No tema de sub-tipos de jurisdição, os autores notam que um interessante objeto de pesquisa seria analisar a possibilidade de qualificar como exercício de jurisdição executiva ações de organizações internacionais (por exemplo, ações militares levadas a cabo pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, nas quais as tropas se encontrem sob a responsabilidade direta das Nações Unidas). No entanto, este tema não será tratado nas páginas que se seguem, por exceder os limites do objeto de pesquisa do presente artigo.

A jurisdição de tribunais regionais ou internacionais é determinada por instrumentos legais internacionais. Alguns tribunais têm sua jurisdição estabelecida em tratado. É o caso da Corte Internacional de Justiça, do Tribunal Penal Internacional e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.<sup>24</sup> Outros são criados por outros tipos de instrumentos, que regulam, também, sua jurisdição. A título de exemplo, podem ser citados o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, cujas jurisdições foram estabelecidas em resoluções do Conselho de Segurança.<sup>25</sup> Similarmente, instrumentos de direitos humanos das Nações Unidas por vezes preveem a criação de um órgão de supervisão de tratados de direitos humanos. Nesses instrumentos, a palavra “jurisdição” é utilizada para delimitar a competência desses órgãos.

### 3.3 “Jurisdição” como conceito delimitador do âmbito de aplicação de tratados de direitos humanos

Finalmente, a palavra “jurisdição” aparece em tratados de direitos humanos para referir-se à delimitação do escopo das obrigações estatais derivadas desses instrumentos.<sup>26</sup> Neste caso, o termo não se refere a um poder de regulação do Estado derivado de sua soberania, nem à autoridade de um órgão internacional para criar normas ou aplicá-las para dirimir conflitos. Aqui, “jurisdição” se relaciona à seguinte pergunta: onde os Estados devem respeitar e promover os direitos humanos consagrados em tratados internacionais? Em seu território, em todo e qualquer território estrangeiro, ou apenas em algumas atuações em território estrangeiro? É esse o tipo de jurisdição que interessa ao presente artigo.

<sup>24</sup>Esses tribunais têm sua jurisdição determinada, respectivamente, pelo Estatuto da CIJ, pelo Estatuto de Roma e pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

<sup>25</sup> NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. **Resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) n. 808 (1993), de 25 de maio de 1993.** “Estatuto do Tribunal Penal Internacional da Ex-Iugoslávia”, Artigos 1, 6 e 8. Disponível em: <[https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_808\\_1993\\_en.pdf](https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_808_1993_en.pdf)>. Acesso em: 28 de abril de 2023; NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. **Resolução 955 (1994), de 8 de novembro de 1994.** “Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda”, Artigos 1, 5 e 7. Disponível em: <<https://digitallibrary.un.org/record/198038>> Acesso em: 1 de maio de 2023. Ver SALIBA, Aziz Tuffi; SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da; NASSER, Salem H. (ed.) **Tribunais penais internacionais e híbridos.** Belo Horizonte: Arraes, 2020.

<sup>26</sup>MILANOVIĆ, Marko. From compromise to principle: clarifying the concept of state jurisdiction in human rights treaties. p.4.

## 4. Evolução do conceito de “jurisdição extraterritorial” na prática de órgãos internacionais

Esta seção apresentará como órgãos internacionais utilizaram e desenvolveram o conceito de jurisdição extraterritorial na aplicação de tratados de direitos humanos. A seção 4.1 tratará sobre a prática do Comitê de Direitos Humanos e da Corte Internacional de Justiça. Em seguida, as seções 4.2 e 4.3 apresentarão o entendimento da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e da Comissão e Corte Europeia de Direitos Humanos, respectivamente. Por fim, a seção 4.4 trará uma análise comparativa da delimitação da aplicação extraterritorial de tratados de direitos humanos por parte dos órgãos supracitados.

### 4.1 Órgãos da Organização das Nações Unidas

#### 4.1.1 Comitê de Direitos Humanos

O Artigo 2(1) do PIDCP determina que os Estados Partes do Pacto “**comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto**”, sem discriminação.<sup>27</sup> O CDH entende que “jurisdição” diz respeito a uma “relação entre o indivíduo e o Estado no que tange a uma violação de qualquer um dos direitos salvaguardados pelo PIDCP, onde quer que ela ocorra”.<sup>28</sup> Em outras palavras, o termo não se refere ao local no qual a violação ocorreu, mas sim a uma *relação factual*.

Para que o PIDCP se aplique extraterritorialmente, é necessário que a alegada vítima esteja sujeita à jurisdição do Estado no momento da alegada violação.<sup>29</sup> Adicionalmente, um Estado viola o Pacto extraterritorialmente não apenas quando diretamente desrespeita os direitos de um indivíduo (por exemplo, ao realizar uma

<sup>27</sup> NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**. Resolução 2200 A (XXI), de 16 de dezembro de 1966. In: SALIBA, Aziz Tuffi. **Legislação de direito internacional**. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2012., Art.5 (2), Artigo 2(1) (PIDCP). (grifo nosso)

<sup>28</sup> CDH, Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguai: Comunicado n. 56/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1, de 29 de julho de 1981, *supra* nota 4, para. 10.2; CDH, Sergio Euben Lopez Burgos v. Uruguai: Comunicado n. R.12/52, U.N. Doc. Supp. n. 40 (A/36/40), de 29 de julho de 1981, para. 12.2.

<sup>29</sup> CDH, Antonio Viana Acosta v. Uruguai: Comunicado n. 110/1981, U.N. Doc. Supp. n. 40 (A/39/40), de 29 de março de 1984, para. 6.

execução extrajudicial em território estrangeiro) como também quando cria um risco real de que os direitos de um indivíduo sejam violados.<sup>30</sup> O caso *Roger Judge v. Canadá* ilustra tal situação. O Canadá extraditou Roger Judge para os EUA, Estado no qual o peticionário havia sido condenado à pena de morte pelo crime de homicídio.<sup>31</sup> No entendimento do CDH, os Estados que aboliram a pena de morte têm a obrigação de não expor uma pessoa ao risco real de aplicação dessa pena. Em outras palavras, Estados que aboliram a pena de morte não podem remover indivíduos de sua jurisdição “se puder ser razoavelmente antecipado que eles serão sentenciados à morte” e sem que se garanta que a pena de morte não será aplicada.<sup>32</sup> Tendo incorrido nesse risco real ao extraditar Judge, o Canadá violou o Artigo 6 do PIDCP (direito à vida).<sup>33</sup> Note que a aplicação do PIDCP neste caso parece ser híbrida no que tange à extraterritorialidade: enquanto a morte de Judge foi causada em território estrangeiro (EUA), o risco de sua consecução foi criado em território nacional (Canadá). Apenas a concretização do risco se deu extraterritorialmente.

Adicionalmente, certos direitos, por sua própria natureza, impõem obrigações extraterritoriais ao Estado da nacionalidade sobre um indivíduo que reside no exterior. Um exemplo desse tipo de direito é a liberdade de movimento, que envolve obrigações tanto do Estado de residência do indivíduo quanto do Estado de nacionalidade. Afinal, o Estado de nacionalidade possui certa autoridade sobre o nacional que reside no exterior, como, por exemplo, o poder de emitir ou renovar passaportes.<sup>34</sup> Tem-se, assim, uma situação de jurisdição extraterritorial pela própria natureza do direito.

Finalmente, o tema de jurisdição extraterritorial também foi tratado pelo CDH no contexto de resgate de imigrantes no mar. Em 2021, o Comitê decidiu o caso *A.S., O.I e G.D v. Itália*, cujos autores são sírios e palestinos que, para fugir dos

<sup>30</sup> CDH, Chitat Ng v. Canada: Comunicado n. 469/1991, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/469/1991, de 5 de novembro de 1993, para. 14.2; cf. CDH, Roger Judge v. Canada: Comunicado n. 829/1998, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/829/1998, de 5 de agosto de 2002, para. 8.3 e 10.4; cf. CDH, Kindler v. Canadá: Comunicado n. 470/1991, U.N. Doc. CCPR/C/48/D/470/1991, de 30 de julho de 1993, para. 6.2; cf. CDH, Mabel Pereira Montero v. Uruguai: Comunicado n. 106/1981, U.N. Doc. Supp. n. 40 (A/38/40), de 31 de março de 1983, para. 5; cf. CDH, Carlos Varela Núñez v. Uruguai: Comunicado n. 108/1981, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2, de 22 de julho de 1983, para. 6.1.

<sup>31</sup> CDH, Roger Judge v. Canada: Comunicado n. 829/1998, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/829/1998, de 5 de agosto de 2002, para. 10.3-11.

<sup>32</sup> CDH, Roger Judge v. Canada: Comunicado n. 829/1998, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/829/1998, de 5 de agosto de 2002, para. 10.4. (tradução nossa)

<sup>33</sup> CDH, Roger Judge v. Canada: Comunicado n. 829/1998, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/829/1998, de 5 de agosto de 2002, para. 10.3-11.

<sup>34</sup> CDH, Samuel Lichtensztein v. Uruguai: Comunicado n. 77/1980, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2, de 31 de março de 1983.

perigos da guerra na Síria, tentaram escapar do conflito indo para a Líbia e, de lá, entrando em uma embarcação com aproximadamente 400 passageiros. Algumas horas após a partida, a embarcação foi alvejada no alto-mar por um barco com bandeira berbere.

Os indivíduos a bordo da embarcação entraram em contato com as autoridades italianas pedindo resgate. Inicialmente, as autoridades afirmaram que o resgate seria providenciado. Como isso não acontecia, os naufragos entraram novamente em contato com as autoridades italianas, sendo informados de que o naufrágio se encontrava na zona de busca e resgate de Malta. Eles receberam das autoridades italianas o contato do centro de resgate de Malta, que afirmou que o resgate ocorreria em 45 minutos. Novamente, isso não ocorreu. Aproximadamente sete horas após o ataque e quando o barco já havia colapsado, receberam auxílio. O auxílio foi prestado pelo ITS Libra, barco com bandeira italiana. O barco naufragou no Mar Mediterrâneo, a 113 km da Itália e a 218 km de Malta, matando 200 pessoas.

O CDH identificou a existência de uma “relação especial de dependência” entre os indivíduos em perigo extremo e a Itália. O Comitê explicou que essa situação é composta por elementos fáticos e jurídicos. Com relação aos elementos fáticos, observou que: as autoridades italianas haviam sido contactadas pela embarcação; a embarcação ITS Libra se encontrava próxima da embarcação em perigo; e o Centro de Coordenação de Resgate Marítimo em Roma se envolveu continuamente na operação de resgate. Com relação às obrigações jurídicas da Itália, notou: a obrigação estatal de responder de maneira razoável aos pedidos de socorro à luz da Convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida Humana no Mar, e o dever de cooperação internacional em operações de resgate.<sup>35</sup> O Comitê concluiu que os indivíduos a bordo da embarcação em naufrágio “foram diretamente afetados pelas decisões tomadas pelas autoridades italianas, de uma maneira que era razoavelmente previsível à luz das obrigações legais da Itália”.<sup>36</sup> Estavam eles sob a jurisdição extraterritorial italiana.

<sup>35</sup> CDH, A.S., O.I e G.D v. Itália: Comunicado n. 3042/2017, U.N. Doc. CCPR/C/130/D/3042/2017, de 27 de janeiro de 2017, p.12

<sup>36</sup> CDH, A.S., O.I e G.D v. Itália: Comunicado n. 3042/2017, U.N. Doc. CCPR/C/130/D/3042/2017, de 27 de janeiro de 2017. Todas as traduções de trechos de decisões trazidas na seção 4 são produto de tradução livre dos autores.

### 4.1.2 Corte Internacional de Justiça

Em 2004, em resposta a um pedido da Assembleia Geral das Nações Unidas<sup>37</sup>, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) deu sua opinião consultiva sobre as *Consequências Jurídicas da Construção do Muro no Território Ocupado da Palestina*.<sup>38</sup> Ao analisar se a construção do muro havia violado regras de direito internacional, a CIJ discutiu a aplicabilidade de convenções de direitos humanos de que Israel é parte no território ocupado palestino.

O Estado israelense argumentou que as convenções de direitos humanos não seriam aplicáveis por dois motivos. Primeiramente, porque, em situações de conflito, tal como a existente na Faixa de Gaza e na Cisjordânia, seria aplicável o direito humanitário. Tratados de direitos humanos regulariam a proteção dos indivíduos por parte de seus respectivos governos em tempos de paz.<sup>39</sup> Em segundo lugar, relativamente à questão quanto a se os palestinos da Faixa de Gaza e da Cisjordânia estariam sujeitos à jurisdição do Estado israelense, Israel entendeu que tratados de direitos humanos não se aplicavam para além de seu território.<sup>40</sup>

Em relação ao primeiro ponto de objeção por parte de Israel à aplicabilidade de tratados de direitos humanos nos territórios palestinos ocupados, a CIJ concluiu que a proteção oferecida por instrumentos de direitos humanos não cessa durante conflitos armados.<sup>41</sup> A exceção existe quando são aplicadas derrogações, como as previstas pelo Artigo 4 do PIDCP, em respostas a emergências nacionais. Para a Corte, há direitos exclusivamente de direito humanitário internacional, outros que são exclusivamente parte dos direitos humanos e, por fim, há direitos que

---

<sup>37</sup> NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral **Resolução ES-10/14, de 8 de dezembro de 2003**. “Illegal Israeli actions in Occupied East Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory”. Disponível em: <<https://www.securitycouncilreport.org/un-documents/document/icj-areses1014.php>>. Acesso em: 28 de abril de 2023.

<sup>38</sup> CIJ, *Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado*: opinião consultiva. Haia: 9 de julho de 2004.

<sup>39</sup> CIJ, *Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado*: opinião consultiva. Haia: 9 de julho de 2004, para. 102.

<sup>40</sup> CIJ, *Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado*: opinião consultiva. Haia: 9 de julho de 2004, para. 110.

<sup>41</sup> CIJ, *Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado*: opinião consultiva. Haia: 9 de julho de 2004, para. 106.

envolvem questões de ambos os campos do direito internacional. Em situações de conflito armado, o direito humanitário internacional seria *lex specialis*.<sup>42</sup>

Relativamente ao segundo ponto de objeção por parte de Israel, a CIJ analisou separadamente a aplicabilidade do PIDCP, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)<sup>43</sup> e da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança para além dos territórios do Estado israelense. Israel é parte de todos esses tratados.

Nota-se que o já discutido Artigo 2(1) do PIDCP determina que os Estados Partes comprometem-se a “respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto”.<sup>44</sup> Uma primeira interpretação deste dispositivo, mais literal, sugere que cada Estado Parte do PIDCP tem a obrigação de respeitar e garantir os direitos reconhecidos no Pacto exclusivamente aos indivíduos que estejam presentes no território do Estado e, concomitantemente, sujeitos a sua jurisdição. Uma segunda interpretação abrange tanto os indivíduos presentes no território do Estado quanto aqueles fora de seu território, mas sujeitos a sua jurisdição.<sup>45</sup>

A CIJ observou que, “enquanto a jurisdição dos Estados é primariamente territorial, ela pode, em alguns momentos, ser exercida fora do território nacional”.<sup>46</sup> Ao analisar o objetivo e o propósito do PIDCP, afirmou parecer natural que os Estados Partes do Pacto estejam obrigados a respeitar as obrigações dele decorrentes mesmo quando a jurisdição é exercida extraterritorialmente.<sup>47</sup> Adicionalmente, notou que a prática constante do CDH é consistente com esse entendimento.<sup>48</sup> Por

---

<sup>42</sup> CIJ, *Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado*: opinião consultiva. Haia: 9 de julho de 2004, para.106.

<sup>43</sup> NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Resolução 2200 A (XXI), de 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>>. Acesso em: 28 de abril de 2023.

<sup>44</sup> NAÇÕES UNIDAS. PIDCP, Artigo 2(1).

<sup>45</sup> CIJ, *Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado*: opinião consultiva. Haia: 9 de julho de 2004, para. 47.

<sup>46</sup> CIJ, *Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado*: opinião consultiva. Haia: 9 de julho de 2004, para. 109. (tradução nossa)

<sup>47</sup> CIJ, *Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado*: opinião consultiva. Haia: 9 de julho de 2004, para. 109.

<sup>48</sup> CIJ, *Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado*: opinião consultiva. Haia: 9 de julho de 2004, para. 109.

fim, asseverou que os *travaux préparatoires* do Pacto confirmam a interpretação do Comitê relativamente ao Artigo 2 do instrumento. Ao redigirem o Artigo 2, os autores do Pacto não visaram “permitir que os Estados escapassem de suas obrigações quando eles exercem jurisdição fora de seu território nacional”.<sup>49</sup> O que eles visaram foi evitar que indivíduos que residissem no exterior exigissem, “*vis-à-vis* seus Estados de origem, os direitos que não fazem parte da competência desse Estado, mas do Estado de residência”.<sup>50</sup>

Pelas razões acima, a Corte concluiu que o PIDCP “é aplicável em respeito a atos realizados por um Estado no exercício de sua jurisdição fora de seu próprio território”.<sup>51</sup> Relativamente ao PIDESC, a CIJ observou que o Pacto não possui uma cláusula delimitando seu escopo de aplicação. No entanto, notou que isso pode ser explicado “pelo fato de que esse Pacto garante direitos que são essencialmente territoriais”.<sup>52</sup> Apesar dessa ressalva, não deve ser excluída a atuação extraterritorial do instrumento. Para fundamentar seu entendimento, a CIJ fez referência ao Artigo 14 do Pacto:

Todo Estado-parte do presente Pacto que, no momento em que se tornar parte, ainda não tenha conseguido garantir **em seu próprio território ou territórios sob sua jurisdição** educação primária compulsória, grátis, se compromete a elaborar e a adotar, dentro de dois anos, um plano de ação detalhados para a implementação progressiva, dentro de um número razoável de anos estabelecidos no próprio plano, do princípio da educação primária obrigatória e gratuita para todos.<sup>53</sup>

A CIJ ainda fez referência ao Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, segundo o qual as obrigações de Israel “derivadas do Pacto aplicam-se

<sup>49</sup> CIJ, *Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado*: opinião consultiva. Haia: 9 de julho de 2004, para. 109. (tradução nossa)

<sup>50</sup> CIJ, *Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado*: opinião consultiva. Haia: 9 de julho de 2004, para. 109. (tradução nossa)

<sup>51</sup> CIJ, *Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado*: opinião consultiva. Haia: 9 de julho de 2004, para. 111. (tradução nossa)

<sup>52</sup> CIJ, *Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado*: opinião consultiva. Haia: 9 de julho de 2004, para. 111. (tradução nossa)

<sup>53</sup> NAÇÕES UNIDAS. PIDESC, Artigo 14. (Tradução nossa)

a todos os territórios e populações sob seu controle efetivo”.<sup>54</sup> A visão de Israel sobre a aplicabilidade de tratados de direitos humanos foi, assim, rejeitada. A Corte observou que os territórios ocupados por mais de 37 anos por Israel estavam sob sua jurisdição como Poder ocupante. Ao exercer os poderes disponíveis nessa situação, Israel se obriga em face do PIDESC.<sup>55</sup>

Por fim, concluiu que a Convenção sobre os Direitos da Criança é aplicável aos territórios palestinos ocupados. Para chegar a essa conclusão, citou o Artigo 2 (1) da Convenção, segundo o qual os Estados Partes da Convenção comprometem-se a respeitar e garantir os direitos nela consagrados para cada criança dentro de sua jurisdição.<sup>56</sup> As conclusões da CIJ sobre a aplicabilidade de tratados de direitos humanos fora do território nacional de uma Parte Contratante foram reiteradas no caso *Congo v. Uganda* (2008).<sup>57</sup>

## 4.2 Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos

O Artigo 1(1) da Convenção Americana de Direito Humanos (CADH) determina que os Estados Partes “**comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma**”.<sup>58</sup> Nesta subseção, será resumido o entendimento adotado pelos órgãos judiciais e quase judiciais do Sistema Interamericano de Direitos Humanos quanto à aplicação extraterritorial da CADH e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

<sup>54</sup> NAÇÕES UNIDAS. COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. **Consideration of reports submitted by States parties under Articles 16 and 17 of the Covenant: E/C.12/1/Add.90**, de 23 de maio de 2003, para. 31. Disponível em: <[https://www.adalah.org/uploads/oldfiles/upfiles/ConcludingObservations/CESCR-Concluding%20Observations%20\(2003\).pdf](https://www.adalah.org/uploads/oldfiles/upfiles/ConcludingObservations/CESCR-Concluding%20Observations%20(2003).pdf)>. Acesso em: 28 de abril de 2023. (tradução nossa)

<sup>55</sup> CIJ, *Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado*: opinião consultiva. Haia: 9 de julho de 2004, para. 112.

<sup>56</sup> CIJ, *Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado*: opinião consultiva. Haia: 9 de julho de 2004, para. 113.

<sup>57</sup> CIJ, *Congo v. Uganda: armed activities on the Territory of the Congo*: julgamento. Haia: 19 de dezembro de 2005, para. 179-180, 216-17.

<sup>58</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto São José da Costa Rica”), de 22 de novembro de 1969**, Artigo 1.1. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 28 de abril de 2023.

No entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (ComIDH), “[e]m certos casos, o exercício de sua jurisdição sobre eventos extraterritoriais não é apenas consistente, mas exigida pelas normas aplicáveis”.<sup>59</sup> Afinal, sendo os direitos humanos inerentes à pessoa humana, todos os Estados devem respeitar “os direitos protegidos de qualquer pessoa sujeita a sua jurisdição”.<sup>60</sup> Na visão da ComIDH, os instrumentos de direitos humanos aplicam-se em situações nas quais agentes estatais, sejam eles militares ou civis, exercem *controle, poder ou autoridade* sobre pessoas fora de seu território nacional.<sup>61</sup> Normalmente, o exercício de tal controle extraterritorial se dá através de atos de agentes estatais no estrangeiro.<sup>62</sup>

O caso *Djamel Ameziane v. Estados Unidos da América* (2012) ilustra essa situação. Ameziane nasceu na Argélia, mas mudou-se para a Áustria sob a alegação de que sofria perseguição religiosa contra muçulmanos em seu país de origem. No entanto, teve seu pedido de visto negado no Estado austríaco. Partiu, então, para o Canadá, onde pediu asilo. Entretanto, também no Canadá, seu visto foi negado. Ameziane fugiu, então, para o Afeganistão, onde acreditava que poderia praticar sua religião livremente.<sup>63</sup> Quando a guerra eclodiu no país em 2001, tentou fugir para o Paquistão. Contudo, foi capturado por autoridades paquistanesas e entregue a oficiais dos EUA. De acordo com a petição apresentada perante a ComIADH, Ameziane foi transferido para a base aérea dos EUA em Kandahar, no Afeganistão, em janeiro de 2002. Em fevereiro de 2002, foi levado ao Centro de Detenção na Baía de Guantánamo, onde foi sujeito a tortura e tratamento cruel e degradante por anos. No momento em que a Comissão emitiu sua decisão sobre o caso, Ameziane ainda estava detido em Guantánamo e sofria risco de ser transferido à Argélia, mesmo correndo perigo de sério dano caso retornasse a seu país de origem.<sup>64</sup>

<sup>59</sup> CIDH, Armando Alejandro Jr., Carlos Costa, Mario de la Peña e Pablo Morales v. Cuba: Caso n. 11.589: Relatório n. 86/99, de 29 de setembro de 1999, para. 23. (tradução nossa)

<sup>60</sup> CIDH, Armando Alejandro Jr., Carlos Costa, Mario de la Peña e Pablo Morales v. Cuba: Caso n. 11.589: Relatório n. 86/99, de 29 de setembro de 1999, para. 23-25.

<sup>61</sup> CIDH, Armando Alejandro Jr., Carlos Costa, Mario de la Peña e Pablo Morales v. Cuba: Caso n. 11.589: Relatório n. 86/99, de 29 de setembro de 1999, para. 25 e 30.

<sup>62</sup> CIDH, Armando Alejandro Jr., Carlos Costa, Mario de la Peña e Pablo Morales v. Cuba: Caso n. 11.589: Relatório n. 86/99, de 29 de setembro de 1999, para. 25 e 30.

<sup>63</sup> CIDH, Djamel Ameziane v. Estados Unidos da América: Relatório n. 17/12: Petição P-900-08, de 20 de março de 2012, para. 9.

<sup>64</sup> CIDH, Djamel Ameziane v. Estados Unidos da América: Relatório n. 17/12: Petição P-900-08, de 20 de março de 2012, para. 2, 10 e 11.

A Comissão Interamericana notou a bem estabelecida posição legal dos EUA sobre a situação dos detidos em Guantánamo, segundo a qual a Comissão não teria jurisdição relativamente a operações em Guantánamo.<sup>65</sup> Tal posição não foi partilhada pela Comissão, que observou, primeiramente, que as ações de captura de Ameziane implicavam um exercício de poder e controle físico realizado pelos agentes dos EUA, sendo este um “elemento decisivo para estabelecer-se a jurisdição do Estado sobre esses fatos”.<sup>66</sup> Em segundo lugar, afirmou que “parece claro (...) que os EUA têm exercido sua jurisdição [no Centro de Guantánamo] há mais de um século”. A Comissão citou o juiz Kennedy, no caso *Rasul v. Bush*, da Suprema Corte dos Estados Unidos, segundo o qual os EUA têm exercido, há muito tempo, um “controle incontestado e indefinido”. Ademais, ao assinarem o Tratado Cubano-Americano em 1903, os Estados Unidos concordaram que, “durante o período da ocupação pelos Estados Unidos da [Baía de Guantánamo], os Estados Unidos exercerão jurisdição e controle completos”. Conclusivamente, a Comissão entendeu que “é claro que [os EUA] exercem sua jurisdição sobre seus centros militares na Baía de Guantánamo”.<sup>67</sup>

O exercício de jurisdição extraterritorial nem sempre se dá através de controle sobre um espaço de terra pertencente a um Estado estrangeiro. Pode também ocorrer através de ação no espaço aéreo internacional. Em *Alejandro et al. v. Cuba*, a Comissão analisou a derrubada de dois aviões civis desarmados por parte de um avião militar da Força Aérea Cubana (FAC). Ditos aviões pertenciam à organização *Hermanos al Rescate*, uma organização sem fins lucrativos e formada por civis, que patrulhava os Estreitos da Flórida com o fim de assistir indivíduos que partissem em barcos em busca de asilo.<sup>68</sup> A Comissão Interamericana concluiu que os pilotos dos aviões morreram como consequência da ação direta dos agentes do Estado cubano no espaço aéreo internacional.

Por fim, cabe ressaltar que a ComIDH entende que certos direitos fundamentais não se sujeitam a limitações geográficas. É o caso do direito ao

<sup>65</sup> CIDH, Djamel Ameziane v. Estados Unidos da América: Relatório n. 17/12: Petição P-900-08, de 20 de março de 2012, 25.

<sup>66</sup> CIDH, Djamel Ameziane v. Estados Unidos da América: Relatório n. 17/12: Petição P-900-08, de 20 de março de 2012, para. 31.

<sup>67</sup> CIDH, Djamel Ameziane v. Estados Unidos da América: Relatório n. 17/12: Petição P-900-08, de 20 de março de 2012, para. 33.

<sup>68</sup> CIDH, Armando Alejandro Jr., Carlos Costa, Mario de la Peña e Pablo Morales v. Cuba: Caso n. 11.589: Relatório n. 86/99, de 29 de setembro de 1999, para. 1.

*non-refoulement*.<sup>69</sup> Ademais, no que tange à retirada de um indivíduo do território de um Estado, a Comissão concorda com o entendimento de órgãos internacionais, como a Corte Europeia de Direitos Humanos e a CDH, no sentido de que, se um Estado Parte extradita uma pessoa dentro de sua jurisdição e, como resultado desse ato, há um risco real de que os direitos dessa pessoa sejam violados, o Estado que a extraditou pode estar ele mesmo violando tratados de direitos humanos.<sup>70</sup> Exemplo disso é o caso do *Centro Haitiano de Direitos Humanos v. Estados Unidos da América*, relativo à ação dos Estados Unidos (EUA) de interditar e retornar, sem os devidos procedimentos legais, haitianos que, através de barcos, haviam deixado seu país de origem em busca de asilo. Na época dos fatos, os EUA alegavam que haitianos interditados no mar não teriam direito de entrar no país, nem de evitar repatriação ao Haiti, ainda que se qualificassem como refugiados conforme os parâmetros internacionais.<sup>71</sup> A petição referente a este caso foi recebida pela ComIDH em 1º de outubro de 1990. Em 8 de maio de 1994, o então Presidente Clinton anunciou o término da política que existia até o momento de repatriação direta, sem oportunidade de apresentação do pedido de reconhecimento de *status* de refugiado. Entretanto, devido ao grande número de haitianos que entraram nos EUA pedindo asilo, Clinton anunciou que os haitianos que fossem interditados enquanto buscassem proteção receberiam abrigo (*safe haven*) na Estação Naval dos EUA na Bahia de Guantánamo, Cuba, ou em outras instalações na região. Em 1997, a ComIDH emitiu sua decisão no caso. Nela, discordou do entendimento sustentado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, segundo o qual o princípio de *non-refoulement* não se aplicaria a pessoas retornadas do alto-mar para o território do qual haviam fugido. A Comissão concluiu que os Estados Unidos violaram o direito à vida de refugiados haitianos que foram interditados pelos Estados Unidos, repatriados ao Haiti e que perderam a vida após serem identificados como repatriados naquele país.<sup>72</sup>

Enquanto a ComIDH tem consolidada jurisprudência sobre a aplicação extraterritorial de instrumentos interamericanos de direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos não havia se pronunciado sobre a aplicação

<sup>69</sup> CIDH, O Centro Haitiano de Direitos Humanos e al. v. Estados Unidos da América: Caso 10.675: Relatório 51/96, de 13 de março de 1997, para. 157.

<sup>70</sup> CIDH, O Centro Haitiano de Direitos Humanos e al. v. Estados Unidos da América: Caso 10.675: Relatório 51/96, de 13 de março de 1997, para. 167.

<sup>71</sup> CIDH, O Centro Haitiano de Direitos Humanos e al. v. Estados Unidos da América: Caso 10.675: Relatório 51/96, de 13 de março de 1997, para. 159.

<sup>72</sup> CIDH, O Centro Haitiano de Direitos Humanos e al. v. Estados Unidos da América: Caso 10.675: Relatório 51/96, de 13 de março de 1997, para. 168.

extraterritorial da CADH até recentemente. Todos os conflitos por ela dirimidos até então envolviam direitos violados nos territórios dos Estados demandados<sup>73</sup>, até que, em novembro de 2017, foi publicada sua Opinião Consultiva sobre *Meio Ambiente e Direitos Humanos*.

A Corte afirmou que o Artigo 1(1) da CADH implica que “o dever estatal de respeito e garantia dos direitos humanos se deve a toda pessoa que se encontre no território do Estado ou que de qualquer forma seja submetida a sua autoridade, responsabilidade ou controle”.<sup>74</sup> Recordou que o exercício de controle efetivo, poder ou autoridade por um Estado fora de seu território nacional ocorre muitas vezes, mas não sempre, através de uma atuação militar ou de suas forças de segurança.<sup>75</sup> Afirmou, ainda, que as circunstâncias do caso concreto devem ser analisadas para determinar se há um controle efetivo sobre uma vítima.<sup>76</sup> Por fim, concluiu que, quando ocorrem danos transfronteiriços que afetem direitos garantidos pela CADH, entende-se que “as pessoas cujos direitos tenham sido vulnerabilizados se encontram sob a jurisdição do Estado de origem, desde que exista uma *relação de causalidade* entre o fato que se originou em seu território e a afetação dos direitos humanos das pessoas fora de seu território”.<sup>77</sup>

O tema de aplicação extraterritorial da CADH foi discutido pela Corte novamente em 2018, na Opinião Consultiva sobre a *Instituição do Asilo e seu Reconhecimento como Direito Humano no Sistema Interamericano de Proteção*.<sup>78</sup> A Corte reiterou que o escopo das obrigações derivadas da CADH não está limitado ao conceito de território nacional, e nesse sentido recordou o reconhecimento e a interpretação do conceito de jurisdição extraterritorial realizados pelo CDH, a CIJ e a Corte Europeia de Direitos Humanos. Explicou que um Estado possui jurisdição sobre atos extraterritoriais quando exercita essa jurisdição sobre um outro

<sup>73</sup> STEINER, Christian; URIBE, Patrícia (ed.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*. Berlim: Konrad Adenauer Stiftung, 2014. p. 60; CASSEL, Douglas. Extraterritorial application of inter-american human rights instruments. In: COOMANS, Fons; KAMMINGA, Menno T. (ed.). *Extraterritorial application of human rights treaties*. Antwerp, Belgium: Intersentia, 2004. p. 175.

<sup>74</sup> CIDH, Opinião consultiva: medio ambiente y derechos humanos: [...]: OC-23/17, de 15 de novembro de 2017, para. 73. (tradução nossa)

<sup>75</sup> CIDH, Opinião consultiva: medio ambiente y derechos humanos: [...]: OC-23/17, de 15 de novembro de 2017, para. 80.

<sup>76</sup> CIDH, Opinião consultiva: medio ambiente y derechos humanos: [...]: OC-23/17, de 15 de novembro de 2017, para. 82.

<sup>77</sup> CIDH, Opinião consultiva: medio ambiente y derechos humanos: [...]: OC-23/17, de 15 de novembro de 2017, para. 101. (itálico nosso)

<sup>78</sup> CIDH, Opinião consultiva: la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección: [...]: OC-25/18, de 30 de maio de 2018.

território ou sobre pessoas em outro território.<sup>79</sup> Enquanto esta definição pode ser criticada por aparentar andar em círculos, um valor agregado que dela se extrai é o reconhecimento dos modelos territorial e pessoal de jurisdição. Aplicando esses conceitos ao tópico da opinião consultiva, a Corte considerou que o Artigo 1(1) da CADH vincula um Estado quando este exerce controle, autoridade ou responsabilidade sobre alguém, “independentemente de esta pessoa se encontrar no território terrestre, fluvial, marítimo ou aéreo do Estado em questão”.<sup>80</sup> Ademais, em um breve parágrafo e sem adentrar nos significados dos termos ali contidos, a Corte afirmou que as obrigações gerais derivadas da Convenção Americana se aplicam às atuações dos agentes diplomáticos no estrangeiro “sempre que se possa estabelecer um vínculo pessoal de jurisdição com a pessoa em questão”.<sup>81</sup>

Por fim, a Corte Interamericana concluiu que a obrigação de *non-refoulement* pode se aplicar extraterritorialmente aos atos das autoridades migratórias e fronteiriças, bem como de agentes diplomáticos. Essa obrigação pode emergir no território do Estado, em área de fronteira, em zonas de trânsito internacional, no alto-mar e até mesmo em casos em que indivíduos tenham adentrado em uma embaixada. Adicionalmente, a obrigação de *non-refoulement* implica obrigações negativas e positivas. Tais obrigações positivas não são equivalentes a um dever estatal de conceder asilo. No entanto, incorporam a obrigação do Estado de entrevistar o indivíduo em questão e de analisar preliminarmente os riscos oriundos da devolução.<sup>82</sup> Em termos gerais, o Estado é obrigado a “arbitrar todos os meios necessários para proteger a pessoa em caso de risco real à vida, integridade, liberdade ou segurança”.<sup>83</sup> Tais meios podem incluir uma solicitação de salvo-conduto ou outras medidas diplomáticas.<sup>84</sup>

---

<sup>79</sup> CIDH, Opinião consultiva: la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección: [...]: OC-25/18, de 30 de maio de 2018, para. 176.

<sup>80</sup> CIDH, Opinião consultiva: la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección: [...]: OC-25/18, de 30 de maio de 2018, para. 177.

<sup>81</sup> CIDH, Opinião consultiva: la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección: [...]: OC-25/18, de 30 de maio de 2018, para. 177.

<sup>82</sup> CIDH, Opinião consultiva: la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección: [...]: OC-25/18, de 30 de maio de 2018, para. 178-198.

<sup>83</sup> CIDH, Opinião consultiva: la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección: [...]: OC-25/18, de 30 de maio de 2018, para. 197.

<sup>84</sup> CIDH, Opinião consultiva: la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección: [...]: OC-25/18, de 30 de maio de 2018, para. 198.

### 4.3 Comissão e Corte Europeia de Direitos Humanos

Loizidou nasceu em Kyrenia, no Chipre do Norte. Após casar-se em 1972, mudou-se para Nicósia, capital do Chipre. Ela visitava sua família frequentemente e desejava manter a propriedade deixada por seu pai e desenvolvê-la. Entretanto, com a invasão turca ao Chipre em 1974, alegou que não pôde mais acessar ou usar sua propriedade. Alegou, ainda, que teve seus direitos violados por ser detida após participar de uma marcha organizada por um grupo de mulheres (movimento “Mulheres Caminham para Casa”), que tinha como objetivo clamar pelos direitos dos greco-cipriotas de retornar a suas casas.<sup>85</sup> O caso foi levado ao Sistema Europeu de Direitos Humanos, e aplicou-se o Artigo 1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH): “[a]s Altas Partes Contratantes **reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades** definidos no título I da presente Convenção”.<sup>86</sup>

A Corte EDH entendeu que o conceito de jurisdição no Artigo supracitado não se restringe ao território nacional das Altas Partes Contratantes. À luz do objeto e propósito da Convenção, “a responsabilidade de uma Parte Contratante pode surgir quando, como consequência de ação militar – seja ela legal ou ilegal –, [o Estado] exerce controle efetivo de uma área fora de seu território nacional”.<sup>87</sup> Devido à existência de tal controle, surgiria a obrigação de garantir extraterritorialmente os direitos e liberdades tutelados pela Convenção. Ademais, tal controle poderia ser exercido direta ou indiretamente (isto é, através de suas forças armadas e demais agentes estatais ou através de uma administração local subordinada).<sup>88</sup>

Em 1996, no mérito do caso *Loizidou*, a Corte EDH afirmou não ser necessária, para a determinação de jurisdição extraterritorial, a existência de um controle detalhado por parte de um dado Estado sobre as políticas e ações das autoridades de um terceiro Estado. Bastaria o que a Corte chamou de efetivo controle geral do

<sup>85</sup> CEDH, *Loizidou v. Turquia*: Petição n. 15318/89: objeções preliminares. Estrasburgo, 23 de março de 1995., para. 2-13.

<sup>86</sup> CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950, Artigo 1o. Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_por.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf)>. Acesso em: 28 de abril de 2023.

<sup>87</sup> CEDH, *Loizidou v. Turquia*: Petição n. 15318/89: objeções preliminares. Estrasburgo, 23 de março de 1995, para. 62. (tradução nossa)

<sup>88</sup> CEDH, *Loizidou v. Turquia*: Petição n. 15318/89: objeções preliminares. Estrasburgo, 23 de março de 1995, para. 62; cf. CEDH, *Issa e outros v. Turquia*: Petição n. 31821/96: julgamento. Estrasburgo, 16 de novembro de 2004, para. 68-71.

território (*effective overall control*).<sup>89</sup> Em maio de 2001, no caso *Chipre v. Turquia*, a Corte novamente utilizou o critério do efetivo controle geral e frisou ser sua missão “assegurar o respeito dos compromissos assumidos pelas Altas Partes Contratantes perante a Convenção [Europeia] e seus Protocolos”.<sup>90</sup>

Entretanto, em dezembro de 2001, uma visão restritiva da aplicação extra-territorial da CEDH foi adotada. O caso *Banković* se refere a bombardeios conduzidos entre 24 de março a 8 de junho de 1999 pela Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) contra a antiga República da Iugoslávia, sob a justificativa de terem falhado “todos os esforços para atingir-se uma solução política negociada para a crise no Kosovo”.<sup>91</sup> No dia 23 de abril de 1999, um dos prédios da operadora de televisão e rádio *Radio Televizije Srbije* (RTS) foi atingido por um míssil lançado pelas forças da OTAN. Em decorrência do ataque, 16 pessoas morreram e outras 16 ficaram seriamente feridas.<sup>92</sup> Uma reclamação sobre tal bombardeamento no prédio da RTS foi levada ao sistema europeu de direitos humanos.

Os Estados contra os quais foi apresentada a petição<sup>93</sup> afirmaram que os peticionantes não estavam sujeitos a sua jurisdição.<sup>94</sup> Entre outros argumentos, questionaram as consequências da aplicação do que chamaram de teoria de “causa e efeito” da jurisdição extraterritorial. Afirmaram que haveria sérias consequências internacionais caso a Corte entendesse ser competente para “rever a participação das partes contratantes em missões militares ao redor do mundo”, em circunstâncias nas quais fosse impossível aos Estados envolvidos “garantir qualquer um dos direitos da Convenção aos habitantes” dos territórios nos quais fossem conduzidas missões militares e “até mesmo em situações nas quais um Estado contratante não tomasse qualquer parte ativa na missão em questão”.<sup>95</sup> Um tal entendimento resul-

<sup>89</sup> CEDH, *Loizidou v. Turquia*: Petição n. 15318/89; julgamento. Estrasburgo, 18 de dezembro de 1996, para. 56.

<sup>90</sup> CEDH, *Chipre v. Turquia*: Petição n. 25781/94; julgamento. Estrasburgo, 10 de maio de 2001, para. 77-78.

<sup>91</sup> CEDH, *Vlastimir and Borka Banković, Živana Stojanović, Mirjana Stoimenovski, Dragana Joksimović and Dragan Suković v. Alemanha, Bélgica, Dinamarca, Espanha, França, Grécia, Hungria, Islândia, Itália, Luxemburgo, Noruega, Países Baixos, Polónia, Portugal, Reino Unido, República Checa e Turquia*: Petição n. 52207/99; julgamento. Estrasburgo, 12 de dezembro de 2001. Caso *Banković*, para. 8.

<sup>92</sup> CEDH, *Vlastimir and Borka Banković* [...]. Estrasburgo, 12 de dezembro de 2001. Caso *Banković*, para. 9-11.

<sup>93</sup> Alemanha, Bélgica, Dinamarca, Espanha, França, Grécia, Hungria, Islândia, Itália, Luxemburgo, Noruega, Países Baixos, Polónia, Portugal, Reino Unido, República Checa e Turquia.

<sup>94</sup> CEDH, *Vlastimir and Borka Banković* [...]. Estrasburgo, 12 de dezembro de 2001. Caso *Banković*, para. 31.

<sup>95</sup> CEDH, *Vlastimir and Borka Banković* [...]. Estrasburgo, 12 de dezembro de 2001. Caso *Banković*, para. 43.

taria em “sérias consequências para a ação internacional militar coletiva”.<sup>96</sup> Por fim, os Estados negaram ter controle do espaço aéreo sobre Belgrado. Afirmaram que, de qualquer forma, um tal controle não poderia ser igualado a um controle territorial de natureza e extensão que resultasse no exercício de controle efetivo ou de autoridade legal.<sup>97</sup>

Já os autores da petição afirmaram que a “determinação de ‘jurisdição’” pode ser feita ao adaptar-se o critério de controle efetivo construído nos julgamentos do caso *Loizidou*, de tal forma que a obrigação positiva de garantir direitos fosse proporcional ao nível de controle exercido.<sup>98</sup> Na visão dos peticionantes, os Estados Partes da CEDH teriam que garantir os direitos que estivessem sob seu controle em uma dada situação.<sup>99</sup> Em segundo lugar, afirmaram que o Artigo 15 da Convenção, que regula a instituição de derrogações, seria destituído de sentido caso não se aplicasse a guerras ou emergências extraterritoriais.<sup>100</sup> Negar a interpretação por eles dada ao Artigo 1 da CEDH implicaria deixá-los sem um remédio, e tornar o Exército dos Estados envolvidos livre para agir com impunidade. Por fim, os peticionantes afirmaram que, “devido ao tamanho da operação aérea e ao número relativamente baixo de vítimas, o controle da OTAN sobre o espaço aéreo era quase tão completo quanto o controle da Turquia sobre o território do Chipre do Norte”.<sup>101</sup> De fato, o controle exercido pela OTAN era limitado em extensão, por ser exercido apenas sobre o espaço aéreo. Entretanto, o Artigo 1 da CEDH poderia ser similarmente limitado. Afinal, “os conceitos de ‘controle efetivo’ e ‘jurisdição’ [deveriam] ser suficientemente flexíveis para levarem em consideração a disponibilidade e o uso de armas modernas de precisão que permitem uma ação extraterritorial de maior precisão e impacto, sem a necessidade de tropas terrestres”.<sup>102</sup> Dados os mencionados avanços modernos, chamaram de irrealista um entendimento que se baseia em diferenças entre ataques aéreos e tropas terrestres para determinar a existência de “jurisdição”.<sup>103</sup> Alternativamente, os peticionantes argumentaram que o ato por eles condenado era o efeito extraterritorial das

<sup>96</sup> CEDH, *Vlastimir and Borka Banković* [...]. Estrasburgo, 12 de dezembro de 2001. Caso *Banković*, para. 43.

<sup>97</sup> CEDH, *Vlastimir and Borka Banković* [...]. Estrasburgo, 12 de dezembro de 2001. Caso *Banković*, para. 44.

<sup>98</sup> CEDH, *Vlastimir and Borka Banković* [...]. Estrasburgo, 12 de dezembro de 2001. Caso *Banković*, para. 46.

<sup>99</sup> CEDH, *Vlastimir and Borka Banković* [...]. Estrasburgo, 12 de dezembro de 2001. Caso *Banković*, para. 47.

<sup>100</sup> CEDH, *Vlastimir and Borka Banković* [...]. Estrasburgo, 12 de dezembro de 2001. Caso *Banković*, para. 49.

<sup>101</sup> CEDH, *Vlastimir and Borka Banković* [...]. Estrasburgo, 12 de dezembro de 2001. Caso *Banković*, para. 52.

<sup>102</sup> CEDH, *Vlastimir and Borka Banković* [...]. Estrasburgo, 12 de dezembro de 2001. Caso *Banković*, para. 52.

<sup>103</sup> CEDH, *Vlastimir and Borka Banković* [...]. Estrasburgo, 12 de dezembro de 2001. Caso *Banković*, para. 52.

prévias decisões de atacar o prédio da RTS e de lançar o míssil. Tais decisões foram tomadas no território dos Estados em face dos quais a petição foi apresentada. Logo, estaria preenchido o requisito do Artigo 1 da Convenção.

A Corte EDH afirmou que, “do ponto de vista do direito internacional público, a competência jurisdicional de um Estado é primariamente territorial”, mas que, em algumas situações, seria possível o exercício de jurisdição extraterritorial.<sup>104</sup> Nesse caso, como regra geral, as bases para tal jurisdição extraterritorial seriam “definidas e limitadas pelos direitos territoriais soberanos dos outros Estados relevantes”.<sup>105</sup> Como exemplo de bases para a jurisdição extraterritorial, a Corte citou a nacionalidade, a bandeira, as relações diplomáticas e consulares, o efeito, a proteção, a personalidade passiva e a universalidade.<sup>106</sup> Adicionalmente, afirmou que “um Estado não pode concretamente exercer jurisdição no território de outro sem o consentimento, convite ou aquiescência desse outro Estado, exceto se o primeiro Estado é um Estado ocupante”.<sup>107</sup>

Em síntese, a Corte entendeu que “seu reconhecimento do exercício de jurisdição extraterritorial por um Estado-Contratante é excepcional”.<sup>108</sup> Afirmou que tal reconhecimento tem acontecido quando um dado Estado “exerce todos ou alguns poderes públicos normalmente exercidos pelo governo” de um terceiro Estado, através do exercício de controle efetivo sobre o território envolvido e sobre os habitantes deste, “como consequência de uma ocupação militar ou através de consentimento, convite ou aquiescência do governo desse território”.<sup>109</sup> Por fim, asseverou que a Convenção Europeia é um tratado multilateral “que opera em um contexto essencialmente territorial e, notadamente, no espaço legal (*espace juridique*) dos Estados-Contratantes”.<sup>110</sup> Afirmou, ainda, que “[a] Convenção não foi feita para aplicar-se ao redor do mundo, mesmo em relação à conduta dos Estados-Contratantes”.<sup>111</sup>

<sup>104</sup> CEDH, Vlastimir and Borka Banković [...]. Estrasburgo, 12 de dezembro de 2001. Caso Banković, para. 59.

<sup>105</sup> CEDH, Vlastimir and Borka Banković [...]. Estrasburgo, 12 de dezembro de 2001. Caso Banković, para. 59.

<sup>106</sup> CEDH, Vlastimir and Borka Banković [...]. Estrasburgo, 12 de dezembro de 2001. Caso Banković, para. 59.

<sup>107</sup> CEDH, Vlastimir and Borka Banković [...]. Estrasburgo, 12 de dezembro de 2001. Caso Banković, para. 60.

<sup>108</sup> CEDH, Vlastimir and Borka Banković [...]. Estrasburgo, 12 de dezembro de 2001. Caso Banković, para. 71.

<sup>109</sup> CEDH, Vlastimir and Borka Banković [...]. Estrasburgo, 12 de dezembro de 2001. Caso Banković, para. 71.

<sup>110</sup> CEDH, Vlastimir and Borka Banković [...]. Estrasburgo, 12 de dezembro de 2001. Caso Banković, para. 79-80.

<sup>111</sup> CEDH, Vlastimir and Borka Banković [...]. Estrasburgo, 12 de dezembro de 2001. Caso Banković.

No caso *Banković*, a Corte EDH parece ter misturado dois tipos distintos de “jurisdição”: (i) jurisdição para fins de aplicação de tratados de direitos humanos; e (ii) jurisdição doméstica estatal, derivada da soberania dos Estados. Essa confusão pode ser ilustrada pela afirmação da Corte de serem bases para o exercício de jurisdição extraterritorial a nacionalidade, a bandeira, as relações diplomáticas e consulares, o efeito, a proteção, a personalidade passiva e a universalidade. Tais bases nada mais são do que fundamentos aceitos pelo direito internacional para o exercício extraterritorial da jurisdição prescritiva ou da jurisdição judicial, como explicado na Seção 2.1. Não são, de forma alguma, fundamentos para o exercício extraterritorial de jurisdição para fins de aplicação de tratados de direitos humanos.<sup>112</sup>

A confusão feita pela Corte entre dois tipos distintos de jurisdição fica ainda mais evidente quando ela afirma que as bases sugeridas para a jurisdição extraterritorial são “definidas e limitadas pelos direitos territoriais soberanos dos outros Estados relevantes”.<sup>113</sup> Em tratados de direitos humanos, jurisdição não se liga à noção de direitos territoriais soberanos, mas à noção de controle, poder ou autoridade, como demonstram as decisões da própria Corte Europeia anteriores ao caso *Banković*. Nesse sentido, Milanović criticou a decisão da Corte Europeia no caso *Banković*, observando que o tribunal “simplesmente assumiu que a noção de ‘jurisdição’ no Artigo 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos é a mesma que o conceito de jurisdição que determina que um Estado pode aplicar regras de seu direito interno”.<sup>114</sup>

Ademais, no caso *Banković*, a Corte parece ter restringido excessivamente seu reconhecimento de jurisdição extraterritorial no sentido do Artigo 1 da Convenção Europeia. O tribunal ligou a jurisdição extraterritorial ao exercício de “todos ou alguns poderes públicos normalmente exercidos pelo governo” de um terceiro Estado, “como consequência de uma ocupação militar ou através de consentimento, convite ou aquiescência do governo desse território”.<sup>115</sup> O único outro cenário de exercício extraterritorial de jurisdição por ela citado foi atividades de

<sup>112</sup> CASSESE, Antonio *et al.* *Cassese’s international criminal law*. p.273-274, MILANOVIĆ, Marko. From compromise to principle: clarifying the concept of state jurisdiction in human rights treaties. p. 11-12.

<sup>113</sup> CEDH, Vlastimir and Borka Banković [...]. Estrasburgo, 12 de dezembro de 2001. Caso Banković, para. 60.

<sup>114</sup> MILANOVIĆ, Marko. From compromise to principle: clarifying the concept of state jurisdiction in human rights treaties. p.26-27.

<sup>115</sup> CEDH, Vlastimir and Borka Banković [...]. Estrasburgo, 12 de dezembro de 2001. Caso Banković, para. 71.

agentes diplomáticos ou consulares no exterior e a bordo de navios e embarcações registrados naquele Estado ou portando sua bandeira.<sup>116</sup>

Em 2011, uma década após o julgamento sobre o bombardeamento na RTS, a Corte parece ter tomado uma certa distância da visão restrita que assumira em *Banković*, ainda que não tenha afirmado expressamente que estava superando o entendimento adotado anteriormente. Isso se deu no caso *Al-Skeini v. Reino Unido*, relativo à morte de seis iraquianos, alegadamente causada por soldados britânicos que agiam no Iraque. Nele, afirmou que “jurisdição”, para fins do Artigo 1 da Convenção, é um critério limiar (*threshold criterion*), ou seja, uma “condição necessária para que um Estado Contratante seja tido como responsável por atos ou omissões imputáveis a ele e que resultem em uma alegada violação de direitos e liberdades consagrados na Convenção”.<sup>117</sup> Reafirmou que a jurisdição de um Estado é primariamente territorial e que o exercício extraterritorial de jurisdição pelos Estados Partes da Convenção ocorre em casos excepcionais.<sup>118</sup> Reafirmou também a lista de exceções ao princípio da territorialidade trazida em *Banković*.<sup>119</sup> No entanto, não se restringiu a ela. Reconheceu o exercício extraterritorial de jurisdição quando agentes de um Estado exercem poder físico e controle sobre um indivíduo fora de seu território. Nessa situação, o Estado que age extraterritorialmente deve garantir ao indivíduo que está sob seu controle os direitos e liberdades que sejam “relevantes à situação do indivíduo em questão”.<sup>120</sup> Parece, assim, ter se aproximado da visão defendida pelos peticionantes no caso *Banković*, segundo os quais “a obrigação positiva perante o artigo 1 da Convenção [Europeia] de garantir os direitos da Convenção [deve ser] proporcional ao nível de controle de fato exercido”.<sup>121</sup>

Adicionalmente, reiterou o entendimento adotado no caso *Loizidou* ao afirmar não ser necessária, para a determinação de jurisdição extraterritorial, a existência de um controle detalhado sobre as políticas e ações das autoridades

<sup>116</sup> CEDH, *Vlastimir and Borka Banković* [...]. Estrasburgo, 12 de dezembro de 2001. Caso *Banković*, para. 72.

<sup>117</sup> CEDH, *Al-Skeini e outros v. Reino Unido*: Petição n. 55721/07; julgamento. Estrasburgo, 7 de julho de 2011, para 130.

<sup>118</sup> CEDH, *Al-Skeini e outros v. Reino Unido*: Petição n. 55721/07; julgamento. Estrasburgo, 7 de julho de 2011, para. 131 e 133.

<sup>119</sup> CEDH, *Al-Skeini e outros v. Reino Unido*: Petição n. 55721/07; julgamento. Estrasburgo, 7 de julho de 2011, para. 134-135.

<sup>120</sup> CEDH, *Al-Skeini e outros v. Reino Unido*: Petição n. 55721/07; julgamento. Estrasburgo, 7 de julho de 2011, para. 136-137.

<sup>121</sup> CEDH, *Al-Skeini e outros v. Reino Unido*: Petição n. 55721/07; julgamento. Estrasburgo, 7 de julho de 2011, para. 46.

de um terceiro Estado. Em suas palavras, “[o] fato de que a administração local sobrevive como resultado do apoio militar e de outro tipo” de um dado Estado Contratante já implicaria a responsabilidade desse Estado pelas ações e políticas da administração local a ele subordinada.<sup>122</sup>

A Corte afirmou que o exercício de controle efetivo sobre uma região é uma questão de fato. Para determinar se há tal controle, atenta-se, primeiramente, para a “força da presença militar do Estado na área”. Em seguida, analisam-se outros fatores relevantes, “como a extensão na qual o apoio militar, econômico e político do Estado à administração local a ele subordinada dá a ele influência e controle sobre a região”.<sup>123</sup> No caso concreto, concluiu que, “através de seus soldados envolvidos em operações de segurança em Basrah”, o Reino Unido “exerceu autoridade e controle sobre os indivíduos mortos no curso dessas operações”. Estabeleceu-se, assim, um *link* jurisdicional para fins de aplicação do Artigo 1 da Convenção.<sup>124</sup>

Em 2014, a Corte decidiu mais um caso relativo a atividades no Iraque, qual seja, *Jaloud v. Reino dos Países Baixos*. Explicitou que o *status* de “potência ocupante” de um país ou sua ausência não são elementos *per se* determinantes da aplicação extraterritorial da Convenção Europeia.<sup>125</sup> Adicionalmente, concluiu que o fato de um dado Estado executar ordens ou decisões dadas por uma autoridade estrangeira não seria, em si, suficiente para retirar do primeiro Estado as obrigações assumidas perante a Convenção.<sup>126</sup>

Em 2019, decidiu o caso *Güzelyrtlu e outros v. Chipre e Turquia*, relativo à efetividade das investigações conduzidas sobre a morte de uma família cipriota, de origem cipriota turca, em território controlado pelo Chipre. Entendeu que, em regra, apenas o Estado no território do qual o corpo da vítima foi encontrado é vinculado à obrigação procedimental de investigar que emana do direito à vida.

<sup>122</sup> CEDH, *Al-Skeini e outros v. Reino Unido*: Petição n. 55721/07; julgamento. Estrasburgo, 7 de julho de 2011, para. 138.

<sup>123</sup> CEDH, *Al-Skeini e outros v. Reino Unido*: Petição n. 55721/07; julgamento. Estrasburgo, 7 de julho de 2011, para. 139. Esse entendimento foi reiterado em junho de 2015 em *Chiragov e outros v. Armenia*. CEDH, *Chiragov e outros v. Armenia*: Petição n.13216/05; julgamento. Estrasburgo, 16 de junho de 2015., para. 169.

<sup>124</sup> CEDH, *Al-Skeini e outros v. Reino Unido*: Petição n. 55721/07; julgamento. Estrasburgo, 7 de julho de 2011, para. 149-150; cf. CEDH, *Al Saadoon e Mufdhi v. Reino Unido*: Petição n. 61498/08; decisão sobre admissibilidade. Estrasburgo, 30 de junho de 2009, para. 88.

<sup>125</sup> CEDH, *Jaloud v. Reino dos Países Baixos*: Petição n. 47708/08; julgamento. Estrasburgo, 20 de novembro de 2014, para. 142.

<sup>126</sup> CEDH, *Jaloud v. Reino dos Países Baixos*: Petição n. 47708/08; julgamento. Estrasburgo, 20 de novembro de 2014, para. 143.

No entanto, “aspectos especiais” (no original, *special features*)<sup>127</sup> podem estabelecer um *link* jurisdicional em relação a essa obrigação procedimental. No entanto, considerou não ser necessário definir o conceito *in abstracto* de aspectos especiais, visto que eles dependem essencialmente das circunstâncias particulares de cada caso.<sup>128</sup> A Corte concluiu que, em princípio, o estabelecimento de investigações por outro Estado que não aquele no qual um homicídio ocorreu é suficiente para estabelecer um *link* jurisdicional entre o Estado e os familiares da vítima.<sup>129</sup> Ademais, identificou três “aspectos especiais” no caso concreto: as autoridades da chamada “República Turca do Chipre do Norte” (RTCN) instituíram uma investigação sobre o caso; a “RTCN” não é reconhecida pela comunidade internacional como um Estado, enquanto a Turquia é reconhecida como potência ocupante do norte do Chipre; e os suspeitos do crime fugiram para a “RTCN”, dificultando assim as investigações por parte do Chipre. Dessa forma, concluiu que a Turquia possuía jurisdição relativa às obrigações procedimentais que emanam do direito à vida. Uma conclusão diversa, explicou, levaria a um vácuo do sistema de proteção de direitos humanos e ao risco de estabelecimento de um “porto seguro” para criminosos na “RTCN”.<sup>130</sup>

As conclusões da Corte no caso *Güzelyrtlu* foram reajustadas em 2021, em *Hanan v. Alemanha*. Este se refere à morte de duas crianças em uma operação militar conduzida no Afeganistão, da qual a Alemanha participava junto à Força Internacional de Apoio à Segurança (ISAF). Importante ressaltar que o estabelecimento da ISAF foi autorizado pelo Conselho de Segurança da ONU.

Embora a Alemanha houvesse instituído investigações penais sobre as mortes causadas no ataque, a Corte Europeia relativizou o quanto o mero estabelecimento de investigações levaria a um *link* jurisdicional. Recordou que as mortes investigadas ocorreram dentro de um contexto de operação militar extraterritorial autorizada por resolução do Capítulo VII da Carta da ONU. Declarou estar consciente das preocupações compartilhadas pelo Estado e pelas partes intervenientes

<sup>127</sup> Uma breve referência a ditos “aspectos especiais” já havia sido feita pela Corte no caso *Rantsev*. Ver CEDH, *Rantsev v. Chipre e Rússia*: Petição n. 25965/04: julgamento. Estrasburgo, 10 de maio de 2010, para. 243-244.

<sup>128</sup> CEDH, *Güzelyrtlu e outros v. Chipre e Turquia*: Petição n. 36925/07: julgamento. Estrasburgo, 29 de janeiro de 2019, para. 190.

<sup>129</sup> CEDH, *Güzelyrtlu e outros v. Chipre e Turquia*: Petição n. 36925/07: julgamento. Estrasburgo, 29 de janeiro de 2019, para.188.

<sup>130</sup> CEDH, *Güzelyrtlu e outros v. Chipre e Turquia*: Petição n. 36925/07: julgamento. Estrasburgo, 29 de janeiro de 2019, para.195.

de que a criação de um *link* jurisdicional automático a partir do estabelecimento de uma investigação poderia gerar um efeito inibidor sobre o estabelecimento de investigações no âmbito doméstico.

A Corte se referiu ao caso *Güzelyrtlu*, no qual teria identificado “aspectos especiais” à luz dos quais foi estabelecido um *link* jurisdicional. Também em *Hanan v. Alemanha*, identificou “aspectos especiais”: a obrigação de direito costumeiro internacional do Estado de investigar ataques aéreos que possam configurar potenciais crimes de guerra; impossibilidade das autoridades afegãs de investigar o ataque à luz do Acordo sobre o Status das Forças da ISAF, o qual garantia aos Estados que contribuíam com tropas exclusiva jurisdição sobre seu pessoal; obrigação imposta ao Estado alemão pelo seu direito interno de instituir investigações penais.<sup>131</sup> Esses “aspectos especiais” estabeleceram um *link* jurisdicional relativamente às obrigações procedimentais que emanam do artigo 2 da Convenção. A Corte também ressaltou que o reconhecimento de um tal *link* não significa, automaticamente, o reconhecimento de um *link* jurisdicional relativamente às obrigações substantivas que emanam do artigo 2.<sup>132</sup>

#### 4.4 Análise comparativa

O CDH adotou amplamente em suas decisões o modelo pessoal para a conceituação de jurisdição extraterritorial. Este modelo compreende jurisdição como controle – ou, em outras palavras, poder ou autoridade – sobre um indivíduo. O foco, para o Comitê, é a relação factual identificada em uma violação de direitos humanos. Essa relação factual pode inclusive se dar quando o ato de um Estado cria um risco real para a violação de direitos de um indivíduo fora de seu território (por exemplo, em casos de extradição para países que aplique a pena capital). Adicionalmente, em decisão recente o Comitê considerou que uma “relação especial de dependência” entre indivíduos e um Estado (tal como no caso do naufrágio envolvendo a operação de resgate do ITS Libra) cria um *link* jurisdicional para fins de aplicação extraterritorial do PIDCP.

A definição de jurisdição extraterritorial adotada pelo CDH foi influente na redação do parecer consultivo da CIJ sobre o muro construído por Israel no

<sup>131</sup> CEDH, *Hanan v. Alemanha*: Petição n. 4871/16; julgamento. Estrasburgo, 16 de fevereiro de 2021, para. 134-139.

<sup>132</sup> CEDH, *Hanan v. Alemanha*: Petição n. 4871/16; julgamento. Estrasburgo, 16 de fevereiro de 2021, para. 142-144.

território ocupado da Palestina. Essa influência era esperada, já que a CIJ interpreta o Artigo 2(1) do PIDCP, e o CDH é o órgão estabelecido por este tratado para monitorar sua implementação. Assim, no parecer consultivo, a CIJ reconheceu que a jurisdição extraterritorial pode dar-se tanto através do exercício de controle efetivo sobre uma área (modelo espacial) quanto sobre um indivíduo (reconhecendo, assim, a aplicabilidade do modelo pessoal).

O modelo pessoal também foi reiteradamente reconhecido e aplicado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que, tal como o CDH, reconhece a criação de um *link* jurisdicional quando um ato de um Estado cria um risco real para a violação dos direitos de um indivíduo a ser concretizada em território estrangeiro (*e.g.* em casos de extradição). A Comissão também explicou que o controle de um Estado sobre indivíduos em outro território pode se dar através de atuação em um espaço de terra ou no espaço aéreo. Em opiniões consultivas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tratou sobre a aplicação extraterritorial de tratados de direitos humanos. Fazendo referência às decisões do CDH, da CIJ e da Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte Interamericana reconheceu a aplicabilidade tanto do modelo espacial quanto do modelo pessoal de jurisdição para fins de interpretação da Convenção Americana. Adicionalmente, a Corte reconheceu a possibilidade de aplicação extraterritorial da CADH em casos de danos transfronteiriços. Nesses casos, a Corte explicou que a determinação quanto ao exercício de controle feito de um Estado fora de seu território depende da identificação de uma relação de causalidade entre o fato que se originou dentro de seu próprio território e a afetação de direitos humanos de indivíduos situados fora de seu território.

Embora o modelo pessoal tenha sido aplicado inicialmente pela Comissão Europeia de Direitos Humanos,<sup>133</sup> o caso *Banković* promoveu uma mudança central na continuidade desse modelo “causa e efeito” para fins de aplicação extraterritorial da CEDH. Desde então, a jurisprudência da Corte Europeia revela uma forte aplicação do modelo espacial de jurisdição.

A Corte Europeia desenvolveu o conceito de “efetivo controle geral do território (*effective overall control*)”. Adicionalmente, em uma série de decisões sobre ocupação de território estrangeiro, explicou que a determinação quanto à aplicação extraterritorial da Convenção Europeia deve levar em consideração a extensão do

<sup>133</sup> Cf. MILANOVIĆ, Marko. *Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles, and policy*. Oxford University Press, 2011 (e-book), Section IV(3)(B)(3).

apoio militar, econômico e político do Estado à administração local, bem como sua influência e controle sobre ela. Ademais, a Corte também asseverou que o fato de um Estado executar ordens ou decisões dadas por uma autoridade estrangeira não constitui, de forma isolada, argumento suficiente para retirar do primeiro Estado as obrigações assumidas perante a Convenção.

A aplicação do modelo espacial de jurisdição é evidente na jurisprudência da Corte Europeia em casos envolvendo a atuação de um Estado Parte da Convenção Europeia no território de outro Estado Parte. No entanto, os julgamentos da Corte relativos à atuação de um ou mais Estado Parte no território de um Estado não parte da Convenção Europeia (e.g. atuação do Reino Unido no Iraque, e da Alemanha no Afeganistão) revelam uma prática distinta.<sup>134</sup> O caso *Al Skeini v. Iraque* indica a aplicação do modelo pessoal. Um caminho diferente para análise de aplicação extraterritorial da CEDH foi traçado nas recentes decisões envolvendo ações no território afegão. A Corte Europeia reconheceu que “aspectos especiais” (*special features*) podem estabelecer um *link* jurisdicional com relação à obrigação procedimental de investigar violações de direitos humanos.

## 5. Proposta de delimitação à luz da concepção de Milanović

A seção anterior descreveu como o conceito de jurisdição evoluiu na jurisprudência de seis órgãos internacionais. À luz desse conhecimento e da concepção de Milanović, esta seção visa propor critérios para delimitar a aplicação extraterritorial de direitos humanos, que sejam mais adequados à realidade contemporânea.

Os tratados de direitos humanos possuem o fim comum de proteção do interesse geral e da ordem pública.<sup>135</sup> Buscam promover a proteção da pessoa humana, através da tutela de seus direitos e liberdades fundamentais. Em consonância com o Artigo 31 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, é à luz da finalidade dos tratados de direitos humanos que deve ser interpretada a palavra “jurisdição”.<sup>136</sup> Tendo em vista o objetivo e propósito desses tratados, não parece razoável entender que é permitido aos Estados perpetrar violações a tratados de

<sup>134</sup> Ver MILANOVIĆ, Marko. “The European Court’s admissibility decision in Ukraine and the Netherlands v Russia: the good, the bad and the ugly”. *EJIL!Talk*, 26 Jan. 2023.

<sup>135</sup> CEDH, Hanan v. Alemanha: Petição n. 4871/16; julgamento. Estrasburgo, 16 de fevereiro de 2021., p. 29-30.

<sup>136</sup> LUPI, André Lipp Pinto Basto. Comentários ao artigo 31. In: SALIBA, Aziz Tuffi. **Direito dos tratados**: comentários à Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 223-238.

direitos humanos no território de um outro Estado, sendo que tais violações não poderiam ser perpetradas em seu próprio território. Nesse sentido, já se pronunciou o CDH no caso *Celiberti*.

Milanović explica que jurisdição se refere a um conceito factual, ligado ao exercício *de facto* de poder.<sup>137</sup> Onde quer que um Estado exerça poder sobre pessoas ou um controle efetivo sobre uma área, ele está obrigado a respeitar os tratados de direitos humanos dos quais é parte, nos limites do controle exercido. O autor explica que, para fins de aplicação de tratados de direitos humanos, não importa se o exercício do controle efetivo é legal ou ilegal.<sup>138</sup> Ou seja, o que importa não é a existência de um direito ao exercício do controle, mas sim o controle em si.

Para determinar se um dado controle é tido como efetivo, a Corte Europeia de Direitos Humanos sugeriu, no caso *Al-Skeini v. Reino Unido*, analisar a força da presença militar do Estado na área e outros fatores, como a extensão na qual o apoio (militar, econômico e político) de um Estado à administração local de outro dá a ele influência e controle sobre a região.<sup>139</sup> Milanović, por sua vez, asseverou que o controle efetivo existe quando um Estado “tem poderes suficientes sobre um território e seus habitantes para fazer basicamente o que quiser”. Para ele, deve-se ter em mente que controle efetivo implica o poder “não apenas de afetar os direitos humanos da população, mas também de garanti-los”. Nas duas subseções que se seguem, serão discutidos dois tipos de exercício de controle – territorial e pessoal – e sua ligação com a aplicação extraterritorial de tratados de direitos humanos, a partir das discussões iniciadas por Milanović.

## 5.1 Jurisdição como controle sobre uma área e o critério da ocupação

Milanović observou que o critério adotado em casos concretos tem sido relativamente elevado. Como exemplo, citou o caso *Chipre v. Turquia*, em que a Turquia contava com uma extensa tropa no território cipriota, além de contar com uma administração local no Chipre do Norte a ela subordinada. O autor citou também o caso *Banković*, em que a Corte EDH traz como um dos critérios de controle

<sup>137</sup> MILANOVIĆ, Marko. From compromise to principle: clarifying the concept of state jurisdiction in human rights treaties. p. 27. MILANOVIĆ, Marko. Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles, and policy.

<sup>138</sup> MILANOVIĆ, Marko. Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles, and policy.

<sup>139</sup> CEDH, *Al-Skeini e outros v. Reino Unido*: julgamento: Petição n. 55721/07. Estrasburgo, 7 de julho de 2011, para. 139.

efetivo o exercício de poderes públicos. O autor corretamente concluiu que esse critério é muito elevado, e que parece ter sido relaxado nos casos subsequentes da Corte Europeia.<sup>140</sup>

Para Milanović, uma ocupação beligerante sem controle efetivo ou sem o potencial de restabelecer tal controle já não é mais uma ocupação. Consequentemente, todo Estado Ocupante exerce controle efetivo sobre o território ocupado e, assim sendo, exerce jurisdição sobre ele.<sup>141</sup> Tal entendimento parece estar em consonância com a *Opinião Consultiva da Corte Internacional de Justiça sobre o Muro no Território Ocupado da Palestina*.<sup>142</sup> Entretanto, o autor defende que se deve resistir a reconhecer o exercício de jurisdição extraterritorial por controle efetivo sobre uma área quando não há ocupação. Para ele, um entendimento contrário poderia levar a aplicação extraterritorial de direitos humanos ao limite da utopia.<sup>143</sup>

Mesmo que o posicionamento de Milanović seja adotado no que tange à estreita relação entre ocupação e controle efetivo, o exercício extraterritorial de jurisdição pode ocorrer fora de casos de ocupação, como explica o segundo modelo de jurisdição extraterritorial para fins de aplicação de tratados de direitos humanos. Esse segundo modelo, que se difere do exercício de controle efetivo sobre uma área, é o exercício de controle sobre indivíduos.

## 5.2 Jurisdição como controle sobre indivíduos

Pode-se interpretar o requisito de “controle” sobre um indivíduo como o exercício de custódia física sobre ele.<sup>144</sup> Entretanto, considerar “controle” sobre um indivíduo somente como custódia física implicaria reconhecer que “atos instantâneos”, como matar alguém fora de um contexto de detenção, recairia fora da

---

<sup>140</sup> MILANOVIĆ, Marko. Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles, and policy. Section IV, p. 17.

<sup>141</sup> MILANOVIĆ, Marko. Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles, and policy. Section IV, p. 26.

<sup>142</sup> Cf. CIJ, *Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado*: opinião consultiva. Haia: 9 de julho de 2004

<sup>143</sup> MILANOVIĆ, Marko. Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles, and policy.

<sup>144</sup> MILANOVIĆ, Marko. Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles, and policy. Section IV, p. 62.

jurisdição do Estado cujos agentes agem extraterritorialmente.<sup>145</sup> Essa não parece ser a interpretação mais adequada, e adotá-la iria de encontro à acertada decisão apresentada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Alejandro v. Cuba*.<sup>146</sup> Afinal, não faria sentido entender que um Estado não pode prender arbitrariamente um indivíduo em território estrangeiro, mas pode matá-lo.<sup>147</sup>

À luz da possibilidade de condução de atos instantâneos em território estrangeiro, Milanović rejeita a limitação do controle sobre o indivíduo à situação de custódia física. Sugere, então, que o modelo pessoal de jurisdição (jurisdição como controle sobre um indivíduo) tende ao colapso, pois não é possível estabelecer quaisquer limites a ele. O modelo resultaria em reconhecer que “um Estado possui obrigações sob tratados de direitos humanos relativamente a todos os indivíduos cujos direitos humanos [o Estado em questão] puder violar”.<sup>148</sup> O autor afirma que essa ausência de limites faz com que o modelo pessoal de jurisdição não sirva a um propósito útil como limiar (*threshold*) para a aplicação de tratados de direitos humanos. Defende, então, um terceiro modelo para a aplicação de tratados de direitos humanos, que não o modelo baseado no controle sobre a pessoa ou no controle sobre uma área. Segundo esse terceiro modelo, o limiar de jurisdição só importará no que tange ao dever de proteger ou promover direitos humanos (obrigação positiva). Tal limiar não existiria no que tange ao dever de respeitar direitos humanos (obrigação negativa).<sup>149</sup>

Milanović afirma que, para que seja cumprida a obrigação de respeitar direitos humanos, não se exige de um Estado “nada além de controle sobre a conduta de seus próprios agentes”.<sup>150</sup> Já a obrigação positiva de garantir ou proteger direitos humanos demandaria um grau de controle sobre uma área que permitisse ao Estado “criar instituições ou mecanismos de governo, impor suas leis e punir

---

<sup>145</sup> MILANOVIĆ, Marko. Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles, and policy. Section IV, p. 62.

<sup>146</sup> CIDH, Armando Alejandro Jr., Carlos Costa, Mario de la Peña e Pablo Morales v. Cuba: Caso n. 11.589: Relatório n. 86/99, de 29 de setembro de 1999.

<sup>147</sup> Cf. CIDH, Armando Alejandro Jr., Carlos Costa, Mario de la Peña e Pablo Morales v. Cuba: Caso n. 11.589: Relatório n. 86/99, de 29 de setembro de 1999.

<sup>148</sup> MILANOVIĆ, Marko. Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles, and policy. Section IV, p. 81.

<sup>149</sup> MILANOVIĆ, Marko. Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles, and policy. Section IV, p. 81.

<sup>150</sup> MILANOVIĆ, Marko. Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles, and policy. Section IV, p. 82.

violações”.<sup>151</sup> Resumidamente, o autor afirma que o modelo por ele concebido determina que “a noção de jurisdição em tratados de direitos humanos seria concebida apenas territorialmente, como *de facto* efetivo controle geral sobre áreas e locais”.<sup>152</sup> O limiar seria “aplicado apenas para a obrigação de um Estado de proteger e garantir direitos humanos, mas não para sua obrigação de respeitar direitos humanos”, a qual não seria vinculada territorialmente.<sup>153</sup> Milanović afirma que sua interpretação é a mais plausível, ainda que ela vá de encontro à redação de alguns artigos de tratados de direitos humanos, tais como o Artigo 2(1) do PIDCP e o Artigo 1.1 da CADH, que fazem menção expressa ao exercício de jurisdição sobre indivíduos e à obrigação de respeitar e garantir, sem qualquer distinção.

O presente artigo acolhe parcialmente a concepção de Milanović. De fato, parece desnecessário o estabelecimento de limiar para obrigação extraterritorial de respeitar, que se configurará sempre que um Estado possui controle sobre seus agentes atuando em território estrangeiro. Ao atuar em território estrangeiro, um Estado encontra-se automaticamente obrigado a não suprimir os direitos dos indivíduos que lá se encontram. Obrigações negativas (tais como não matar, não torturar e não destruir propriedade) são decorrência lógica, necessária e automática do envio de agentes estatais ou da atuação remota de ditos agentes (desde que esta represente um exercício de controle, como discutido na seção 2) a território estrangeiro.

Por outro lado, entendemos que o limiar sugerido por Milanović para a configuração da obrigação extraterritorial de proteger e garantir direitos humanos é demasiadamente elevado. Uma alternativa é, ao delimitar-se dito limiar para as obrigações positivas, buscar apoio no modelo pessoal de jurisdição. Controle sobre um indivíduo pode ser entendido como um poder fático sobre seu destino. De fato, essa definição levaria à conclusão criticada por Milanović de que “um Estado possui obrigações sob tratados de direitos humanos relativamente a todos os indivíduos cujos direitos humanos [o Estado em questão] puder violar”.<sup>154</sup> Entretanto,

---

<sup>151</sup> MILANOVIĆ, Marko. Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles, and policy. Section IV, p. 82.

<sup>152</sup> MILANOVIĆ, Marko. Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles, and policy. Section IV, p. 82.

<sup>153</sup> MILANOVIĆ, Marko. Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles, and policy. Section IV, p. 82.

<sup>154</sup> MILANOVIĆ, Marko. Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles, and policy. Section IV, p. 81.

tal resultado não levaria à utopia caso o dever de um Estado de promover direitos humanos seja limitado pela extensão do poder exercido extraterritorialmente. Em outras palavras, defende-se, aqui, a proporcionalidade entre o controle exercido e o dever de proteger e realizar direitos humanos extraterritorialmente.

Como bem observou Milanović, nenhum tratado de direitos humanos busca estabelecer o impossível para seus Estados Partes.<sup>155</sup> Entretanto, é plenamente possível aos Estados promover direitos humanos na medida do controle que exercem sobre indivíduos. O que se exige dos Estados é que eles respeitem os direitos humanos dos indivíduos sob seu controle (obrigação negativa) e, ainda, que ajam (obrigação positiva) em consonância com seu dever de devida diligência, ou seja, tomando “todas as medidas que estão sob seu poder para evitar violações de direitos humanos”.<sup>156</sup> A obrigação positiva seria, assim, de devida diligência, e parece excessivamente vulnerável para a alegada vítima que o dever extraterritorial de devida diligência somente ocorra em caso de ocupação.

Para ilustrar nossa crítica, voltemos ao caso de Lilia Celiberti, mencionado no primeiro parágrafo deste artigo, e imaginemos a seguinte situação hipotética. Imagine que os filhos de Celiberti não ficassem detidos na sede da polícia brasileira por apenas 11 dias, mas sim por um mês, sob as ordens e controle de agentes uruguaios. Estivessem as crianças detidas em território uruguaio, o Uruguai não apenas teria a obrigação de respeitar o direito à educação dessas crianças, como também de realizar tal direito. Ao enviar agentes para deter Lilia Celiberti e estando (ou devendo estar) ciente de que havia crianças com ela, deve o Estado agir com devida diligência. A devida diligência é sempre atingível e não leva o direito internacional ao limite da utopia. No caso concreto, isso significa que cabe ao Uruguai realizar uma análise quanto ao possível impacto de sua ação sobre os direitos das crianças que estão sob seu controle. Por exemplo, deve-se analisar quanto tempo as crianças poderão ficar detidas (dias, semanas ou meses), em qual período do ano a detenção se dará (período letivo ou férias) e a idade das crianças. Caso a análise desses fatores revele que a atuação extraterritorial dos agentes uruguaios impacta o direito das crianças à educação, deve o Estado atuar com devida diligência. Uma das formas de realizar esse direito seria a oferta de ensino temporário no centro de detenção. Uma vez que o governo uruguaio enviou forças

<sup>155</sup> MILANOVIĆ, Marko. Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles, and policy. Section IV, p. 82.

<sup>156</sup> MILANOVIĆ, Marko. Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles, and policy. Section IV, p. 82.

policiais para o território brasileiro tendo conhecimento de que crianças estariam envolvidas na operação, caberia ao Estado o envio de agentes civis para garantir os direitos dos menores envolvidos ou a realização de cooperação com o governo brasileiro, para tais fins. Ademais, não parece razoável compreender que o Uruguai não poderia eximir-se da obrigação de realizar o direito à educação de crianças detidas em seu território, mas poderia fazê-lo ao exercer controle prolongado sobre duas crianças em território estrangeiro.

Uma segunda situação hipotética capaz de ilustrar a crítica aqui exposta seria o envio de agentes estatais por parte do Estado brasileiro para a Colômbia, com o objetivo de prender dois fugitivos acusados de haverem cometido crimes em território brasileiro. Apesar de terem conhecimento de que ditos indivíduos integravam cada um organizações de crime organizado rivais entre si, os agentes estatais brasileiros os deixam detidos em uma mesma cela, a qual foi disponibilizada pelo Estado colombiano, enquanto aguardam autorização para retorná-los ao território brasileiro. Estando presos na mesma cela, um dos indivíduos tortura e mata seu companheiro de detenção. Em tal situação, é razoável argumentar que cabia ao Estado brasileiro agir com devida diligência e proteger o direito à vida e à integridade física dos indivíduos sujeitos a seu controle, ainda que em território estrangeiro e fora do contexto de ocupação. Estava dentro do poder de atuação dos agentes brasileiros aplicar todas as medidas cabíveis para proteger os direitos humanos de cada um dos detidos e evitar a violação de seus direitos por pessoas privadas.

## 6. Conclusão

À luz de mudanças nas condições de vida atuais, tornam-se obscuras noções clássicas do direito internacional necessárias para a conceptualização de jurisdição extraterritorial. Deve-se, assim, investigar como o conceito de jurisdição evoluiu à luz de novas realidades e demandas sociais, novas tecnologias, e mesmo formas de combate em conflitos armados contemporâneos. Para tal, torna-se relevante mapear as decisões de órgãos internacionais quanto à aplicação extraterritorial de tratados de direitos humanos e sua evolução ao longo dos anos. A isso se propôs o presente artigo.

Para fins de aplicação de tratados de direitos humanos, jurisdição define-se como um poder fático, uma autoridade ou um controle sobre um território ou indivíduos. Quando um Estado preenche o limiar de controle em uma atuação

extraterritorial, ele se encontra obrigado a respeitar e garantir os direitos humanos consagrados nas convenções das quais for parte, no limite do controle por ele exercido.

Tradicionalmente, cortes e doutrinadores dividiram o exercício de controle em dois: controle sobre um território e controle sobre indivíduos. No entanto, essa divisão dual da aplicação extraterritorial de tratados de direitos humanos não é o único modelo disponível no direito internacional. Milanović propõe, alternativamente, um modelo baseado na distinção entre obrigações negativas e positivas de direitos humanos. O presente estudo endossa parcialmente a teoria de Milanović, com a ressalva de que o limiar de aplicação extraterritorial de obrigações positivas sugerido pelo autor é excessivamente alto e poderia levar a uma excessiva vulnerabilização dos indivíduos. Alternativamente, argumenta ir ao encontro do princípio *pro persona* conciliar a aplicação extraterritorial das obrigações positivas de direitos humanos com o modelo pessoal de jurisdição, tendo como base a extensão da obrigação positiva nos limites do controle exercido sobre o indivíduo. A noção de devida diligência, tão presente no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, parece particularmente relevante para a delimitação da aplicação extraterritorial das obrigações positivas do Estado na medida do controle por ele exercido sobre os direitos de outrem.

## Referências

GARNER, Bryan A. (ed.). **BLACK'S Law Dictionary**. 7ª. ed. St. Paul: West Group, 1999.

CASSEL, Douglas. Extraterritorial application of inter-american human rights instruments. *In*: COOMANS, Fons; KAMMINGA, Menno T. (ed.). **Extraterritorial application of human rights treaties**. Antwerp, Belgium: Intersentia, 2004.

CASSESE, Antonio *et al.* **Cassese's international criminal law**. 3rd. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

NAÇÕES UNIDAS. COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. **Consideration of reports submitted by States parties under Articles 16 and 17 of the Covenant**: E/C.12/1/Add.90, de 23 de maio de 2003. Disponível em: <[https://www.adalah.org/uploads/oldfiles/upfiles/ConcludingObservations/CESCR-Concluding%20Observations%20\(2003\).pdf](https://www.adalah.org/uploads/oldfiles/upfiles/ConcludingObservations/CESCR-Concluding%20Observations%20(2003).pdf)>. Acesso em: 28 de abril de 2023.

COSTA, Karen da. **The extraterritorial application of selected human rights treaties**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

HATHAWAY, Oona A. *et al.* The law of cyber-attack. **California Law Review**, v. 100, p. 817, 2012. LUPI, André Lipp Pinto Basto. Comentários ao artigo 31. *In*: SALIBA, Aziz Tuffi. **Direito dos tratados: comentários à Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados**. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

MALANCZUK, Peter. **Akehurst's modern introduction to international law**. 7th ed. London: Routledge, 1997. p. 132.

MILANOVIĆ, Marko. **Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles, and policy**. Oxford University Press, 2011 (e-book).

MILANOVIĆ, Marko. From compromise to principle: clarifying the concept of state jurisdiction in human rights treaties. **Human Rights Law Review**, v. 8, p. 1-40, 2008.

MILANOVIĆ, Marko. "The European Court's admissibility decision in Ukraine and the Netherlands v Russia: the good, the bad and the ugly". **EJIL!Talk**, 26 Jan. 2023.

O'CONNELL, Mary Ellen. Unlawful killing with combat drones: a case study of Pakistan: 2004-2009. **Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper**, n. 9-43, 2010.

STEINER, Christian; URIBE, Patrícia (ed.). **Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario**. Berlim: Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

SALIBA, Aziz Tuffi; SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da; NASSER, Salem H. (ed.) **Tribunais penais internacionais e híbridos**. Belo Horizonte: Arraes, 2020.

## Jurisprudência citada

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Al Saadoon e Mufdhi v. Reino Unido**:

Petição n. 61498/08: decisão sobre admissibilidade. Estrasburgo, 30 de junho de 2009.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Al-Skeini e outros v. Reino Unido**: Petição n. 55721/07: julgamento. Estrasburgo, 7 de julho de 2011.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Chipre v. Turquia**: Petição n. 25781/94: julgamento. Estrasburgo, 10 de maio de 2001.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Chiragov e outros v. Armenia**: Petição n.13216/05: julgamento. Estrasburgo, 16 de junho de 2015.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Güzelyrtlu e outros v. Chipre e Turquia**: Petição n. 36925/07: julgamento. Estrasburgo, 29 de janeiro de 2019.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Hanan v. Alemanha**: Petição n. 4871/16: julgamento. Estrasburgo, 16 de fevereiro de 2021.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Issa e outros v. Turquia**: Petição n. 31821/96: julgamento. Estrasburgo, 16 de novembro de 2004.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Jaloud v. Reino dos Países Baixos**: Petição n. 47708/08: julgamento. Estrasburgo, 20 de novembro de 2014.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Loizidou v. Turquia**: Petição n. 15318/89: objeções preliminares. Estrasburgo, 23 de março de 1995.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Loizidou v. Turquia**: Petição n. 15318/89. Estrasburgo, 18 de dezembro de 1996.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Rantsev v. Chipre e Rússia**: Petição n. 25965/04: julgamento. Estrasburgo, 10 de maio de 2010.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Vlastimir and Borka Banković, Živana Stojanović, Mirjana Stoimenovski, Dragana Joksimović and Dragan Suković v. Alemanha, Bélgica, Dinamarca, Espanha, França, Grécia, Hungria, Islândia, Itália, Luxemburgo, Noruega, Países Baixos, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Checa e Turquia**: Petição n. 52207/99: julgamento. Estrasburgo, 12 de dezembro de 2001.

LIGA DAS NAÇÕES. Corte Permanente de Justiça Internacional. **França v. Turquia**: the case of the SS “Lotus”: julgamento. Haia, 7 de setembro de 1927.  
NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. **Antonio Viana Acosta v. Uruguai**: Comunicado n. 110/1981, U.N. Doc. Supp. n. 40 (A/39/40), de 29 de março de 1984.

NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. **A.S., O.I e G.D v. Itália:** Comunicado n. 3042/2017, U.N. Doc. CCPR/C/130/D/3042/2017, de 27 de janeiro de 2017.

NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. **Carlos Varela Núñez v. Uruguai:** Comunicado n. 108/1981, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2, de 22 de julho de 1983.

NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. **Chitat Ng v. Canada:** Comunicado n. 469/1991, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/469/1991, de 5 de novembro de 1993.

NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. **Kindler v. Canadá:** Comunicado n. 470/1991, U.N. Doc. CCPR/C/48/D/470/1991, de 30 de julho de 1993;

NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. **Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguai:** Comunicado n. 56/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1, de 29 de julho de 1981.

NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. **Mabel Pereira Montero v. Uruguai:** Comunicado n. 106/1981, U.N. Doc. Supp. n. 40 (A/38/40), de 31 de março de 1983.

NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. **Roger Judge v. Canada:** Comunicado n. 829/1998, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/829/1998, de 5 de agosto de 2002.

NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. **Samuel Lichtensztejn v. Uruguai:** Comunicado n. 77/1980, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2, de 31 de março de 1983.

NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. **Sergio Euben Lopez Burgos v. Uruguai:** Comunicado n. R.12/52, U.N. Doc. Supp. n. 40 (A/36/40), de 29 de julho de 1981.

NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. **Congo v. Uganda:** armed activities on the Territory of the Congo: julgamento. Haia: 19 de dezembro de 2005.

NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. CIJ, *Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado*: opinião consultiva. Haia: 9 de julho de 2004.

NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. **República Democrática do Congo v. Bélgica**: arrest warrant of 11 April 2000: opinião separada conjunta dos juízes Higgins, Kooijmans e Buergenthal. Haia, 14 de fevereiro de 2002. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Armando Alejandro Jr., Carlos Costa, Mario de la Peña e Pablo Morales v. Cuba**: Caso n. 11.589: Relatório n. 86/99, de 29 de setembro de 1999.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **O Centro Haitiano de Direitos Humanos e al. v. Estados Unidos da América**: Caso 10.675: Relatório 51/96, de 13 de março de 1997.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Djamel Ameziane v. Estados Unidos da América**: Relatório n. 17/12: Petição P-900-08, de 20 de março de 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Goiuburú y otros v. Paraguay**: julgamento: mérito, reparações e custas, 22 setembro 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Opinião consultiva**: la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección: interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: OC-25/18, de 30 de maio de 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Opinião consultiva**: medio ambiente y derechos humanos: obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal: interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: OC-23/17, de 15 de novembro de 2017.

## Legislação citada

CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950. Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_por.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf)>. Acesso em: 28 de abril de 2023.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Resolução 61/177, de 12 de janeiro de 2007**. Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado. Disponível em: <<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FRES%2F61%2F177&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>>. Acesso em: 28 de abril de 2023.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**. Resolução 2200 A (XXI), de 16 de dezembro de 1966 (PIDCP). In: SALIBA, Aziz Tuffi. **Legislação de direito internacional**. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Resolução 2200 A (XXI), de 16 de dezembro de 1966 (PIDESC). Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>>. Acesso em: 28 de abril de 2023.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Resolução ES-10/14, de 8 de dezembro de 2003**. “Illegal Israeli actions in Occupied East Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory”. Disponível em: <<https://www.securitycouncilreport.org/un-documents/document/icj-areses1014.php>>. Acesso em: 28 de abril de 2023.

NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. **Resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) n. 808 (1993), de 25 de maio de 1993**. “Estatuto do Tribunal Penal Internacional da Ex-Iugoslávia”. Disponível em: <[https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_808\\_1993\\_en.pdf](https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_808_1993_en.pdf)>. Acesso em: 28 de abril de 2023.

NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. **Resolução 955 (1994), de 8 de novembro de 1994**. “Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda”. Disponível em: <<<https://digitallibrary.un.org/record/198038>>>. Acesso em: 1 de maio de 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto São José da Costa Rica”), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 28 de abril de 2023.





# Democracia defensiva no Brasil? Uma análise conceitual e jurisprudencial<sup>1</sup>

*Defensive democracy in Brazil? a conceptual and jurisprudential analysis*

*¿Democracia defensiva en Brasil? un análisis conceptual y jurisprudencial*

**Gustavo Justino de Oliveira<sup>2</sup>**

Universidade de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil) e  
Instituto Brasileiro de Direito Público (Brasília, DF, Brasil)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2414-9243>  
E-mail: [gjoliveira@usp.br](mailto:gjoliveira@usp.br)

**Pedro da Cunha Ferraz<sup>3</sup>**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3315-2524>  
E-mail: [pedrodferraz@hotmail.com](mailto:pedrodferraz@hotmail.com)

## Resumo

Diante das experiências antidemocráticas vivenciadas, sobretudo, no correr do século XX, foram elaboradas diversas reações políticas e jurídicas em prol da manutenção do regime democrático. Nesse sentido, surge o conceito de “democracia defensiva”, sendo, inclusive, empregado em decisões judiciais na Alemanha e em Israel. Considerando a atualidade da temática, bem como sua relevância social – principalmente em razão da retomada de movimentos antidemocráticos –, o presente artigo buscou se debruçar sobre o tema da “democracia defensiva”, de modo a delimitar seu conceito técnico e analisar a

---

<sup>1</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de; FERRAZ, Pedro da Cunha. Democracia defensiva no Brasil? Uma análise conceitual e jurisprudencial. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 3, n. 1, p. 211-238, jan./jun. 2023. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a105>.

<sup>2</sup> Professor de Direito Administrativo na Universidade de São Paulo (USP) e no Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP). Advogado, Consultor Jurídico e Árbitro especializado em Direito Público. Sócio-fundador do escritório Justino de Oliveira Advogados. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7719479896871993>.

<sup>3</sup> Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogado especializado em Direito Público. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5170593626839770>.

jurisprudência internacional sobre o assunto. Por fim, análise semelhante foi traçada a partir da jurisprudência do STF, com o escopo de transportar o debate para o debate jurídico nacional e, com isso, enriquecer as discussões sobre os mecanismos jurídicos de defesa da democracia.

## Palavras-chave

Democracia; Estado de Direito; Democracia militante; Democracia defensiva; Jurisprudência constitucional do STF.

## Sumário

1. Introdução. 2. A gênese da democracia defensiva. 2.1 O conteúdo do conceito. 3. Um pouco da experiência estrangeira: a democracia militante na Alemanha e em Israel. 3.1 Alemanha. 3.2 Israel. 4. Democracia defensiva no Brasil? 4.1 A utilização implícita da democracia defensiva pelo STF: os casos recentes das medidas cautelares da ADI nº 6.121-DF e da ADPF nº 622-DF. 4.2 O caso da Procuradoria Nacional da União de Defesa da Democracia. 5. Conclusão.

## Abstract

Faced with the anti-democratic worldwide experiences, especially in the course of the 20th century, several political and legal reactions were elaborated in favor of maintaining the democratic regime. In this sense, the concept of “defensive democracy” arises, being even used in judicial decisions in Germany and Israel. Considering the topicality of the subject, as well as its social relevance – mainly due to the resumption of anti-democratic movements –, this article sought to address the theme of “defensive democracy”, in order to delimit its technical concept and analyze international jurisprudence on the subject. Finally, a similar analysis was drawn from the jurisprudence of the STF, with the aim of transporting the theme to the national legal debate and, therefore, enriching the discussions on the legal mechanisms for the defense of democracy.

## Keywords

Democracy; Rule of law; Militant democracy; Defensive democracy; Constitutional Jurisprudence of the Brazilian Supreme Court.

## Contents

1. Introduction. 2. The genesis of defensive democracy. 2.1 The content of the concept. 3. A bit of foreign experience: militant democracy in Germany and Israel. 3.1 Germany. 3.2 Israel. 4. Defensive democracy in Brazil? 4.1 The implicit use of defensive democracy by the STF: the recent cases of the precautionary measures of

ADI nº 6.121–DF and ADPF nº 622–DF. 4.2 The case of the National Prosecutor’s Office for the Defense of Democracy. 5. Conclusion.

## Resumen

Frente a las experiencias antidemocráticas vividas, especialmente en el transcurso del siglo XX, se elaboraron diversas reacciones políticas y jurídicas a favor del mantenimiento del régimen democrático. En este sentido surge el concepto de “democracia defensiva”, siendo incluso utilizado en decisiones judiciales en Alemania e Israel. Considerando la actualidad del tema, así como su relevancia social – principalmente debido a la reactivación de los movimientos antidemocráticos –, este artículo se propone abordar el tema de la “democracia defensiva” con el fin de delimitar su concepto técnico y analizar la jurisprudencia internacional sobre el tema. Finalmente, se extrajo un análisis similar de la jurisprudencia del STF, con el objetivo de trasladar el tema al debate jurídico nacional y, por lo tanto, enriquecer las discusiones sobre los mecanismos jurídicos de defensa de la democracia.

## Palabras clave

La democracia; Estado de derecho; Democracia militante; Democracia defensiva; Jurisprudencia Constitucional del Tribunal Constitucional Brasileño.

## Índice

1. Introducción. 2. La génesis de la democracia defensiva. 2.1 El contenido del concepto. 3. Un poco de experiencia extranjera: democracia militante en Alemania e Israel. 3.1 Alemania. 3.2 Israel. 4. ¿Democracia defensiva en Brasil? 4.1 El uso implícito de la democracia defensiva por parte del STF: los casos recientes de medidas cautelares de ADI nº 6.121-DF y ADPF nº 622-DF. 4.2 El caso de la Fiscalía Nacional para la Defensa de la Democracia. 5. Conclusión.

## 1. Introdução

É célebre o paradoxo da intolerância exposto por Karl Popper em seu *The Open Society and Its Enemies*.<sup>4</sup> O autor sustenta que a tolerância ilimitada leva, paradoxalmente, ao fim da tolerância.

<sup>4</sup>POPPER, Karl. *The open society and its enemies*. One volume edition. Princeton: Princeton University Press, 2013.

Explica-se: segundo Popper, caso seja permitido o emprego, sem limitações, da intolerância, os tolerantes serão suprimidos e a tolerância desaparecerá. Assim, o autor propõe que sejam suprimidas as manifestações dos intolerantes caso não seja possível a argumentação racional com eles, em razão do risco que provocam à manutenção de um ambiente tolerante. Isto é, seria necessário ser intolerante com os intolerantes, a fim de que se possa manter a ordem democrática.

Ainda que localizada em uma obra de cunho filosófico, a questão colocada pelo autor frequentemente ganha concretude em diversos momentos de sociedades distintas: até que ponto a democracia permite a manifestação de ideias que são contrárias à sua própria existência?

Esta indagação parecia ter perdido o sentido no transcurso recente da história mundial. Afinal, após o fim da Guerra Fria, propagava-se “o fim da história” diante da expansão e consolidação da democracia liberal, cujo triunfo como narrativa fez com que intelectuais e políticos viessem a acreditar que o modelo democrático liberal encerraria as grandes questões e intempéries da humanidade. Parecia inevitável o esgotamento da preocupação com o risco proporcionado por movimentos políticos antidemocráticos.

No entanto, na segunda década do século XXI, diversos movimentos políticos antidemocráticos e iliberaes ganharam evidência; vários governos passaram a ser ocupados por líderes da extrema direita. O Brasil, infelizmente, não escapou dessa sina.

Essa onda antidemocrática levou à necessária reflexão acerca da presença, ou não, de mecanismos de defesa da democracia dentro da organização político-constitucional dos Estados Democráticos. Esse tema voltou à ordem do dia. Na filosofia política, ciência política e teorias constitucionais internacionais a temática é, tradicionalmente, discutida sob os conceitos de “democracia militante” ou de “democracia defensiva”.

O presente artigo pretende fazer uma investigação dogmática e jurisprudencial constitucional sobre o fenômeno da “democracia defensiva”, iniciando-se por um delineamento do conceito para depois realizar uma breve incursão no direito comparado em dois países nos quais a democracia defensiva é reconhecida normativa e jurisprudencialmente: Alemanha e Israel. Feitas essas análises que permitem fixar os contornos da democracia defensiva, avaliar-se-á o cenário no Brasil, considerando a utilidade do conceito em face do histórico da jurisprudência

constitucional brasileira, com mais atenção ao início do Governo Bolsonaro (2019-2020).

## 2. A gênese da democracia defensiva

Democracia defensiva é um conceito utilizado para explicar os mecanismos de defesa empregados por Estados Democráticos em face de partidos e grupos não democráticos.

O desenvolvimento do conceito de democracia defensiva ocorreu por filósofos e acadêmicos que “discutiram longamente como a democracia pode se defender melhor das forças políticas que, sob a proteção de princípios democráticos procuram destruir a ordem democrática e substituí-la por um estado autocrático”.<sup>5</sup>

Apesar de questões relacionadas à democracia defensiva remontarem ao início da teoria democrática,<sup>6</sup> somente no século 20 é que o tema foi abordado de uma maneira mais sistemática e completa.

O evento histórico que impulsionou esse desenvolvimento teórico mais vigoroso foi o colapso de diversas democracias europeias no período entreguerras. Nesse momento, partidos e grupos exploraram instituições e liberdades democráticas para provocar o fim das mesmas. Além disso, no pós-Segunda Guerra Mundial, surgiram novas ameaças emanadas de partidos e grupos políticos que contestavam os valores democráticos.

Esse cenário forçou muitos pensadores de todo o mundo a estudarem como as democracias podem criar mecanismos de defesa contra aqueles que procuram destruí-las por dentro.

---

<sup>5</sup> SERIK, Beimenbetov. **A comparative analysis of 'defensive democracy'**: a cross-national assessment of formal-legal defensiveness in 8 advanced European democracies. 2014. Thesis (Doctor of Philosophy in Politics). University of Exeter, Exeter, 2014. p. 20. Disponível em: [https://www.academia.edu/70313959/A\\_comparative\\_analysis\\_of\\_defensive\\_democracy\\_a\\_cross\\_national\\_assessment\\_of\\_formal\\_legal\\_defensiveness\\_in\\_8\\_advanced\\_European\\_democracies](https://www.academia.edu/70313959/A_comparative_analysis_of_defensive_democracy_a_cross_national_assessment_of_formal_legal_defensiveness_in_8_advanced_European_democracies). Acesso em: 2 jan. 2023. (tradução nossa). No original: “Numerous scholars and philosophers have discussed at length how a democracy can best defend itself from political forces who under the protection of democratic principles seek to destroy the democratic order and replace it with an autocratic state.”

<sup>6</sup>SERIK, Beimenbetov. **A comparative analysis of 'defensive democracy'**. p. 20.

Nos anos 30 e 40, Karl Loewenstein e Karl Manheim defenderam a ideia de “democracia militante” (conceito que, em larga medida, se confunde com o de democracia defensiva) – especialmente Karl Loewenstein, que definiu o conceito de “democracia militante” e sistematizou uma classificação de medidas legais relacionadas. Esclarece Beimenbetov Serik que:

Essa nova doutrina da democracia militante foi destinada a reforçar o aparato legislativo dos estados democráticos para facilitar a repressão dos direitos políticos e civis dos atores internos não democráticos, mesmo com o risco e custo de violar princípios fundamentais.<sup>7</sup>

De acordo com Jan-Werner Müller, para quem os conceitos de democracia militante, democracia defensiva e *fighting democracy* se referem à mesma ideia, o Tribunal Constitucional alemão, no começo dos anos 50, adotou expressamente a teoria da democracia militante em uma decisão na qual se expôs que “a Constituição havia tomado uma ‘decisão básica’ a favor de uma compreensão substantiva (em oposição à formal) da democracia, um conjunto de valores que precisa ser defendido contra seus inimigos declarados”.<sup>8</sup>

## 2.1 O conteúdo do conceito

Como o percurso histórico do conceito de democracia defensiva indica, trata-se de uma ideia conectada à defesa da democracia em face de grupos antidemocráticos, o que se faz por meio de instrumentos de limitações às liberdades públicas.

Inexoravelmente, o conceito de democracia defensiva alia ao conceito de democracia formal (vontade da maioria) uma dimensão substancial. Só que não se esgota na ideia de valores básicos a serem defendidos; vai além, abarcando,

---

<sup>7</sup>SERIK, Beimenbetov. **A comparative analysis of ‘defensive democracy’**. p. 22. (tradução nossa). No original: “This new doctrine of militant democracy aimed at reinforcing the legislative apparatus of democratic states to facilitate the legal repression of the political and civil rights of internal non-democratic actors even at the risk and cost of violating fundamental principles.”

<sup>8</sup>MULLER, Jan-Werner. A “practical dilemma which philosophy alone cannot resolve”?: rethinking militant democracy: an introduction. **Constellations**, v. 19, n., p. 536-539, dez. 2012. p. 536. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/cons.12012>. Acesso em 4 jan. 2023. (tradução nossa). No original: “the Constitution had made a ‘basic decision’ in favor of a substantive (as opposed to formal) understanding of democracy, a set of values that had to be defended against its declared enemies.”

também, a presença de mecanismos de defesa contra as agressões às instituições básicas da democracia na engenharia constitucional do Estado.

Em uma definição sintética de democracia militante, Pfersmann define-a como “uma estrutura política e jurídica destinada a preservar a democracia contra aqueles que querem derrubá-la de dentro ou aqueles que querem destruí-la abertamente de fora, utilizando instituições democráticas e apoio das populações”.<sup>9</sup>

Como já dito, “democracia militante” é um conceito que aparentemente se confunde com o de “democracia defensiva”.

No entanto, um conceito bem estruturado de “democracia defensiva”, desenvolvido por Giovanni Capoccia, possui uma amplitude que o distanciaria do conceito de “democracia militante”, uma vez que:

[...] abrange todas as atividades, sejam elas disposições formais ou estratégias políticas explicitamente e diretamente adotadas para proteger o sistema democrático da ameaça de seus oponentes internos.<sup>10</sup>

Desse modo, o conceito de democracia defensiva excluiria: (i) reações a inimigos externos e (ii) reações a atores não democráticos realizadas pela sociedade civil. Delineando a sua definição, Capoccia identifica as principais estratégias defensivas relevantes para a defesa da democracia contra os grupos e partidos políticos não democráticos: (i) militância; (ii) incorporação; (iii) expurgação; e (iv) educação.

Na descrição de Beimenbetov Serik, Capoccia conceitua assim as linhas de estratégia da democracia defensiva:<sup>11</sup>

A “militância” compreende todos os instrumentos legais que pretendem coibir os direitos políticos e civis de atores não democráticos com base em sua ideologia política ou atividades que ameaçam a ordem democrática. Abarca, assim,

<sup>9</sup> PFERSMANN, Otto. **Shaping militant democracy**: legal limits to democratic stability. In: SAJÓ, András (ed.). *Militant democracy*. Utrecht: Eleven International Publishing, 2004. p. 47.

<sup>10</sup> CAPOCCIA, Giovanni. **Defending democracy**: reactions to extremism in interwar Europe. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2007. p. 47-48. (tradução nossa). No original: “[...] encompasses all activities, be they formal provisions or political strategies, that are explicitly and directly undertaken to protect the democratic system from the threat of its internal opponents.”

<sup>11</sup> SERIK, Beimenbetov. **A comparative analysis of ‘defensive democracy’**. p. 24-25.

a edição de legislação anti-extremista e disposições administrativas, bem como a influência sobre a atuação da Administração e do Judiciário.

A segunda estratégia é a “incorporação”, a qual compreende ações usadas pelos partidos democráticos estabelecidos para dissipar ideologias não democráticas, aceitando no regime parte dos posicionamentos não democráticos, construindo alianças estratégicas com eles no parlamento ou fazendo concessões políticas e liderando negociações com eles. O principal objetivo dessa estratégia é enfraquecer o campo extremista de maneira que aumente a legitimidade do regime democrático. É adotada quando o perigo é iminente, pois tem potencial de alcançar resultado em curto prazo.

A “expurgação”, por sua vez, visa garantir a lealdade sistêmica dos servidores públicos, aprovando leis que exigem que estes mostrem apoio à ordem democrática, ou destinadas a excluir os membros de partidos não democráticos e seus grupos do exercício da função pública. Busca-se, assim, reforçar a integridade do maquinário institucional e burocrático do Estado.

Por fim, a “educação” pretende fortalecer valores e crenças democráticas na sociedade em geral e entre a parte da população afetada ou exposta à influência extremista em particular.

Serik, que utiliza o conceito de democracia defensiva de Capoccia, aponta ser ele mais operacional, pois o conceito de democracia militante,

[...] principal conceito paradigmático no estudo das respostas democráticas a inimigos da democracia, não é mais suficiente como um marco teórico e empírico para estudar a gama de mecanismos legais contemporâneos que as democracias empregam contra partidos e grupos não democráticos e é ineficaz em capturar as variações entre eles em termos de formalidade jurídica defensiva democrática.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup>SERIK, Beimenbetov. **A comparative analysis of ‘defensive democracy’**. p. 51. (tradução nossa). No original: “[...] the main paradigmatic concept in the study of democratic responses to democracy’s enemies, is no longer sufficient as a theoretical and empirical framework to study both the range of legal mechanisms contemporary democracies employ against non-democratic parties and groups and is ineffective in capturing the variations between them in terms of formal-legal democratic defensiveness.”

Ou seja, na visão do referido autor, o conceito de democracia defensiva pode ser descolado do de democracia militante por permitir abarcar um conteúdo menos formal e mais abrangente.

### 3. Um pouco da experiência estrangeira: a democracia militante na Alemanha e em Israel

Tradicionalmente, a democracia militante é identificada com teorias, dispositivos normativos e decisões judiciais desenvolvidas na Alemanha e em Israel. Isso é motivado por razões históricas que tornaram esses Estados um terreno propício à ideia de que a democracia depende de mecanismos estatais que a tutelem e defendam de eventuais ações predatórias internas, as quais tenham por escopo negar os próprios fundamentos da democracia.

A democracia militante praticada em cada um desses Estados possuía nuances próprias em razão dos aspectos culturais que os conformam; assim, a exposição de ambos os casos serve para ilustrar caminhos possíveis de solidificação de uma cultura de democracia militante ou defensiva.

#### 3.1 Alemanha

Não bastasse a democracia militante ter seu nascedouro na Alemanha, neste país o chamado “princípio da democracia militante” possui larga utilização. Nesse sentido é a lição de Markus Thiel

O princípio da “democracia militante” é elemento do direito constitucional alemão. Pelo menos na jurisdição contenciosa do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal), a militância é reconhecida como uma característica significativa da Constituição alemã, a *Grundgesetz* (Lei Básica), e do sistema político.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> THIEL, Markus. Germany. In: THIEL, Markus (ed.). **The “militant democracy” principle in modern democracies**. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 2009. p. 109. (tradução nossa). No original: “The principle of a ‘militant democracy’ is a fundamental element of German Constitutional Law. At least in the contentious jurisdiction of the Bundesverfassungsgericht (the Federal Constitutional Court) militancy is acknowledged as a significant feature of the German Constitution, the Grundgesetz (Basic Law) and of the political system.”

A importância dada ao aspecto militante da democracia se deve à consciência de que a República de Weimar falhou em defender a si mesma da destruição. Dessa amarga experiência, os criadores da Lei Básica alemã, de acordo com a opinião prevalecente entre os estudiosos do Direito e das ciências políticas, inauguraram a nova democracia como um sistema com “valores” e “vigilante”; “pronto para se defender” e “pronto para lutar”; “bem fortificado”; “batalhador”; ou, até, “militante”.

Esclarece Markus Thiel que:

Surpreendentemente, nenhum desses atributos pode ser encontrado no texto da constituição. Os meios disponíveis para uma interpretação da constituição de acordo com os cânones textuais para exegese literal portanto são escassos. Além disso, o escopo das denominações, que vão desde a defensiva passiva “vigilante” para o ofensivo “batalhador” ou “militante”, esclarece o problema de dar forma ao princípio de uma democracia militante e de incorporá-lo à “realidade constitucional”.<sup>14</sup>

Ainda assim, explica Thiel que “a Alemanha implementou uma concepção bastante explícita ‘de democracia militante’ em sua constituição e o caso alemão é apropriado para exemplificar o conceito como uma atual cristalização na Constituição”.<sup>15</sup>

Desse modo, o referido autor pontifica que, “portanto, a questão da ‘democracia militante’ ocasionalmente foi caracterizada como uma ‘tradição alemã’ ou mesmo um “problema alemão”.<sup>16</sup>

Inicialmente, o *Bundesverfassungsgericht*, Tribunal Constitucional alemão, implementou a ideia da “democracia militante” em 1956, na chamada “decisão

---

<sup>14</sup> THIEL, Markus. Germany. In: THIEL, Markus (ed.). **The “militant democracy” principle in modern democracies**. p. 109. (tradução nossa). No original: “Astonishingly, none of these attributes are to be found in the constitution’s text. The means available for an interpretation of the constitution according to the textual canons for literal exegesis therefore are meagre. Furthermore, the scope of denominations, ranging from the passivedefensive ‘vigilant’ to the offensive ‘battlesome’ or ‘militant’, clarifies the problem of giving shape to the principle of a militant democracy and of incorporating it into the ‘constitutional reality’.”

<sup>15</sup> THIEL, Markus. Germany. In: THIEL, Markus (ed.). **The “militant democracy” principle in modern democracies**. p. 109. (tradução nossa). No original: “Germany is ‘known to have implemented a fairly explicit conception’ of militant democracy ‘in its constitution’, and ‘the German case is appropriate to exemplify the concept as a current constitutional crystallization’.”

<sup>16</sup> THIEL, Markus. Germany. In: THIEL, Markus (ed.). **The “militant democracy” principle in modern democracies**. p. 109. (tradução nossa). No original: “Therefore, the ‘militant democracy’ issue occasionally has been characterized as a ‘German tradition’ or even a ‘German problem’”

KPD”. Nesse caso, utilizou-se o termo em uma função principalmente descritiva, mostrando-se ciência do caráter problemático de tal princípio.<sup>17</sup> Nessa decisão paradigmática, o Tribunal decidiu o seguinte:

O Artigo 21, Seção 2, da Lei Básica... não entra em conflito com um princípio da constituição; é uma expressão da vontade da consciência política constitucional de resolver um problema limite da liberdade democrática do Estado, reflexo das experiências do legislador constitucional, que achou que não conseguiu realizar o princípio da neutralidade do Estado em relação aos partidos políticos de uma forma pura em uma situação histórica específica, um reconhecimento a uma democracia militante. Esta decisão está vinculando o Tribunal Constitucional Federal.<sup>18</sup>

Assim, “como resultado, o tribunal transformou a ‘democracia militante’ em um princípio geral e, intransigentemente, usou-o como argumento, critério e raciocínio em algumas decisões”.<sup>19</sup>

Posteriormente, o Tribunal Constitucional entendeu legítima, com base no princípio da “democracia militante”, a imposição de medida disciplinar contra um sargento que questionou a ordem básica democrática livre em um debate político público. Nesse caso, o “Tribunal Constitucional enfatizou que o princípio da ‘democracia militante’ estava em vigor mesmo nos assuntos internos da Alemanha *Bundeswehr* (Forças Armadas Federais)”.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> THIEL, Markus. Germany. In: THIEL, Markus (ed.). *The “militant democracy” principle in modern democracies*. p. 111.

<sup>18</sup> THIEL, Markus. Germany. In: THIEL, Markus (ed.). *The “militant democracy” principle in modern democracies*. p. 111. (tradução nossa). No original: “Article 21 Section 2 of the Basic Law ... does not conflict with a fundamental principle of the constitution; it is an expression of the conscious constitutional political will to solve a border problem of the free democratic form of state, a reflection of the experiences of the constitutional legislator, who thought he could not realize the principle of neutrality of the state towards political parties in a pure form in a specific historical situation, a confession to a ‘militant democracy’. This decision is binding the Federal Constitutional Court.”

<sup>19</sup> THIEL, Markus. Germany. In: THIEL, Markus (ed.). *The “militant democracy” principle in modern democracies*. p. 112. (tradução nossa). No original: “In the aftermath, the court developed ‘militant democracy’ into an ‘all-purpose’ principle and uncompromisingly used it as an argument, criterion and reasoning in a couple of decisions.”

<sup>20</sup> THIEL, Markus. Germany. In: THIEL, Markus (ed.). *The “militant democracy” principle in modern democracies*. p. 112. (tradução nossa). No original: “The Constitutional Court emphasized that the ‘militant democracy’ principle was in force even regarding internal affairs of the German *Bundeswehr* (the Federal Armed Forces).”

Em outra dimensão, fora do âmbito da estrutura interna do Estado, reconheceu-se que o princípio da democracia militante não teria eficácia direta sobre o comportamento dos cidadãos, apesar de espriar seus efeitos sobre eles:

Embora o princípio da “democracia militante” seja considerado um valor, não impõe diretamente um dever aos cidadãos. O Tribunal Constitucional sustentou que poderia pedir aos cidadãos para agirem como democratas (e permite que o Estado lute contra quem não) (...) Mas não chega ao ponto de impor um dever ou responsabilidade do cidadão de proteger a democracia.<sup>21</sup>

Na Constituição alemã, como já foi destacado, existem diversos dispositivos que espelhariam o princípio da democracia militante. A título de exemplo, transcreve-se: o art. 9, seção 2; o art. 10, seção 18; e o art. 21, seções 2 e 3:<sup>22</sup>

**Artigo 9, seção 2:** São proibidas todas as associações cujas finalidades ou cuja atividade sejam contrárias às leis penais ou estejam orientadas contra a ordem constitucional ou os ideais do entendimento entre os povos.

**Artigo 10, seção 2:** Limitações só podem ser ordenadas em virtude de lei. Se a limitação tiver por finalidade proteger a ordem fundamental livre e democrática ou a existência e segurança da Federação e de um Estado federado, a lei pode determinar que a limitação não seja levada ao conhecimento do indivíduo atingido e que, em vez de se seguir a via judiciária, o controle seja efetuado por órgãos principais e auxiliares, nomeados pelos representantes do povo.

**Artigo 18:** Quem, para combater a ordem fundamental livre e democrática, abusar da liberdade de expressar a opinião, particularmente da liberdade de imprensa (artigo 5 §1), da liberdade de ensino (artigo 5 §3), da liberdade de reunião (artigo 8), da liberdade de associação (artigo 9), do sigilo da correspondência, das comunicações postais e das telecomunicações (artigo 10), do direito de propriedade (artigo 14) ou do direito de asilo (artigo 16 §2), perde estes direitos fundamentais.

<sup>21</sup> THIEL, Markus. Germany. In: THIEL, Markus (ed.). **The “militant democracy” principle in modern democracies**. p. 115. (tradução nossa). No original: “Although the ‘militant democracy’ principle is regarded as a constitutional value, it does not directly impose a duty on the citizens. The Constitutional Court held that it could call upon citizens to act as democrats (and enables the state to fight against those who do not).<sup>20</sup> The democracy expects that every citizen will fight for the free democratic basic order.”

<sup>22</sup> Além desses artigos, poderiam ser mencionados os seguintes artigos: 20, seção 4, 98, seções 2 e 5, e o 91, seção 1.

Cabe ao Tribunal Constitucional Federal pronunciar-se sobre a perda dos direitos e fixar a sua extensão.

**Artigo 21, seções 2 e 3:** (2) São inconstitucionais os partidos que, pelos seus objetivos ou pelas atitudes dos seus adeptos, tentarem prejudicar ou eliminar a ordem fundamental livre e democrática ou pôr em perigo a existência da República Federal da Alemanha.

(3) Estão excluídos do financiamento estatal os partidos que, pelos seus objetivos ou pelas atitudes dos seus adeptos, tentarem prejudicar ou eliminar a ordem fundamental livre e democrática ou pôr em perigo a existência da República Federal da Alemanha. Uma vez decidida essa exclusão, são eliminadas também as vantagens fiscais e as subvenções para esses partidos.

### 3.2 Israel

No Estado de Israel, a temática da autodefesa da democracia se manifesta em dois contextos de ameaças diferentes: (i) um causado pelos nacionalistas árabes e (ii) outro causado pelos judeus nacionalistas de extrema direita. No entanto, conforme explica Benyamin Neuberger, existe uma diferença básica entre as duas ameaças, uma vez que

[...] a ameaça nacionalista árabe [é] vista como uma ameaça para a própria existência do estado ou à sua existência como estado judeu, e apenas indiretamente como uma ameaça à democracia”, enquanto “as ameaças da extrema direita judaica são percebidas como ameaça direta contra o regime democrático e de modo algum uma ameaça contra a Estado ou ao seu caráter judeu.<sup>23</sup>

Na atuação da Suprema Corte de Israel, as duas espécies de ameaças já foram alvos de decisões com caráter de democracia defensiva. Em um primeiro, tal atuação se deu em face de movimentos árabes nacionalistas. Em uma decisão de 1964 (High Court 253/64, Sabri Jeryis v. Haifa District Commissioner) decidiu-se que

<sup>23</sup> NEUBERGER, Benyamin. Israel. In: THIEL, Markus (ed.). **The “militant democracy” principle in modern democracies**. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 2009. p. 188. (tradução nossa). No original: “While the Arab nationalist threat is perceived as a threat to the very existence of the state or to its existence as a Jewish state, and only indirectly as a threat to democracy, the threats of the Jewish extreme right are perceived as a direct threat against the democratic regime and not in any way a threat against the state or its Jewish character (though some people on the liberal left may argue that a non-democratic Israel might not survive).”

o Ministério do Interior estava correto em recusar o registro ao Al-Ard – movimento político palestino composto por árabes residentes em Israel – e emitir um decreto sobre sua dissolução. Isso porque se tratava de associação que tinha entre seus objetivos: (i) uma solução justa para o problema palestino através de sua consideração como uma indivisível unidade de acordo com a vontade do povo palestino e (ii) a autodeterminação nacional para o povo árabe em toda a Palestina. O motivo da recusa e da dissolução decorreu da interpretação de que se tratava de uma negação da legitimidade da existência do Estado de Israel.<sup>24</sup>

No ano seguinte, a Corte decidiu que o partido “Socialist List”, formado pelos líderes da associação “Al-Ard”, não poderia participar das eleições para o Parlamento em 1965 porque “nenhuma ferramenta democrática deveria ser concedida aos inimigos da democracia”, “aceitando o princípio da autodefesa da democracia”.<sup>25</sup> Ainda que não houvesse lei explícita no sentido de vedar tais partidos, a Suprema Corte “baseou o seu veredito em um princípio supra-constitucional, que está acima de qualquer lei positiva”.<sup>26</sup>

Nos anos 80, o movimento judeu ultranacionalista, Kahanist, foi compreendido como uma grande ameaça à democracia. Defendia, entre outras medidas, a expulsão dos árabes, a remoção das mesquitas, o estabelecimento de censura, a proibição de empregar árabes e o estabelecimento de um Estado nacionalista ortodoxo. O grupo fundou o partido Kach, que participava das eleições. Apesar de terem sido feitos processos para barrar sua participação nas eleições do Parlamento (Knesset) em 1981 e 1984, em ambas a Suprema Corte decidiu que não havia fundamento para desqualificar um partido antidemocrático.

Apesar da posição passiva da Corte, a participação de tal grupo nas eleições estimulou o desenvolvimento de um regramento com o espírito de auto-defesa da democracia:

---

<sup>24</sup> NEUBERGER, Benyamin. Israel. In: THIEL, Markus (ed.). **The “militant democracy” principle in modern democracies**. p. 109.

<sup>25</sup> NEUBERGER, Benyamin. Israel. In: THIEL, Markus (ed.). **The “militant democracy” principle in modern democracies**. p. 109. (tradução nossa). No original: “no democratic tools should be granted to the enemies of democracy”, “to accept the self-defending democracy principle.”

<sup>26</sup> NEUBERGER, Benyamin. Israel. In: THIEL, Markus (ed.). **The “militant democracy” principle in modern democracies**. p. 109. (tradução nossa). No original: “The High Court based its verdict on a supra-constitutional principle, which is above any positive law.”

A Emenda nº 9 (1985) inclui às Leis Básicas de Israel, na “seção 7”, (a), do Knesset, a seguinte disposição:

Uma lista de candidatos não participará nas eleições do Knesset se algum dos seguintes itens é expresso ou implícito em seus propósitos ou ações:

1. Negação da existência do Estado de Israel como Estado dos judeus pessoas;
2. Negação do caráter democrático do estado;
3. Incitação ao racismo.

Posteriormente, em 1995, incluiu-se o seguinte dispositivo na Lei dos Partidos (seção 5):

Um partido não será registrado se algum de seus propósitos ou ações explicitamente ou implicitamente contém:

1. Negação da existência de Israel como Estado democrático judeu;
2. Incitação ao racismo;
3. Razão razoável para deduzir que a parte servirá como cobertura para ações.

As Leis Básicas de Israel, na “seção 7”, (a), do Knesset, foram novamente emendadas:

Uma lista de candidatos não participará das eleições do Knesset e ninguém será candidato nas eleições do Knesset se algum de seus propósitos ou ações explicitamente ou implicitamente contém:

1. Negação do Estado de Israel como Estado Democrático Judeu;
2. Excitação ao racismo;
3. Apoio a uma luta armada de um estado inimigo ou de uma organização terrorista contra o Estado de Israel.

A respeito do desenvolvimento da democracia militante em Israel, Benyamin Neuberger aponta que, na Suprema Corte israelense, como nos países democráticos em geral, podem ser distinguidas duas abordagens a respeito da violação aos

valores democráticos e os mecanismos para defender a democracia: (i) a abordagem decrescente; e (ii) a abordagem crescente.<sup>27</sup>

A abordagem decrescente é caracterizada pela diminuição da violação dos valores e padrões democráticos para defender a democracia. Tradicionalmente adotada nos Estados Unidos, trata-se de abordagem bem representada por alguns vereditos da Suprema Corte, como o que permitiu a participação da Kach nas eleições de 1981 e 1984, e o veredito que declarou ilegal o boicote anti-Kahane pela Broadcasting Authority.

Por outro lado, a abordagem crescente se caracteriza pelo aumento da violação a valores e padrões democráticos para a promoção da defesa democrática. Trata-se de abordagem mais associada à Europa. Exemplos dessa abordagem são: as emendas de 1985 e 2002 à Lei Básica: o Knesset, e a desqualificação das listas kahanistas em 1988 e 1992, bem como os vereditos contra Al-Ard e a lista socialista realizados nos anos 60. A respeito do período que essa abordagem era forte na Suprema Corte, Beyamin Neuberger aponta que:

Não é por acaso que esses vereditos foram liderados por juízes de origem judaico-alemã que sem dúvida haviam sido influenciados pelo “efeito Weimar”. A liderança da abordagem “alemã” em expansão foi o juiz da Suprema Corte, Alfred Witkon, que se sentou na cadeira de 1954 a 1980 e foi o principal defensor dos vereditos contra Al-Ard e o partido Lista Socialista. Outros juízes conhecidos da Alta Corte de origem judaico-alemão-austriaca durante os anos de formação da Suprema Corte foram Moshe Smoira, Moshe Landau, Benjamin Halevi e Joel Sussmann.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> NEUBERGER, Benyamin. Israel. In: THIEL, Markus (ed.). **The “militant democracy” principle in modern democracies**. p. 203-204.

<sup>28</sup> NEUBERGER, Benyamin. Israel. In: THIEL, Markus (ed.). **The “militant democracy” principle in modern democracies**. p. 203-204. (tradução nossa). No original: “It is no coincidence that these verdicts were led by justices of German-Jewish origin who had doubtlessly been influenced by the ‘Weimar effect’. Leading the expanding ‘German’ approach was High Court Justice, Alfred Witkon,11 who sat on the bench from 1954 to 1980 and was the leading proponent of the verdicts against El-Ard and the Socialist. List. Other well-known High Court judges of Jewish-German-Austrian origin during the formative years of the High Court were Moshe Smoira, Moshe Landau, Benjamin Halevi and Joel Sussmann.”

## 4. Democracia defensiva no Brasil?

No Brasil, nunca se verificou a preocupação com um desenvolvimento teórico das ideias de democracia militante ou democracia defensiva, assim como nunca foram pensados preceitos constitucionais explícitos que teriam caráter de autodefesa da democracia.

Em estudos históricos no Brasil, aponta-se o termo “democracia defensiva” como a concepção de democracia adotada pelos integralistas (membros do Partido de Representação Popular) pós-1945, que passaram a defender uma certa concepção autoritária de democracia defensiva.<sup>29</sup>

A utilização pelos integralistas demonstra de maneira clara o dilema que subjaz à democracia defensiva. Dilema este que Jan Werner-Muller denomina de paradoxo democrático: “a possibilidade de uma democracia se destruir no processo de se defender”.<sup>30</sup>

Contudo, à exceção dessa experiência integralista de uma abordagem da democracia defensiva, nunca houve grande preocupação teórica ou prática no Brasil a respeito do tema – seja para defender a adoção de mecanismos de democracia defensiva, seja para descartá-los pelos riscos que causam.

---

<sup>29</sup> Nesse sentido, Rodrigo Christofolletti aponta que, “partindo da crítica ao liberalismo e ao sufrágio universal, qualificado como arbítrio das massas”, o partido propunha uma “democracia defensiva”. A tese sustentada pelos perrepostas propunha um conjunto de princípios imutáveis considerados inerentes e indissociavelmente constituintes da tradição histórica brasileira que não poderiam ser submetidos ao arbítrio das massas, ou seja, ao sufrágio universal”. CHRISTOFOLETTI, Rodrigo. **O integralismo do pós-segunda guerra**: jornal de si mesmo. In: GONÇALVES, Leandro Pereira; SIMÕES, Renata Duarte (org.) Entre tipos e recortes: histórias da imprensa integralista: volume 3. Rio de Janeiro: Autografia, 2019. p. 224. Na mesma direção: CALIL, Gilberto. **O integralismo no pós-guerra**: a formação do PRP (1945-1950). Porto Alegre: Editora da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2001; BERTONHA, João Fábio. Os integralistas pós-1945. A busca pelo poder no regime democrático e na ditadura (1945-1985). **Diálogos**, Maringá, v. 13, n. 1, p. 63-82, 2009. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/Dialogos/article/view/36748>. Acesso em: 17 jun. 2023.

<sup>30</sup> MULLER, Jan-Werner. A “**practical dilemma which philosophy alone cannot resolve**”? rethinking militant democracy: an introduction. *Constellations*, v. 19, n., p. 537, dez. 2012. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/cons.12012>. Acesso em: 16 jun. 2023. (tradução nossa). No original: “[...] the possibility of a democracy destroying itself in the process of defending itself.”

## 4.1 A utilização implícita da democracia defensiva pelo STF: os casos recentes das medidas cautelares da ADI nº 6.121–DF e da ADPF nº 622–DF

Apesar de, tradicionalmente, doutrina e jurisprudência brasileiras passarem ao largo das questões envolvendo o tema, as mesmas preocupações que subjazem ao conceito de democracia defensiva têm aparecido em recentíssima jurisprudência no Supremo Tribunal Federal.

Tais preocupações podem decorrer do temor de que uma desdemocratização<sup>31</sup> estivesse em curso neste início do Governo Bolsonaro. Nesse âmbito, dois julgados recentes encontram no direito constitucional brasileiro supedâneo para fulminar duas medidas de desdemocratização adotadas pelo Presidente da República<sup>32</sup>: os julgamentos das Medidas Cautelares da ADI nº 6.121–DF<sup>33</sup> e a ADPF nº 622–DF<sup>34</sup>. Em ambas as decisões, entendeu-se que as medidas, ainda que formalmente legítimas e amparadas no princípio democrático – pois tomadas por presidente democraticamente eleito – não se coadunariam com as bases democráticas de nosso Estado Democrático de Direito.

Na ADI nº 6.121–DF discute-se a validade do Decreto nº 9.759/2019<sup>35</sup>, o qual extinguiu, genericamente, diversos órgãos colegiados. O STF decidiu que não podem ser extintos por Decreto os colegiados que tiverem sido criados por lei; na fundamentação, para além desse elemento formal, mostra-se preocupação com a extinção de importantes instrumentos de democracia participativa:

---

<sup>31</sup> Desdemocratização é um conceito trabalhado por Charles Tilly em seu livro: *Democracy* (tradução brasileira: *Democracia*. Petrópolis: Vozes, 2013). Para o autor, desdemocratização significa um movimento real no qual ocorrem vezes em três áreas: “redes de confiança, desigualdade categórica e centros de poder autônomos.” TILLY, Charles. *Democracia*. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 88.

<sup>32</sup> Sob o marco teórico de Charles Tilly, desenvolvemos artigo sobre o objeto desta Ação Direta de Inconstitucionalidade: OLIVEIRA, Gustavo Justino. A extinção de conselhos e fóruns participativos pelo Decreto n. 9.759/19: enfraquecimento da democracia participativa e desdemocratização da Administração federal. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 7, n. 2, p. 60-79, 2020. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/170238>. Acesso em: 20 jun. 2023.

<sup>33</sup> STF, ADI 6121/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 13 jun. 2019.

<sup>34</sup> STF, ADPF 622/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 1 mar. 2021.

<sup>35</sup> BRASIL. **Decreto n 9.759, de 11 de abril de 2019**. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=9759&ano=2019&ato=279oXW65keZpWT12c>. Acesso em: 4 fev. 2023.

Resumir a participação política dos cidadãos ao ato de votar é passo insuficiente ao fortalecimento da vitalidade prática da democracia, cujo adequado funcionamento pressupõe o controle, crítico e fiscalizatório, das decisões públicas pelos membros da sociedade. Povo que não a exerce não se autogoverna.

Em termos de defesa da democracia, a importância da decisão reside em, além de ter “ressaltado o caráter incontestado da democracia participativa como base constitucional no Estado de Direito Democrático”<sup>36</sup> efetivar a suspensão, ainda que provisória, de “um ato normativo editado pelo Governo Bolsonaro, em face do reconhecimento de que a edição de um Decreto operou agressão direta a princípios fundamentais democráticos previstos na Constituição de 1988”. No julgamento da Medida Cautelar da ADPF n.º 622-DF, ainda que também não haja menções diretas à democracia militante ou à democracia defensiva, a decisão monocrática do Ministro Luís Roberto Barroso concedendo a liminar toca de maneira ainda mais clara nas questões subjacentes à discussão envolvendo aqueles conceitos.

Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em que se impugnou o Decreto n.º 10.003/2019<sup>37</sup>, o qual alterou as normas sobre a Constituição e o funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – Conanda e destituiu imotivadamente todos os seus membros, no curso dos seus mandatos.

A medida cautelar foi parcialmente deferida para restabelecer:

(i) o mandato dos antigos conselheiros até o seu termo final; (ii) a eleição dos representantes das entidades da sociedade civil em assembleia específica, disciplinada pelo Regimento Interno do Conanda; (iii) a realização de reuniões mensais pelo órgão; (iv) o custeio do deslocamento dos conselheiros que não residem no Distrito Federal; (v) a eleição do Presidente do Conanda por seus pares, na forma prevista em seu Regimento Interno.

<sup>36</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino. A extinção de conselhos e fóruns participativos pelo Decreto n. 9.759/19: enfraquecimento da democracia participativa e desdemocratização da administração federal. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 7, n. 2, p. 60-79, 2020. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/170238>. Acesso em: 20 jun. 2020.

<sup>37</sup> BRASIL. **Decreto n 10.003, de 4 de setembro de 2019**. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=10003&ano=2019&ato=c85MzYE1keZpWT5ce>. Acesso em 4 fev. 2023.

Na sua fundamentação, o Ministro Luís Roberto Barroso utiliza conceitos como o de “constitucionalismo abusivo”, “legalismo autocrático” e “democracia iliberal”; são todos conceitos que servem para ilustrar situações em que mecanismos democráticos são utilizados para pôr em xeque aspectos essenciais da própria democracia.

Segundo o Ministro em sua decisão:

Todos esses conceitos aludem a experiências estrangeiras que têm em comum a atuação de líderes carismáticos, eleitos pelo voto popular, que, uma vez no poder, modificam o ordenamento jurídico, com o propósito de assegurar a sua permanência no poder. O modo de atuar de tais líderes abrange: (i) a tentativa de esvaziamento ou enfraquecimento dos demais Poderes, sempre que não compactuem com seus propósitos, com ataques ao Congresso Nacional e às cortes; (ii) o desmonte ou a captura de órgãos ou instituições de controle, como conselhos, agências reguladoras, instituições de combate à corrupção, Ministério Público etc; (iii) o combate a organizações da sociedade civil, que atuem em prol da defesa de direitos no espaço público; (iv) a rejeição a discursos protetivos de direitos fundamentais, sobretudo no que respeita a grupos minoritários e vulneráveis – como negros, mulheres, população LGBTI e indígenas; (v) o ataque à imprensa, sempre que leve ao público informações incômodas para o governo.

Nesse sentido, prossegue o Ministro Barroso:

A lógica de tal modo de atuar está em excluir do espaço público todo e qualquer ator que possa criticar, limitar ou dividir poder com o líder autocrático, em momento presente ou futuro, de forma a assegurar seu progressivo empoderamento e permanência no cargo. Experiências de tal gênero estão ou estiveram presentes na Hungria, na Polônia, na Romênia e na Venezuela. O resultado final de tal processo tende a ser a migração de um regime democrático para um regime autoritário, ainda que se preserve a realização formal de eleições.

O próprio Ministro aponta, em artigo científico, que o aspecto mais problemático de tal constitucionalismo abusivo desse fenômeno é a maneira dissimulada com que a democracia vai sendo desmantelada:

O grande problema com a construção dessas democracias iliberais é que cada tijolo, individualmente, é colocado sem violação direta ao Direito vigente. O conjunto final, porém, resulta em supressão de liberdades e de eleições verdadeiramente livres e competitivas. Este processo tem sido caracterizado como legalismo autocrático.<sup>38</sup>

O conceito foi desenvolvido por David Landau para descrever o fenômeno do “uso de mecanismos de mudança constitucional para corroer a ordem democrática”.<sup>39</sup> Assim, verifica-se que constitucionalismo abusivo, originalmente, é um conceito mais restrito do que aquele ao qual o Ministro fez referência. Para David Landau, o constitucionalismo abusivo se refere apenas às práticas de emenda e substituição da constituição que subvertam a ordem democrática.

O Ministro Barroso amplia o conceito para se reportar às medidas autorizadas constitucionalmente, mas que, caso utilizadas de maneira abusiva, têm como efeito causar danos à ordem democrática constitucionalmente estabelecida.

Nesse sentido utilizado pelo Ministro, o conceito de “constitucionalismo abusivo” se irmana a outros que também descrevem a ruptura da ordem constitucional pela via democrática, tais quais: “legalismo autocrático” e “democracia iliberal”. Estes conceitos teriam em comum o fato de se reportarem a uma realidade na qual a ruptura não se faz abruptamente, mas aos poucos, por medidas autoritárias, mas formalmente admitidas pelo direito.

Deve ser notado que, pela natureza das teorias da “democracia militante” e da “democracia defensiva”, estas serviriam para responder a esse diagnóstico de práticas de uma democracia iliberal.

Além desses dois julgados em que se viu uma reação às tendências desdemocratizantes do atual governo, o STF parece já ter tomado decisões cujo conteúdo reflete preocupações que a ideia de democracia defensiva visa resguardar. A título de exemplo, podem ser mencionados os seguintes casos:

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 1262-1313, set./dez. 2019. p. 1280. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/429/444>. Acesso em: 17 jun. 2020.

<sup>39</sup> LANDAU, David. Abusive constitutionalism. *UC Davis Law Review*, Davis, v. 147, p. 189-260, 2013. p. 189. Disponível em: [https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1\\_landau.pdf](https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_landau.pdf). Acesso em: 16 jun. 2020.

(i) **RE 12.369 – Cancelamento do registro do Partido Comunista (1948)**<sup>40</sup>: sob a égide da Constituição Federal de 1946, o STF tomou essa polêmica e atípica decisão em âmbito de Cortes Constitucionais. Deve ser destacado que não se conheceu do mérito do recurso por entender irrecurável a decisão do TSE. No entanto, por essa decisão de cunho processual, manteve-se o cancelamento de registro do Partido Comunista do Brasil (PCB) realizado pelo TSE. O TSE havia considerado que o PCB era internacionalista e tinha atuação antidemocrática, violando o art. 141, § 13, da Constituição Federal de 1946.

(ii) **HC 82.424-2 – Caso Ellwanger (2003)**<sup>41</sup>: decidiu-se que a publicação de livros antissemitas não se encontra abarcada pela proteção constitucional conferida à liberdade de expressão.

(iii) **Inquérito nº 4.828 – Inquérito das Fake News (2020)**<sup>42</sup>: trata-se de polêmico inquérito instaurado pelo STF com o objetivo de investigar a existência de fake news, denúncias caluniosas e ameaças contra a Corte, seus ministros e familiares. Na ADPF 572<sup>43</sup>, o STF validou o Inquérito das Fake News, concluindo pela importância da defesa dos direitos fundamentais e das regras do jogo democrático – inclusive, nesta ADPF, o voto do Ministro Gilmar Mendes faz expressa menção ao conceito de democracia militante.<sup>44</sup>

## 4.2 O caso da Procuradoria Nacional da União de Defesa da Democracia

Em paralelo à atuação do Supremo Tribunal Federal, que tem sido o órgão protagonista, outros poderes têm promovido iniciativas no âmbito da democracia defensiva.

<sup>40</sup> STF, RE 12389/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Laudo de Camargo, j. 14 abr. 1948.

<sup>41</sup> STF, HC 82424/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, Rel do acórdão Min. Maurício Correa, j. 17 set. 2003.

<sup>42</sup> STF, INQ 4828, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em andamento.

<sup>43</sup> STF, ADPF 572/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, j. 18 jun. 2020.

<sup>44</sup> “A título de exemplo, a Alemanha é caracterizada, por muitos autores, como uma democracia militante. Nesse sentido, de acordo com Ronald Krotoszynski, ‘qualquer discurso que tenha por objetivo a destruição do governo democrático não possui qualquer proteção de acordo com a Lei Fundamental’. Foi com base nessa ideia que o Tribunal Constitucional Federal alemão decretou, por exemplo, o banimento dos Partidos Socialista e Comunista alemães, que foram considerados como plataformas para a atuação do Partido Nazista e para a adoção de projetos políticos e ações contra a ordem constitucional estabelecida (KROTOSZYNSKI JR, Ronald J. A comparative perspective of the First Amendment: free speech, militant democracy, and the primacy of dignity as a preferred constitutional value in Germany. *Tulane Law Review*, Tuscaloosa, v. 78, n. 5, p. 1549-1609, 2003. p. 1590-1591. Disponível em: [https://scholarship.law.ua.edu/fac\\_articles/217/](https://scholarship.law.ua.edu/fac_articles/217/). Acesso em: 16 jun. 2020).”

Nesse âmbito destaca-se a ainda embrionária Procuradoria Nacional da União de Defesa da Democracia, criada pelo Decreto nº 11.328<sup>45</sup>, de 1º de janeiro de 2023, criada com a missão institucional de promover a defesa do Estado Democrático de Direito.

Ainda que não se tenha clareza quanto às particularidades da atuação desse órgão,<sup>46</sup> o ato de sua criação definiu suas competências, dentre as quais cabe destacar as seguintes, relacionados umbilicalmente com os instrumentos típicos de democracia defensiva:

(i) representar a União, judicial e extrajudicialmente, em demandas e procedimentos para defesa da integridade da ação pública e da preservação da legitimação dos Poderes e de seus membros para exercício de suas funções constitucionais (art. 47, I, do Decreto nº 11.328, de 1ª de janeiro de 2023); e

(ii) representar a União, judicial e extrajudicialmente, em demandas e procedimentos para resposta e enfrentamento à desinformação sobre políticas públicas (Decreto nº 11.328, de 1ª de janeiro de 2023).

(iii) Trata-se, evidentemente, de uma sinalização de que, cada vez mais, a ideia de democracia defensiva está sendo incorporada às instituições políticas brasileira. A reforçar essa linha, o próprio conceito de democracia defensiva foi mencionado no discurso de apresentação do órgão pelo Advogado-Geral da União, Jorge Messias, que destacou ser missão do contribuir “com os esforços de democracia defensiva e promover pronta resposta a medidas de desinformação e atentados à eficácia das políticas públicas”.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> BRASIL. **Decreto nº 11.328, de 1º de janeiro de 2023**. Brasília: Presidência da República, 2023. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=11328&ano=2023&ato=a0foXTU9kMZpWT5a9>. Acesso em: 4 fev. 2023.

<sup>46</sup> A incerteza quando ao modo de atuação desse novo órgão impôs a criação, através da Portaria Normativa AGU nº 81, de 19 de janeiro de 2023, que instituiu “Grupo de Trabalho no âmbito da Advocacia-Geral da União, com a finalidade de obter subsídios e contribuições das organizações da sociedade civil e dos poderes públicos para auxiliar na elaboração da regulamentação da Procuradoria Nacional da União de Defesa da Democracia”. Esse grupo, que é integrado por um dos autores deste artigo, Gustavo Justino de Oliveira, tem a função de elaborar a minuta de regulamentação que conferirá o desenho institucional dessa novidade que ainda provoca incertezas quanto perfil de sua atuação.

<sup>47</sup> JORGE Messias anuncia a criação da Procuradoria de Defesa da Democracia na AGU. **Gov.br**, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2023/01/jorge-messias-anuncia-a-criacao-da-procuradoria-de-defesa-da-democracia-na-agu>. Acesso em: 24 jan. 2023.

## 5. Conclusão

Conforme se procurou demonstrar, o conceito de democracia defensiva, ainda que com rótulos diferentes, possui larga utilização na filosofia política e ciência política em âmbito internacional. No entanto, nunca houve no Brasil a preocupação de se construir uma teoria da “democracia militante” ou “democracia defensiva” a partir do texto constitucional.

Apesar disso, como alguns julgados do Supremo Tribunal Federal demonstram, a prática e a jurisprudência constitucionais brasileiras poderiam adquirir ganhos substanciais diante de uma teoria de democracia defensiva adequada à nossa organização político-constitucional e ao ordenamento jurídico nacional.

Deve ser destacado que, além de tal construção passar pela máxima proteção dos princípios e fundamentos constitucionais de nosso Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 contém dispositivos que limitam as liberdades democráticas em prol da própria democracia, como as cláusulas pétreas<sup>48</sup> e o direito à liberdade de reunião.<sup>49</sup>

Ou seja, a construção de um “princípio da democracia defensiva” em nosso país não é algo que seria alheio à nossa realidade institucional. Pelo contrário, representaria a defesa de aspectos centrais do Estado brasileiro.

No momento atual, em que se verifica a ocorrência de medidas desdemocratizantes em diversas frentes, o estudo revigorado e adaptado à nossa realidade do tema da democracia defensiva se mostra extremamente pertinente. Urge a compreensão do instituto e a sistematização de seus possíveis mecanismos, a fim de utilizar o conceito em seu grau máximo de utilidade teórica e prática, com o fito de proteger-se o Estado de Direito Democrático nas bases moldadas pela Constituição de 1988.

---

<sup>48</sup> CF, art. 60, § 4º: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais.”

<sup>49</sup> CF, art. 5º, XVI: “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;”

## Referências

BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 1262-1313, set./dez. 2019. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/429/444>. Acesso em: 17 jun. 2020.

BERTONHA, João Fábio. Os integralistas pós-1945. A busca pelo poder no regime democrático e na ditadura (1945-1985). **Diálogos**, Maringá, v. 13, n. 1, p. 63-82, 2009. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/Dialogos/article/view/36748>. Acesso em: 17 jun. 2020.

CALIL, Gilberto. **O integralismo no pós-guerra: a formação do PRP (1945-1950)**. Porto Alegre: Editora da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2001.

CAPOCCIA, Giovanni. **Defending democracy: reactions to extremism in interwar Europe**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2007.

CHRISTOFOLETTI, Rodrigo. O integralismo do pós-segunda guerra: jornal de si mesmo. In: GONÇALVES, Leandro Pereira; SIMÕES, Renata Duarte (org) **Entre tipos e recortes: histórias da imprensa integralista: volume 3**. Rio de Janeiro: Autografia, 2019. p. 219-248.

JORGE Messias anuncia a criação da Procuradoria de Defesa da Democracia na AGU. **Gov.br**, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2023/01/jorge-messias-anuncia-a-criacao-da-procuradoria-de-defesa-da-democracia-na-agu>. Acesso em: 24 jan. 2023.

KROTOSZYNSKI JR, Ronald J. A comparative perspective of the First Amendment: free speech, militant democracy, and the primacy of dignity as a preferred constitutional value in Germany. **Tulane Law Review**, Tuscaloosa, v. 78, n. 5, p. 1549-1609, 2003. Disponível em: [https://scholarship.law.ua.edu/fac\\_articles/217/](https://scholarship.law.ua.edu/fac_articles/217/). Acesso em: 16 jun. 2020.

LANDAU, David. Abusive constitutionalism. **UC Davis Law Review**, Davis, v. 147, p. 189-260, 2013. Disponível em: [https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1\\_landau.pdf](https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_landau.pdf). Acesso em: 16 jun. 2020.

MULLER, Jan-Werner. A “practical dilemma which philosophy alone cannot resolve”?: rethinking militant democracy: an introduction. **Constellations**, v. 19, n., p. 536-539, dez. 2012. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/cons.12012>. Acesso em: 16 jun. 2023.

NEUBERGER, Benyamin. Israel. In: THIEL, Markus (ed.). **The “militant democracy” principle in modern democracies**. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 2009. p. 183-207.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. A extinção de conselhos e fóruns participativos pelo Decreto n. 9.759/19: enfraquecimento da democracia participativa e desdemocratização da administração federal. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto, v. 7, n. 2, p. 60-79, 2020. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/170238>. Acesso em: 20 jun. 2020.

PFERSMANN, Otto. Shaping militant democracy: legal limits to democratic stability. In: SAJÓ, András (ed.). **Militant democracy**. Utrecht: Eleven International Publishing, 2004. p. 47-68.

POPPER, Karl. **The open society and its enemies**: one volume edition. Princeton: Princeton University Press, 2013.

SERIK, Beimenbetov. **A comparative analysis of ‘defensive democracy’**: a cross-national assessment of formal-legal defensiveness in 8 advanced European democracies. 2014. Thesis (Doctor of Philosophy in Politics) -- University of Exeter, Exeter, 2014. Disponível em: [https://www.academia.edu/70313959/A\\_comparative\\_analysis\\_of\\_defensive\\_democracy\\_a\\_cross\\_national\\_assessment\\_of\\_formal\\_legal\\_defensiveness\\_in\\_8\\_advanced\\_European\\_democracies](https://www.academia.edu/70313959/A_comparative_analysis_of_defensive_democracy_a_cross_national_assessment_of_formal_legal_defensiveness_in_8_advanced_European_democracies). Acesso em: 16 jun. 2020.

THIEL, Markus. Germany. In: THIEL, Markus (ed.). **The “militant democracy” principle in modern democracies**. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 2009. p. 109-146.

TILLY, Charles. **Democracia**. Petrópolis: Vozes, 2013.

## Jurisprudência citada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 6121/DF**. Relator Min. Marco Aurélio, 13 de junho de 2019. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341826697&ext=.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 572/DF**. Relator Min. Edson Fachin, 18 junho de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346358281&ext=.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 622/DF**. Relator Min. Roberto Barroso, 1º de março de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346480805&ext=.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 82424/RS**. Relator Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão Min. Maurício Correa, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>. Acesso em: 3 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 4828/DF**. Relator Min. Alexandre de Moraes. Andamento processual disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895367>. Acesso em: 3 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 12389/RJ**. Relator Min. Laudo de Camargo, 14 de abril de 1948. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto>.

## Legislação citada

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Portaria Normativa AGU nº 81, de 19 de janeiro de 2023**. Institui Grupo de Trabalho no âmbito da Advocacia-Geral da União, com a finalidade de obter subsídios e contribuições das organizações da sociedade civil e dos poderes públicos para auxiliar na elaboração da regulamentação da Procuradoria Nacional da União de Defesa da Democracia. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, edição 15, p. 1, 20 jan. 2023. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-normativa-agu-n-81-de-19-de-janeiro-de-2023-458981968>. Acesso em: 3 fev. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/quadro\\_emc.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm). Acesso em: 3 fev. 2023.

BRASIL. **Decreto n 9.759, de 11 de abril de 2019**. Extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=9759&ano=2019&ato=279oXW65keZpWT12c>. Acesso em: 3 fev. 2023.

BRASIL. **Decreto n 10.003, de 4 de setembro de 2019**. Altera o Decreto nº 9.579, de 22 de novembro de 2018, para dispor sobre o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=10003&ano=2019&ato=c85MzYE1keZpWT5ce>. Acesso em: 3 fev. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 11.328, de 1º de janeiro de 2023**. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Advocacia-Geral da União e remaneja cargos em comissão e funções de confiança. Brasília: Presidência da República, 2023. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=11328&ano=2023&ato=a0foXTU9kMZpWT5a9>. Acesso em: 3 fev. 2023.



# Reformar e racionalizar a execução civil: um caminho necessário<sup>1-2</sup>

*Reform and rationalize civil enforcement: a necessary path*

*Reformar y racionalizar la ejecución civil: un camino necesario*

**Márcio Carvalho Faria<sup>3</sup>**

Universidade Federal de Juiz de Fora (Juiz de Fora, MG, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1873-9965>

E-mail: [marciocfaria@gmail.com](mailto:marciocfaria@gmail.com)

## Resumo

O artigo pretende, fundado nas ideias-força da desjudicialização executiva como parte integrante do sistema multiportas e do reconhecimento da constitucionalidade das execuções extrajudiciais, apresentar alguns caminhos para que a execução civil brasileira possa, verdadeiramente, mostrar-se como uma atividade jurisdicional destinada à realização de direitos. Para tanto, são investigados alguns sistemas executivos estrangeiros e apurada a compatibilidade das premissas levantadas com a ordem jurídica interna, notadamente após o recente julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário (RE) n. 627.106/PR, com o objetivo de se apresentar uma sugestão *de lege ferenda* que possa racionalizar a execução civil.

## Palavras-chave

Execução civil; Sistema multiportas; Desjudicialização; Reformas processuais.

---

<sup>1</sup> FÁRIA, Márcio Carvalho. Reformar e racionalizar a execução civil: um caminho necessário. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 3, n. 1, p. 239-282, jan./jun. 2023. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a236>.

<sup>2</sup> Agradeço imensamente aos Professores Alexandre Freire, Giulia Alves Fardim e Luís Manoel Borges do Vale que, cada um à sua maneira, muito contribuíram para o aprimoramento e a conclusão deste trabalho.

<sup>3</sup> Professor Associado de Direito Processual Civil na Universidade Federal de Juiz de Fora, na cidade de Juiz de Fora (UFJF). Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com estágio pós-doutoral na Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2850225342832497>.

## Sumário

1. Introdução. 2. Em busca de novos modelos orgânicos executivos: breve bosquejo sobre o direito estrangeiro. 3. A constitucionalidade da execução extrajudicial do Decreto-lei 70/66: a relevância do julgamento do RE n. 627.106/PR para o aprimoramento do sistema executivo brasileiro. 4. Em defesa da constitucionalidade da execução extrajudicial regulada pela Lei n. 9.514/97. 5. Em busca de melhorias para o sistema executivo brasileiro. 5.1 O sistema executivo brasileiro como um modelo eminentemente judicial 5.2 Uma sugestão para o sistema executivo brasileiro 6. Conclusão.

## Abstract

The article intends, based on the main ideas of enforcement dejudicialization as an integral part of the multi-door system and the recognition of the constitutionality of extrajudicial enforcements, to present some ways so that Brazilian civil enforcement can truly show itself as a jurisdictional activity destined to the realization of rights. To this end, some foreign enforcement systems are investigated and the compatibility of the assumptions raised with the domestic legal order is verified, notably after the recent judgment, by the Brazilian Federal Supreme Court, of Extraordinary Appeal n. 627.106/PR, in order to present a suggestion by *lege ferenda* that might rationalize civil enforcement.

## Keywords

Civil enforcement; Multi-door system; Dejudicialization; Procedural reforms.

## Contents

1. Introduction. 2. In search of new organic models: a brief overview of foreign law. 3. The extrajudicial enforcement of the constitutional Decree-law n. 70/66: the relevance of the judgment of RE n. 627.106/PR for the improvement of the Brazilian enforcement system. 4. In defense of the constitutionality of the extrajudicial execution regulated by Federal Law n. 9.514/97. 5. In search of improvements to the Brazilian executive system. 5.1 The Brazilian executive system as an eminently judicial model 5.2 A suggestion for the Brazilian executive system 6. Conclusion.

## Resumen

El artículo pretende, a partir de las ideas centrales de la desjudicialización ejecutiva como parte integrante del sistema multipuertas y del reconocimiento de la constitucionalidad de las ejecuciones extrajudiciales, presentar algunos caminos para que la ejecución civil brasileña pueda verdaderamente mostrarse como una actividad jurisdiccional destinada para llevar a cabo los derechos. Para ello, se

investigan algunos sistemas ejecutivos extranjeros y se verifica la compatibilidad de los supuestos planteados con el ordenamiento jurídico interno, en particular después de la reciente sentencia del Tribunal Supremo de Brasil del Recurso Extraordinario n. 627.106/PR, para presentar una sugerencia de *lege ferenda* que podría racionalizar la ejecución civil.

## Palabras clave

Ejecución civil; Sistema multipuertas; Desjudicialización; Reformas procesales.

## Índice

1. Introducción. 2. En busca de nuevos modelos ejecutivos orgánicos: una breve reseña del derecho extranjero. 3. La constitucionalidad de la ejecución extrajudicial del Decreto-ley 70/66: la relevancia de la sentencia del RE n. 627.106/PR para la mejora del sistema ejecutivo brasileño. 4. En defensa de la constitucionalidad de la ejecución extrajudicial regulada por la Ley núm. 9.514/97. 5. En busca de mejoras para el sistema ejecutivo brasileño. 5.1 El sistema ejecutivo brasileño como modelo eminentemente judicial 5.2 Una sugerencia para el sistema ejecutivo brasileño 6. Conclusión.

## 1. Introdução

Não tem sabor de novidade a afirmação de que a execução deve ser considerada parte integrante e indissociável de um processo que se pretenda ser alcunhado de justo, equo ou, simplesmente, devido.

Ao menos desde 19 de março de 1997, no julgamento paradigmático *Hornsby vs. Grécia* (n. 18.357/91), a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) considera que o acesso à justiça seria meramente ilusório se não contemplasse o direito à execução<sup>4</sup>, mesmo porque, ainda conforme a CEDH, seria inconcebível que o art. 6º, § 1º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades

<sup>4</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Hornsby v. Greece*: Application n° 18357/91, judgment. Strasbourg, 19 March 1997. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-58020&filename=001-58020.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2022.

Fundamentais<sup>5</sup> descrevesse detalhadamente todas as garantias processuais aos litigantes e não trouxesse a proteção de implementação das decisões judiciais<sup>6</sup>.

Aliás, antes mesmo da referida decisão da Corte de Estrasburgo já era possível afirmar, como bem observou Loïc Cadiet<sup>7</sup>, que um direito que não pode ser executado se equivale a um direito que não pode ser provado, ou seja, é totalmente inútil.

A percepção não é diferente na Corte Interamericana de Direitos Humanos. No conhecido caso *Mejía Ivodro vs. Equador*, de 5 de julho de 2011, o Tribunal expressamente afirmou que a execução deve ser “completa, perfeita, integral e sem demora (...)” e que “o princípio da tutela judicial efetiva requer que os procedimentos de execução sejam acessíveis para as partes, sem obstáculos ou demoras indevidas”<sup>8</sup>, sob pena de se malferir a efetividade de todo o processo, mesmo porque, como bem diz Luiz Fux, “a lide de pretensão insatisfeita é doença mais grave do que a lide de pretensão resistida”<sup>9</sup>.

Sucede, porém, que considerar a execução parte indispensável de um processo justo não implica que ela deva ser obrigatoriamente conduzida pelo Poder Judiciário.

Aliás, mais que ter a chance de aceder a justiça, o jurisdicionado, especialmente o exequente, deseja ver o seu direito reconhecido e sua pretensão satisfeita, algo que *não necessariamente significa que a condução da execução tenha que ser feita diretamente pelo juiz ou mesmo pelo Estado*.

---

<sup>5</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Convenção europeia dos direitos do homem**: com as modificações introduzidas pelos Protocolos nos 11, 14 e 15 acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos nos 4, 6, 7, 12, 13 e 16. Strasbourg: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, [2021]. 64 p. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_por.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf). Acesso em: 25 fev. 2022.

<sup>6</sup> UITDEHAAG, Jos. Enforcement in the Western Balkans and its compatibility with the human rights standards of the Council of Europe. In: RHEE, Cornelis Hendrik van; UZELAC, Alan (ed.). **Enforcement and enforceability: tradition and reform**. Antwerp: Intersentia, 2010. p. 64. Disponível em: [https://www.academia.edu/33857022/Enforcement\\_and\\_Enforceability\\_Tradition\\_and\\_Reform](https://www.academia.edu/33857022/Enforcement_and_Enforceability_Tradition_and_Reform). Acesso em: 9 nov. 2022.

<sup>7</sup> CADIET, Loïc. L'évolution de l'exécution civile et pénale: point de vue de théorie générale du procès. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 261, p. 159-166, nov. 2016.

<sup>8</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador**: sentencia de 5 de julio de 2011: excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costa, p. 30. Disponível em: [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_228\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_228_esp.pdf). Acesso em: 8 nov. 2022. (tradução nossa).

<sup>9</sup> FUX, Luiz. Efetividade jurisdicional e execução no Código de processo civil. In: BELLIZE, Marco Aurélio et al. (coord.). **Execução civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**. Indaiatuba: Foco, 2022, p. 13.

Tal afirmação, obviamente, não conduz ao completo abandono da prestação jurisdicional estatal na seara executiva. Especialmente quanto às restrições patrimoniais ou mesmo existenciais do cidadão, há que sempre existir a viabilidade, o mais facilitada possível, de se acessar o Poder Judiciário para o enfrentamento e solução de eventuais ofensas às garantias fundamentais do jurisdicionado.

Afinal, como bem lembra Lebre de Freitas, a “jurisdicionalização do processo executivo constituiu, no seu tempo, uma conquista democrática”<sup>10</sup>, tendo sido essa, ao que parece, uma das preocupações do Código de Processo Civil Brasileiro (CPC) de 2015<sup>11</sup>, que, em seu art. 4º, expressamente incluiu a obtenção da atividade satisfativa como uma das normas fundamentais do processo.

Sem embargo, e retomando-se o raciocínio, cabe salientar que ao credor importa mais *como, quando* e mediante *quais* normas<sup>12</sup> a execução vai ser conduzida que, propriamente, por quem ela será levada a cabo.

Aliás, deve-se ressaltar que essa ideia, ao menos em ordenamentos estrangeiros, já é realidade há quase duas décadas.

Veja-se, por exemplo, o teor da *Recommendation (Rec) 17*, de 17 de setembro de 2003, do Comitê de Ministros da Europa, que traz, como um de seus princípios orientadores para otimizar os resultados da execução, a aposta em uma figura denominada agente de execução, que pode ser definida como “pessoa autorizada pelo Estado para conduzir o processo de execução, independentemente de estar empregada pelo Estado ou não”<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> FREITAS, José Lebre de. Os paradigmas da execução executiva na Europa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 201, p. 129-145, nov. 2011.

<sup>11</sup> BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

<sup>12</sup> Em 2001, a Comunidade Europeia, ao tratar de questões atinentes às execuções dos julgados em âmbito comunitário, considerou indispensável a existência de disposições que permitissem “simplificar as formalidades com vista ao reconhecimento e à execução rápida e simples das decisões proferidas nos Estados-Membros abrangidos pelo presente regulamento”, como se retira do “Considerando n. 2”, do Regulamento (CE) n. 44/2001 do Conselho da União Europeia (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho de 22 de dezembro de 2000. *Jornal Oficial*, Lisboa, n. L012, de 16 jan. 2001. Disponível em: [https://eur-https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=1433A0001&nid=1433&tabela=lei\\_velhas&pagina=1&ficha=1&nverso=1](https://eur-https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1433A0001&nid=1433&tabela=lei_velhas&pagina=1&ficha=1&nverso=1). Acesso em: 20 jan. 2022).

<sup>13</sup> CONSEIL DE L'EUROPE. Committee of Ministers. *Recommendation (Rec) 17 of the Committee of Ministers to member states on enforcement*. Item I, “b”. Adopted by the Committee of Ministers on 9 September 2003 at the 851st meeting of the Ministers’ Deputies. Disponível em: [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805df135](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805df135). Acesso em: 19 jan. 2022. (tradução nossa).

Ainda nessa toada, a Comissão Europeia pela Eficácia da Justiça (CEPEJ), ao publicar seu “Guia de Boas Práticas de Execução de Decisões Judiciais”, em 10 e 11 de dezembro de 2015, expressamente mencionou que, para que se possa obter bons resultados na execução, deve-se “confiar a condução dos processos de execução a agentes de execução”<sup>14</sup>.

No mesmo documento, a CEPEJ considerou que, embora os agentes de execução já cumprissem diversas “atividades secundárias” como a recuperação e venda de bens, os Estados-Membros do Conselho da Europa deveriam “ampliar os poderes dos agentes de execução para incluir tarefas relacionadas a todos os aspectos da execução no sentido mais amplo”, o que, ainda segundo a CEPEJ, “potencialmente simplificaria os procedimentos para credores e devedores”<sup>15</sup>.

Em outras palavras, as orientações internacionais – que, posteriormente, reverberaram, em maior ou menor escala, nos ordenamentos jurídicos internos – caminhavam no sentido de se *desjudicializar* as execuções, assim entendida, ao menos inicialmente, como a necessidade de reduzir a presença do juiz nessas demandas, conjugada com a ampliação da atuação de agentes executivos que pudessem se mostrar mais preparados, menos custosos, mais próximos às partes e, sobretudo, mais eficientes<sup>16</sup>.

Reforçou-se, destarte, a ideia-força de que, assim como já vinha ocorrendo em outras formas de tutela jurisdicional, a execução também poderia, no todo ou em parte, ser *desjudicializada*.

Aliás, parece ser possível afirmar que iniciativas *desjudicializadoras* da execução devam ser vistas como parte de um contexto muito maior de adoção de um

---

<sup>14</sup> COUNCIL OF EUROPE. European Commission for the Efficiency of Justice. **Good practice guide on enforcement of judicial decisions**: as adopted at the 26th CEPEJ Plenary Session: 10-11 December 2015. Strasbourg, Dec. 2015. Disponível em: <https://rm.coe.int/european-commission-for-the-efficiency-of-justice-cepej-good-practice-/16807477bf>. Acesso em: 20 fev. 2022. (tradução nossa).

<sup>15</sup> COUNCIL OF EUROPE. European Commission for the Efficiency of Justice. **Good practice guide on enforcement of judicial decisions**. (tradução nossa).

<sup>16</sup> PÉREZ RAGONE, Álvaro Javier. Derecho a la tutela ejecutiva del crédito: entre mitos, temores y realidad. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 213, p. 281-310, nov. 2012.

“sistema multiportas”<sup>17</sup>, o qual, aliás, consiste em uma das principais bandeiras do CPC, notadamente por força de seu art. 3º, § 3º<sup>18</sup>.

A expressão, mundialmente reconhecida<sup>19</sup>, remete à ideia de que haveria, no pátio do fórum, uma enorme quantidade de portas, cada qual devidamente identificada, a fim de que o jurisdicionado pudesse escolher, conforme a natureza do litígio, os tipos de litigantes ou a capacidade técnica dos profissionais envolvidos, aquela que melhor se adequasse à resolução de seu problema<sup>20</sup>.

Sob tal ponto de vista, por exemplo, boas sessões de mediação podem apresentar índices de satisfação bem mais elevados que a justiça “tradicional” em determinados tipos de litígios de trato sucessivo (v.g., uma contenda familiar ou uma de vizinhança), assim como é bastante plausível que duas grandes empresas venham a ser mais bem tuteladas por um julgamento realizado por uma câmara arbitral especializada e de idoneidade mundialmente reconhecida, em vez de se submeterem ao risco de serem julgadas por um magistrado que pouco conhece do dia a dia de determinado nicho empresarial.

A despeito de críticas<sup>21</sup>, o sistema multiportas evidencia novas perspectivas, especialmente ao enfatizar que a tutela jurisdicional “clássica” pode não só não

---

<sup>17</sup> “(...) A desjudicialização dos conflitos e a promoção do sistema multiportas de acesso à justiça deve ser francamente incentivada, estimulando-se a adoção da solução consensual, dos métodos autocompositivos e do uso dos mecanismos adequados de solução das controvérsias, tendo como base a capacidade que possuem as partes de livremente convencionar e dispor sobre os seus bens, direitos e destinos (...)”. (STJ, RE 1.623.475/PR, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17 abr. 2018). “(...) A vertente extrajudicial da assistência jurídica permite a prestação de orientações (informação em direito), a realização de mediações, conciliações e arbitragem (resolução alternativa de litígios), entre outros serviços, evitando, muitas vezes, a propositura de ações judiciais. Tudo isso vai ao encontro da desjudicialização e desburocratização da efetivação dos direitos, uma nova faceta do movimento pelo acesso à justiça (...)” (STF, ADI 2922/RJ, Tribunal Pleno, Min. Gilmar Mendes, j. 3 abr. 2014).

<sup>18</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Código de processo civil comentado**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. 1440 p.

<sup>19</sup> SANDER, Frank. Varieties of dispute processing. In: LEVIN, Leo; WHEELER, Russel (ed.). **The Pound Conference: perspectives on justice in the future**. St. Paul: West Publishing, 1979. p. 86.

<sup>20</sup> CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 259, p. 471-489, set. 2016. Disponível em: [https://www.academia.edu/30837605/NEGOCIA%C3%87%C3%83O\\_DIRETA\\_OU\\_RESOLU%C3%87%C3%83O\\_COLABORATIVA\\_DE\\_DISPUTAS\\_COLLABORATIVE\\_LAW\\_MEDIA%C3%87%C3%83O\\_SEM\\_MEDIADOR\\_](https://www.academia.edu/30837605/NEGOCIA%C3%87%C3%83O_DIRETA_OU_RESOLU%C3%87%C3%83O_COLABORATIVA_DE_DISPUTAS_COLLABORATIVE_LAW_MEDIA%C3%87%C3%83O_SEM_MEDIADOR_). Acesso em: 7 nov. 2022.

<sup>21</sup> CHASE, Oscar. **Law, culture and ritual: disputing systems in cross-cultural context**. New York: New York University Press, 2005, p. 104.

ser a forma mais adequada para a resolução de determinado litígio<sup>22</sup>, como eventualmente se mostrar a *última das alternativas existentes no ordenamento*<sup>23</sup>, em um autêntico movimento de “fuga do processo”<sup>24</sup>.

Em outras palavras, acessar a justiça não significa, necessariamente, ter acesso *imediatamente* ou *direto* aos tribunais<sup>25</sup>.

Com efeito, ao menos no Brasil, não é possível dizer que essa visão de obtenção de direitos extrajudicialmente seja algo inédito. Afinal, nos últimos quinze anos o ordenamento jurídico nacional agasalhou diversas normas *desjudicializadas* como, por exemplo<sup>26</sup>, (i) a retificação de registro imobiliário (Lei n. 10.931/04)<sup>27</sup>,

<sup>22</sup> MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 4; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 76.

<sup>23</sup> CADIET, Loïc. **Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 40.

<sup>24</sup> GRADI, Marco. **Inefficienza della giustizia e “fuga dal processo”**: commento del Decreto Legge n. 132/2014 convertito in Legge n. 162/2014. Messina: Edizione Leone, 2014, p. 1. Disponível em: [https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwit0fyZv5\\_7AhVwrJUCHeB7A-sQFnoECACQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.judicium.it%2Fwp-content%2Fuploads%2Ffaggi%2F608%2FGradi.pdf&usg=AOvVaw1QoXU3lvLagLYKvhC45Dn1](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwit0fyZv5_7AhVwrJUCHeB7A-sQFnoECACQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.judicium.it%2Fwp-content%2Fuploads%2Ffaggi%2F608%2FGradi.pdf&usg=AOvVaw1QoXU3lvLagLYKvhC45Dn1). Acesso em: 8 nov. 2022.

<sup>25</sup> SILVA, Paula Costa e. **A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias: relatório sobre conteúdo, programa e método de ensino**. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p. 19.

<sup>26</sup> Podem ser citadas, ainda, como medidas que promovem a desjudicialização de demandas para cartório extrajudiciais: (i) protesto extrajudicial de certidão de dívida ativa (art. 1º, parágrafo único, Lei n. 9.492/92, com redação pela Lei n. 12.767/12); (ii) mediação e conciliação nos serviços notariais (Provimento n. 67/2018, CNJ); (iii) alteração de nome e estado civil de pessoa transgênero (Provimento n. 73/2018, CNJ); (iv) regularização fundiária (arts. 9º, ss., Lei n. 13.465/17 c/c Decreto n. 9.310/2018); (v) reconhecimento voluntário e averbação de paternidade/maternidade socioafetiva (Provimento n. 63/2017, CNJ). Cf. BRASIL. **Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997**. Brasília: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9492.htm). Acesso em: 8 nov. 2022; BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 67, de 26 de março de 2018**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, [2018]. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento\\_67\\_26032018\\_03042018081709.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_67_26032018_03042018081709.pdf). Acesso em: 8 nov. 2022; BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 73, de 28 de junho de 2018**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, [2018]. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento\\_73\\_28062018\\_02072018160046.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_73_28062018_02072018160046.pdf). Acesso em: 8 nov. 2022; BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017**. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13465.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13465.htm). Acesso em: 8 nov. 2022; BRASIL. **Decreto nº 9.310, de 15 de março de 2018**. Brasília: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/d9310.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9310.htm). Acesso em: 8 nov. 2022; BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, [2017]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado00430220210303603edb96ccea9.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2022.

<sup>27</sup> BRASIL. **Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004**. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.931.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.931.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

(ii) a realização de inventário, separação e divórcio consensuais (Lei n. 11.441/07)<sup>28</sup>, (iii) o reconhecimento de usucapião extrajudicial (art. 216-A da Lei 6.015/73<sup>29</sup>, com redação dada pelo art. 1071, CPC, regulamentado pelo Provimento n. 65/17, CNJ<sup>30</sup>); (iv) o leilão extrajudicial de veículo apreendido ou removido pela autoridade de trânsito, na forma do art. 328 do Código Brasileiro de Trânsito (Lei n. 9.503/97<sup>31</sup>, com redação pelas Leis n. 13.160/15<sup>32</sup> e 13.281/16<sup>33</sup>), e (v) a retificação de registro civil (Lei n. 13.484/17<sup>34</sup>).

Mesmo antes disso já era possível encontrar outros exemplos de normas com forte conteúdo desjudicializador, como as que preveem a venda extrajudicial, pelo credor pignoratício, da coisa empenhada (art. 1.433, IV, CC/02<sup>35</sup>), o leilão extrajudicial de cota de terreno e correspondente parte construída na incorporação pelo regime de administração (art. 63, Lei n. 4.591/64<sup>36</sup>) e a venda, em bolsa de valores, das ações do acionista remisso (art. 107, II, Lei n. 6.404/76<sup>37</sup>).

Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>38</sup> levanta ainda outros exemplos como a necessidade de submissão prévia das controvérsias desportivas à Justiça Desportiva

<sup>28</sup> BRASIL. Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007. Brasília: Presidência da República, [2007]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

<sup>29</sup> BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015consolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015consolidado.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

<sup>30</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 65, de 14 de dezembro de 2017. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, [2017]. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento\\_65\\_14122017\\_19032018152531.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_65_14122017_19032018152531.pdf). Acesso em: 8 nov. 2022.

<sup>31</sup> BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

<sup>32</sup> BRASIL. Lei nº 13.160, de 25 de agosto de 2015. Brasília: Presidência da República, [2015]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/L13160.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13160.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

<sup>33</sup> BRASIL. Lei nº 13.281, de 4 de maio de 2016. Brasília: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13281.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13281.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

<sup>34</sup> BRASIL. Lei nº 13.484, de 26 de setembro de 2017. Brasília: Presidência da República, [2017]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13484.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13484.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

<sup>35</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Presidência da República [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

<sup>36</sup> BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

<sup>37</sup> BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

<sup>38</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5º, XXXV, da CF. In: ALVIM, Arruda et al. (coord.). *Execução civil e temas afins: do CPC /1973 ao Novo CPC: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 893.

(art. 217, § 1º, CF/88<sup>39</sup>), a destacada atuação do CADE, uma autarquia federal judicante com jurisdição em todo o território nacional (art. 4º, Lei n. 12.529/11<sup>40</sup>) e, ainda, a instituição de convenção de arbitragem, na forma da Lei 9.307/96<sup>41</sup>.

Todo esse *movimento desjudicializador*, embora encontre razões das mais variadas, parece se justificar também por conta dos baixíssimos índices de satisfação advindos da tutela jurisdicional clássica, prestada pelo Poder Judiciário.

Afinal, se o jurisdicionado encontra óbices quase intransponíveis para ver seu direito agasalhado pelas vias tradicionais, é mais que natural que busque outras soluções que não precisem passar, diretamente, pelos abarrotados escaninhos do Poder Judiciário.

Vale dizer: segundo o “Relatório Justiça em Números” 2022, do Conselho Nacional de Justiça, ao final do ano de 2021 existiam 77 milhões de processos pendentes no Judiciário brasileiro, dos quais 41,18 milhões (53,3%) eram de execução<sup>42</sup>.

Ainda que se desconsidere o fato de que a maioria desse acervo é composta por execuções fiscais – nada menos que 65% de todas as execuções pendentes no Brasil, ou seja, 26,8 milhões de processos<sup>43</sup> –, não parece correto dizer que a Fazenda Pública é a única responsável por tamanha ineficiência.

Isso porque, se for analisada a taxa de congestionamento de todas as execuções, a qual é calculada pela diferença entre o número de processos novos e o número de processos baixados no mesmo ano, facilmente se percebe que os índices das execuções fiscais (89,7%) e os das “não fiscais” (87,9%) são muito semelhantes.

---

<sup>39</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

<sup>40</sup> BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Brasília: Presidência da República, [2015]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/L12529.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

<sup>41</sup> BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Brasília: Presidência da República, [2015]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

<sup>42</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório justiça em números. **CNJ**, Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 8 nov. 2022.

<sup>43</sup> Apenas para que se possa ter noção do tamanho do problema, ainda segundo o mesmo Relatório, seriam necessários, em um mero cálculo hipotético, oito anos e oito meses sem novos processos no Judiciário para conseguir se liquidar o acervo atual de execuções fiscais (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório justiça em números, p. 172).

Noutro tom, e de modo ainda mais evidente: para cada 100 execuções lastreadas em títulos extrajudiciais propostas em 2021, apenas algo em torno de 11 a 12 foram baixadas<sup>44</sup>.

Outro dado importante a reforçar a ideia-força da desjudicialização se relaciona com o número de execuções pendentes no Brasil que, mesmo com todos os avanços tecnológicos e os variados esforços de toda sorte, não para de crescer.

Ainda que se exclua da conta o número de execuções fiscais e de execuções criminais<sup>45</sup> – que, por sua natureza, têm particularidades que não interessam ao presente estudo –, somente no ano de 2021 o acervo de execuções civis foi acrescido de 47.337 processos, fazendo com que o número de demandas pendentes dessa natureza superasse a marca de 12,11 milhões.

Desse total, é interessante destacar que a imensa maioria (69,95%, ou aproximadamente 8,47 milhões de processos) é composta por execuções lastreadas em títulos judiciais, a denotar o enorme impacto do cumprimento de sentença no sistema executivo nacional<sup>46</sup>.

Cabe lembrar que, nesses casos, no mais das vezes as demandas já passaram por uma fase cognitiva prévia – algumas bastante longas, com decisões e recursos em diversas instâncias judiciais – e, ainda assim, como visto, os litígios se eternizam na fase de cumprimento de sentença.

Diante desse cenário desalentador, parece de todo recomendável *uma mudança de perspectiva* que implique a imposição de “travas necessárias”<sup>47</sup> ou “obstáculos legítimos”<sup>48</sup> à execução integralmente judicial (ou judicializada), seja

---

<sup>44</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório justiça em números.

<sup>45</sup> Segundo o mesmo Relatório, em 2021 foram baixados 727.780 processos de execução não fiscais e foram ajuizados novos 806.348 processos desta natureza, ou seja, um acréscimo de 78.568. Quanto às execuções não criminais lastreadas em títulos judiciais, o número de casos baixados foi de 3.212.007, ao passo que foram registrados 3.180.776 novos casos, o que significa um decréscimo de 31.231 (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório justiça em números. p. 167).

<sup>46</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório justiça em números.

<sup>47</sup> CERRATO GURI, Elisabet. El derecho a acceder a los tribunales en el proceso civil: concepto, contenido y limites. In: PICÓ I JUNOY, Joan (dir.). **Principios y garantías procesales: liber amicorum** en homenaje a la Profesora M<sup>a</sup>. Victoria Berzosa Francos. Barcelona: J. M. Bosch, 2013. p. 109.

<sup>48</sup> GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: introdução ao direito processual civil. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1, p. 19-20.

por conta da injustificável exigência de reserva de juiz para a prática de atos não decisórios (como, por exemplo, os atos de comunicação processual ou mesmo de condução de expropriações, que poderiam facilmente ser delegados a terceiros sem prejuízo aos jurisdicionados), seja por conta dos baixíssimos índices de satisfação que a execução civil brasileira tem proporcionado, como visto.

Em outras palavras, a solução para a crise da execução civil parece passar por “um novo modelo para o processo de execução, talvez menos atrelado à tradição, porém mais adequado à realidade das relações negociais de nossa época”<sup>49</sup>, modelo esse que, ao que tudo indica, pode ser encontrado – assim como se deu em outros países – *fora, no todo ou em parte, do Poder Judiciário*<sup>50</sup>.

## 2. Em busca de novos modelos orgânicos executivos: um breve bosquejo do direito estrangeiro

Como visto, a ideia-força de se reduzir – ou até excluir – o papel do Judiciário no trato das execuções como tentativa de racionalização do processo em busca do incremento da efetividade não é novidade em diversos ordenamentos estrangeiros, muito embora isso se dê de forma bastante variada.

De acordo com o relato de Burkhard Hess<sup>51</sup>, os ordenamentos jurídicos europeus poderiam ser divididos em quatro grandes modelos executivos, a saber:

- (i) os “Baillif-oriented Systems”, ou seja, aqueles em que a execução é conduzida por agentes que atuam como oficiais apontados pelo Estado, mas que não fazem parte do sistema de justiça, como ocorre na França, Portugal, Escócia e Holanda, por exemplo;
- (ii) os “Court-oriented Systems”, ou seja, aqueles em que a execução é conduzida pelo Tribunal, como na Espanha, Áustria e Dinamarca;

<sup>49</sup> GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v.1, p. 156.

<sup>50</sup> RAMOS MÉNDEZ, Francisco. Tutela efectiva es ejecución. In: PICÓ I JUNOY, Joan (dir.). **Principios y garantías procesales**: liber amicorum en homenaje a la Profesora M<sup>a</sup>. Victoria Berzosa Francos. Barcelona: J. M. Bosch, 2013. p. 327-342.

<sup>51</sup> HESS, Burkhard. Different enforcement structures. In: RHEE, Cornelis Hendrik van; UZELAC, Alan (ed.). **Enforcement and enforceability**: tradition and reform. Antwerp: Intersentia, 2010, p. 45-48. Disponível em: [https://www.academia.edu/33857022/Enforcement\\_and\\_Enforceability\\_Tradition\\_and\\_Reform](https://www.academia.edu/33857022/Enforcement_and_Enforceability_Tradition_and_Reform). Acesso em: 8 nov. 2022.

**(iii)** os “Mixed Systems”, em que os procedimentos de execução são conduzidos em parte por agentes de execução ou xerifes (especialmente a apreensão de bens móveis) e em parte pelos tribunais (como a penhora de bens), em países como Alemanha e Inglaterra; e

**(iv)** os “Administrative Systems”, em que a execução fica a cargo de um corpo administrativo, como acontece na Suécia.

Guardadas as devidas proporções, essa também é a visão de Álvaro Pérez-Ragone, que vislumbra quatro modelos orgânicos de execução que podem ser encontrados no direito estrangeiro<sup>52</sup>, quais sejam:

**(i)** o “judicial”, em que a execução é conduzida pelo juiz e por membros integrantes do próprio Judiciário, é o adotado em países como Espanha, Itália e Áustria;

**(ii)** o “judicial atenuado” pode ser visto na Alemanha e na Grécia, onde os oficiais de execução não são profissionalizados;

**(iii)** o que se caracteriza pela existência de um oficial de execução independente, liberal e profissionalizado, e pode ser encontrado em países como Inglaterra, País de Gales, Hungria, França, Portugal, Holanda e Bélgica; e

**(iv)** o “adstrito à Administração Pública”, alheio ao Poder Judiciário e dotado de funcionários públicos competentes, modelo esse adotado em países como a Suécia e a Finlândia.

Segundo Marco Carvalho Gonçalves, entretanto, três seriam os modelos de processo executivo<sup>53</sup>.

A seu ver, em um primeiro modelo – que vigia em Portugal até 2003 e vige no Brasil –, “o juiz detém controle total sobre a execução, sendo que o processo executivo é inteiramente tramitado no tribunal e as diligências de penhora são realizadas por funcionários judiciais”<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> PÉREZ RAGONE, Álvaro Javier. *Ejecución civil: cómo lograr el cumplimiento del deudor*. Buenos Aires: Astrea, 2019, p. 69-95.

<sup>53</sup> GONÇALVES, Marco Carvalho. *Lições de processo civil executivo*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2020, p. 41-42.

<sup>54</sup> GONÇALVES, Marco Carvalho. *Lições de processo civil executivo*. p. 41.

Ainda sob sua ótica, um segundo modelo “vigente, designadamente, nos países escandinavos, de que a Suécia – país onde a execução é tramitada no ‘Serviço Público de Execução Forçada’ – é o caso extremo, o processo executivo é gerido por entidades de natureza administrativa”<sup>55</sup>.

Por fim, em um terceiro modelo, apelidado de “misto” por Marco Carvalho Gonçalves, “(...) o processo executivo está sujeito a um poder geral de controlo e de supervisão por parte de um juiz, sendo que as diligências executivas são, na sua generalidade, tramitadas por uma entidade sem poderes de natureza jurisdicional”<sup>56</sup>. Essa seria, em seu entender, a realidade de países como França, Alemanha, Áustria, Luxemburgo, Bélgica e Portugal.

Divergências à parte, o certo é que “(...) não há consenso sobre a questão de qual sistema é mais eficiente (...)”<sup>57</sup>, uma vez que há experiências incrivelmente exitosas<sup>58</sup> e outras nem tão elogiáveis, nas quais problemas de ordem econômica e social causaram severas dificuldades aos jurisdicionados<sup>59</sup>.

A verdade é que, como argutamente percebeu Humberto Theodoro Júnior, “não há uniformidade na eleição dos meios de simplificar e agilizar o procedimento de cumprimento forçado das sentenças entre os países europeus. Há, porém, a preocupação comum de reduzir, quanto possível, a sua judicialização”<sup>60</sup>, notadamente com o escopo de *racionalizar* o sistema executivo.

---

<sup>55</sup> GONÇALVES, Marco Carvalho. **Lições de processo civil executivo**. p. 41.

<sup>56</sup> GONÇALVES, Marco Carvalho. **Lições de processo civil executivo**. p. 42.

<sup>57</sup> UZELAC, Alan. Privatization of enforcement services: a step forward for countries in transition? In: RHEE, Cornelis Hendrik van; UZELAC, Alan (ed.). **Enforcement and enforceability: tradition and reform**. Antwerp: Intersentia, 2010. p. 85. Disponível em: [https://www.academia.edu/33857022/Enforcement\\_and\\_Enforceability\\_Tradition\\_and\\_Reform](https://www.academia.edu/33857022/Enforcement_and_Enforceability_Tradition_and_Reform). Acesso em: 9 nov. 2022.

<sup>58</sup> Na Suécia, segundo Burkhard Hess, a Agência Nacional de Execução tem obtido a satisfação do crédito em procedimentos cuja duração média é de apenas três meses (HESS, Burkhard. Different enforcement structures. In: STÜRNER, Rolf; KAWANO, Masanori (ed.). **Comparative studies on enforcement and provisional measures**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, p. 56-57).

<sup>59</sup> Na Croácia, conforme relato de Alan Uzelac, os altos custos da privatização executiva, aliados à possível corrupção, acarretaram resultados pouco satisfatórios (UZELAC, Alan. Privatization of enforcement services: a step forward for countries in transition? In: RHEE, Cornelis Hendrik van; UZELAC, Alan (ed.). **Enforcement and enforceability: tradition and reform**. p. 91).

<sup>60</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: execução forçada: cumprimento de sentença, execução de títulos extrajudiciais: processos nos tribunais: recursos: direito intertemporal**. 53. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3, p. 5.

Ao que parece, aliás, foi exatamente essa preocupação que moveu o Supremo Tribunal Federal no recente julgamento do RE n. 627.106/PR<sup>61</sup>, como se verá a seguir.

### 3. A constitucionalidade da execução extrajudicial do decreto-lei n. 70/66: a relevância do julgamento do RE n. 627.106/PR para o aprimoramento do sistema executivo brasileiro

Em 8 de abril de 2021, nos autos do Recurso Extraordinário (RE) n. 627.106, o Plenário do STF, por seis votos a cinco, reafirmou a constitucionalidade da execução extrajudicial de cédula hipotecária, regulada pelos arts. 31 e seguintes do Decreto-lei (DL) n. 70/66<sup>62</sup>, resolvendo uma tese que, ainda que relevante academicamente<sup>63</sup>, estava praticamente definida pela jurisprudência há mais de duas décadas, especialmente após o julgamento do RE n. 223.075/DF<sup>64</sup>, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão<sup>65</sup>.

Na ocasião, mais precisamente em 23 de junho de 1998, o STF entendeu, em suma, que pelo fato de o procedimento da execução extrajudicial poder ser questionado, em juízo, o DL n. 70/66 não teria ferido o acesso à justiça e, por consequência, a norma seria constitucional<sup>66</sup>.

Nas palavras do Min. Ilmar Galvão, Relator do voto condutor à época, o DL n. 70/66 é compatível com a CF/88 pois, “(...) além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto de garantia pelo agente

<sup>61</sup> STF, RE 627.106/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 8 abr. 2021.

<sup>62</sup> BRASIL. **Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966**. Brasília: Presidência da República, [1966]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0070-66.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0070-66.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

<sup>63</sup> SILVA, Paula Costa e. A constitucionalidade da execução hipotecária do Decreto-Lei 70, de 21 de novembro de 1966. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, n. 284, p. 185-209, out. 2018.

<sup>64</sup> STF, RE 223.075/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23 jun. 1998.

<sup>65</sup> Tanto o é que, nos autos do RE n. 627.106, o parecer do Ministério Público Federal foi pelo desprovemento do Recurso Extraordinário que pretendia a inconstitucionalidade do DL n. 70/66, basicamente porque o tema já estava pacificado no STF desde 1998.

<sup>66</sup> STF, RE 223.075/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23 jun. 1998

fiduciário, não impede que eventual ilegalidade (...) seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados<sup>67</sup>.

Mais de uma década depois, em 30 de novembro de 2009, o Agravo de Instrumento n. 771.770/PR<sup>68</sup> chegou ao gabinete do Min. Relator Dias Toffoli, que por sua vez o levou ao Plenário da Corte, que, por maioria, considerou-o, em 12 de março de 2010, como “representativo da controvérsia” e, portanto, dotado de repercussão geral, tendo sido, posteriormente, convertido no RE n. 627.106/PR.

Na oportunidade, o Min. Relator Dias Toffoli expressamente destacou que o reconhecimento da pecha de recurso representativo da controvérsia seria importante para possibilitar “que o Plenário deste Supremo Tribunal Federal promova o julgamento da matéria sob a égide da repercussão geral, com todos os benefícios daí decorrentes”.

Aparentemente, portanto, o ressurgimento do debate no STF tinha aspectos mais pragmáticos que verdadeiramente significava a possibilidade de uma guinada jurisprudencial, já que o julgamento da tese pelo rito dos recursos repetitivos autorizava, como ainda autoriza, o julgamento por pilhas ou em bloco (art. 543-B, do CPC/73<sup>69</sup>; art. 1040, do CPC).

Iniciado o julgamento do RE n. 627.106/PR em 18 de agosto de 2011, contudo, não foi o que se viu.

Logo após o voto do Min. Relator Dias Toffoli no RE n. 627.106, no qual S. Exa. reafirmava a jurisprudência da Corte formada em 1998, o Min. Luiz Fux, em antecipação de voto, abriu divergência para considerar inconstitucional a execução extrajudicial descrita no DL n. 70/66, pois, a seu ver, o “decreto-lei inverte completamente a lógica do acesso à justiça”, já que “o devedor é submetido a atos de expropriação sem ser ouvido e se ele eventualmente quiser reclamar ele que ingresse em juízo”.

Em certa medida, a Min. Cármen Lúcia tomou o mesmo caminho ao considerar que a norma ofenderia o devido processo legal, pois “(...) o devedor se vê tolhido nos seus bens sem que haja a possibilidade imediata de acesso ao Poder Judiciário”.

<sup>67</sup> STF, RE 223.075/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23 jun. 1998.

<sup>68</sup> STF, AI 771.770/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12 abr. 2010.

<sup>69</sup> BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Brasília: Presidência da República [2013]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

Basicamente no mesmo sentido, o Min. Ayres Britto considerou que o DL n. 70/66 consagraria “um tipo de execução privada dos bens do devedor imobiliário que tem aparência de expropriação, na medida em que consagra um tipo de autotutela que não parece corresponder à teleologia da Constituição quando fala do devido processo legal”.

Por outro lado, o Min. Ricardo Lewandowski, fazendo coro com o Min. Dias Toffoli, votou pela constitucionalidade do DL n. 70/66, quer por força da necessidade de observância dos precedentes do STF acerca do tema, quer porque o devedor que se sentisse prejudicado poderia, se assim o desejasse, ingressar no Poder Judiciário.

Na mesma assentada, o Min. Gilmar Mendes pediu vista para “um exame mais acurado do tema”, muito embora já tivesse manifestado sua preocupação “diante da realidade que se desenha com esse modelo que onera sobremaneira o Judiciário e que o inviabiliza de forma clara, trazendo inclusive custos adicionais para o modelo de contrato e de financiamento”.

Quase dez anos depois, entre os dias 26 de março a 7 de abril de 2021, o Plenário do STF voltou a examinar o caso.

Inicialmente, o Min. Alexandre de Moraes, em um voto bastante profundo, considerou que a execução extrajudicial do DL n. 70/66 teria sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Em síntese, entendeu S. Exa. que a jurisprudência do STF já havia se firmado há mais de vinte anos no sentido da constitucionalidade do procedimento extrajudicial executivo previsto no DL n. 70/66, não havendo motivo razoável para a sua alteração.

Ademais, asseverou o Min. Alexandre de Moraes que o DL n. 70/66 não ofendia os princípios da “inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (...) uma vez que (...) a qualquer tempo a parte que se sentir lesada pode recorrer ao poder judiciário na defesa de seus direitos (...)”.

Posteriormente, esse voto foi acompanhado, além do Min. Ricardo Lewandowski já mencionado, pelos Ministros Gilmar Mendes, Rosa Weber e Nunes Marques, fazendo com que o placar final do julgamento fosse de seis votos favoráveis à constitucionalidade do DL n. 70/66, contra cinco votos pelo

reconhecimento da inconstitucionalidade (Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ayres Britto e Edson Fachin).

Assim, por maioria apertada, o Plenário do STF, por acórdão publicado em 14 de junho de 2021, reafirmou sua jurisprudência ao considerar constitucional a execução extrajudicial da cédula hipotecária, restando firmada a seguinte tese: “É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de execução extrajudicial, previsto no Decreto-lei nº 70/66”.

#### 4. Em defesa da constitucionalidade da execução extrajudicial regulada pela Lei n. 9514/97

Em que pese a importância da decisão do STF sobre a constitucionalidade do procedimento previsto no DL n. 70/66 acima mencionada, certo é que ainda pairam dúvidas acerca da sorte que terá uma outra hipótese de execução extrajudicial, a prevista na Lei n. 9.514/97<sup>70</sup>, mais precisamente em seus arts. 26 e 27, os quais admitem a realização da execução do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel *sem que haja, necessariamente*, a participação do Poder Judiciário.

Isso porque, diferentemente do que ocorreu com o DL n. 70/66, até a presente data<sup>71</sup> o STF ainda não decidiu o RE n. 860.631/SP<sup>72</sup>, embora já tenha considerado existente, no caso em tela, repercussão geral (tema n. 982)<sup>73</sup>.

Na hipótese, o credor pode, respeitadas algumas condições, executar extrajudicialmente o contrato, cabendo ao devedor, quando assim o entender, buscar se socorrer no Judiciário.

<sup>70</sup> BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997**. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9514.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

<sup>71</sup> O presente texto foi concluído em 15 de outubro de 2022.

<sup>72</sup> STF, RE 860.631/SP, Decisão Monocrática, Rel. Min. Luiz Fux, j. 23 fev. 2021.

<sup>73</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 982**. Discussão relativa à constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial nos contratos de mútuo com alienação fiduciária de imóvel, pelo Sistema Financeiro Imobiliário - SFI, conforme previsto na Lei n. 9.514/1997. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=982>. Acesso em: 8 nov. 2022.

Veja-se, portanto, a relevância do tema n. 982, uma vez que, se o STF vier a considerar inconstitucional o procedimento previsto na Lei n. 9.514/97, milhares (quicá milhões) de demandas serão atingidas.

Por essa razão, parece ser deveras pertinente uma análise mais detida do tema.

Pois bem.

Diferentemente do que ocorreu nos autos do RE n. 627.106, nos quais o Ministério Público Federal (MPF) opinou pela constitucionalidade da execução extrajudicial regulada pelo DL n. 70/66, nos autos do RE n. 860.631/SP o *Parquet* opinou pela inconstitucionalidade do procedimento previsto na Lei n. 9.514/97<sup>74</sup>.

Inicialmente, o MPF aduz que as execuções extrajudiciais seriam inconstitucionais por permitirem delegação de jurisdição a particulares, o que seria ofensivo ao art. 5º, LIII, CF/88<sup>75</sup>.

A esse respeito, cabe salientar que o próprio MPF, ao tecer suas críticas à Lei n. 9.514/97, admite a constitucionalidade da arbitragem<sup>76</sup> – onde há inequívoca delegação de jurisdição a particulares –, mas estabelece, como *discrímén* entre as duas situações, o fato de que no procedimento regulado pela Lei n. 9.307/96 haveria consensualidade<sup>77</sup>.

Entretanto, essa distinção não parece assim tão clara, na medida em que, assim como ocorre na arbitragem, o rito da Lei n. 9.514/97 pressupõe consensualidade, já

---

<sup>74</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 982**. Discussão relativa à constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial nos contratos de mútuo com alienação fiduciária de imóvel, pelo Sistema Financeiro Imobiliário – SFI, conforme previsto na Lei n. 9.514/1997. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=982>. Acesso em: 8 nov. 2022.

<sup>75</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 982**. Discussão relativa à constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial nos contratos de mútuo com alienação fiduciária de imóvel, pelo Sistema Financeiro Imobiliário – SFI, conforme previsto na Lei n. 9.514/1997. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=982>. Acesso em: 8 nov. 2022.

<sup>76</sup> Vide, a esse respeito, histórico julgamento do STF: STF, SE 5206/ESP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12 dez. 2001.

<sup>77</sup> “(...) Em primeiro lugar, desrespeitou-se a regra do art. 5º, LIII, da CR, segundo a qual ‘ninguém será processado nem sentenciado senão por autoridade competente’. O emprego do substantivo ‘autoridade’ aí é eloquente, a significar que os atributos da jurisdição, se dotados de imperatividade – ao invés do caráter consensual da arbitragem – só se podem exercer por pessoa investida pelo Estado na função judicial (...)”. (Parecer do Ministério Público Federal nos autos do RE n. 860.631, p. 15).

que credor/fiduciário e devedor/mutuário manifestam sua vontade quando da assinatura do contrato particular de alienação fiduciária<sup>78</sup>.

No mesmo parecer, o MPF sustenta também que haveria quebra de imparcialidade na execução extrajudicial, pois o agente de execução não teria o distanciamento necessário do credor. Tal argumento, deveras relevante, merece ser analisado com um pouco mais devagar e com auxílio dos argumentos de Luiz Fernando Cilurzo<sup>79</sup>, que muito didaticamente enfrentou o tema.

Para o monografista, a imparcialidade está diretamente relacionada com o juiz natural<sup>80</sup> e, por consequência, com as garantias que este princípio assegura a cada um dos sujeitos do processo<sup>81</sup>.

Por essa perspectiva, a imparcialidade, ainda na visão de Luiz Fernando Cilurzo<sup>82</sup>, seria mais facilmente observável, por exemplo, para os magistrados, que detêm garantias de inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e vitaliciedade e, portanto, sentem-se mais seguros para exercer a função jurisdicional com menores chances de sujeição a fatores externos.

Em uma espécie de segundo nível, prossegue Luiz Fernando Cilurzo<sup>83</sup>, estariam os auxiliares permanentes do juízo, que integram o Poder Judiciário, mas que não gozam do mesmo grau de garantias que os magistrados, embora tenham suas funções regulamentadas por lei, sejam remunerados pelo Estado e estejam sujeitos a todos os direitos e deveres atinentes aos servidores públicos.

Por fim, no que poderia ser visto como um terceiro nível de imparcialidade, estariam os auxiliares eventuais do juízo, que não fazem parte da estrutura do

---

<sup>78</sup> A afirmação de que há manifestação de vontade na assinatura do contrato entre credor/fiduciário e devedor/mutuário não afasta, por óbvio, eventual possibilidade de discussão da avença, sendo plenamente aplicáveis ao caso, inclusive, as normas relativas aos contratos de adesão (v. g., art. 190, parágrafo único, CPC; art. 54, CDC).

<sup>79</sup> CILURZO, Luiz Fernando. **A desjudicialização na execução por quantia**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito, Programa de Pós-graduação em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29082016-122503/publico/LuizFernandoCilurzoADesjudicializacaoNaExecucaoIntegral.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2022.

<sup>80</sup> CILURZO, Luiz Fernando. **A desjudicialização na execução por quantia**. p. 74-75.

<sup>81</sup> FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 191-204.

<sup>82</sup> CILURZO, Luiz Fernando. **A desjudicialização na execução por quantia**. p. 75.

<sup>83</sup> CILURZO, Luiz Fernando. **A desjudicialização na execução por quantia**. p. 76.

Judiciário, são remunerados pelas partes conforme valores fixados por parâmetros definidos pelos tribunais e não possuem leis orgânicas e/ou estatutos que os protejam, ficando, por vezes, entregues ao alvedrio do juízo estatal<sup>84</sup>.

É exatamente aí, nesse terceiro nível, que se enquadra boa parte dos agentes de execução privados hodiernos, o que faz com que, nas palavras de CILURZO, “os efeitos do juiz natural (...) sejam ainda menos sensíveis”<sup>85</sup>.

Apesar disso – e em defesa das execuções extrajudiciais, especialmente a regulada pela Lei n. 9.514/97 –, o agente de execução privado possui um poder que o agente público não detém, qual seja, o *direito de recusa*, a ser exercido inclusive imotivadamente, sempre que esse profissional entender afetada a sua imparcialidade.

Demais disso, deve-se considerar, assim como o fez Paula Costa e Silva<sup>86</sup> ao analisar a constitucionalidade do DL n. 70/66, que o terceiro encarregado da execução não pode ter vínculo com as partes e, mais que isso, caso haja alguma dúvida a respeito de sua imparcialidade, há possibilidade de substituição contratual ou coercitiva, por meio de intervenção judicial.

Ademais, o agente de execução privado, seja sob a égide do CPC/73 (art. 14, II), seja sob o pálio do atual CPC (art. 5º), deve atuar conforme a lealdade<sup>87</sup>, de modo que não é por outra razão, até mesmo, que o art. 148, II, do CPC dispõe que os auxiliares da justiça poderão ser alvo de alegações de suspeição e impedimento por qualquer interessado.

Ultrapassados os argumentos lançados pelo MPF em seu parecer que, como dito, consta dos autos do RE n. 860.631, o debate acerca da (in)constitucionalidade das execuções extrajudiciais deve, ainda, levar em conta o disposto no art. 190 do CPC, uma verdadeira cláusula geral de negociação processual que constitui inequívoco marco na processualística brasileira. Isso porque, especialmente a partir do mencionado dispositivo, as partes podem entabular acordos processuais atípicos que versem sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

---

<sup>84</sup> CILURZO, Luiz Fernando. *A desjudicialização na execução por quantia*. p. 76-77.

<sup>85</sup> CILURZO, Luiz Fernando. *A desjudicialização na execução por quantia*. p. 77.

<sup>86</sup> SILVA, Paula Costa e. A constitucionalidade da execução hipotecária do Decreto-Lei 70, de 21 de novembro de 1966. *Revista de Processo*, p. 185-209.

<sup>87</sup> FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional*.

Especificamente na execução, que aqui mais interessa, o campo para a celebração de negócios processuais é ainda mais fértil, tendo em vista a característica da disponibilidade que, no mais das vezes, mostra-se presente nesse tipo de demanda<sup>88</sup>.

Dessa forma, e retomando-se o raciocínio, não parece razoável permitir que as partes possam pactuar seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais nos mais variados tipos de negócios jurídicos, e não tenham o mesmo direito nos contratos regidos pela Lei n. 9.514/97.

E há mais: parece ser consenso de que às partes é lícito acordar, mesmo em sede executiva, sobre questões atinentes à competência territorial (art. 63, do CPC), ao bloqueio temporário da atividade executiva pelo juiz (art. 922, do CPC), ou ainda à escolha de perito na liquidação por arbitramento (art. 509, I, c/c art. 471, do CPC), por exemplo. De mesmo modo, também se mostra bastante razoável compreender a possibilidade de realização de pactum de non exequendo, de acordo relativo à dispensa de avaliação de bens penhorados (art. 871, I, do CPC), ou ainda de avença relativa à modificação da ordem de preferência de bens penhoráveis (art. 835, do CPC)<sup>89</sup>.

Veja-se que todos os casos acima citados são negócios jurídicos processuais executivos, a respeito dos quais, salvo melhor juízo, não parece haver controvérsias dignas de nota.

A própria existência de um título executivo pode decorrer da manifestação de vontade das partes, como na celebração de um contrato particular assinado pelas partes e por duas testemunhas (art. 784, III, do CPC), ou mesmo quando da assinatura, pelo devedor, de um título de crédito ao portador (art. 784, I, do CPC).

A rigor, aliás, em boa parte dos feitos executivos é exatamente a vontade das partes que define a escolha do procedimento especial da execução<sup>90</sup>, em detrimento do procedimento comum pertinente àquele que não detém título executivo. Assim sendo, se a vontade das partes é robusta o bastante para permitir tamanha margem

<sup>88</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 300.

<sup>89</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. Revista de Processo, São Paulo, v. 43, n. 275, p. 193-228, jan. 2018.

<sup>90</sup> Veja-se, como exemplo, o art. 785 do CPC, que concede ao credor detentor de título executivo o direito de abrir mão do procedimento executivo a que faria jus; nesse caso, a vontade do credor é suficiente para que se altere todo o procedimento a ser adotado, que passará a ser, no caso da renúncia, o de uma ação cognitiva.

de negociação, se ela é forte o bastante para definir o procedimento judicial, por que não teria o condão de fazer com que fosse validamente eleita a via da execução extrajudicial?

Noutro tom: se às partes é conferido o direito de pactuar acerca de todo o procedimento executivo, por que lhes seria negado o direito de acordarem acerca de um dos aspectos do procedimento, qual seja, a escolha do agente de execução?

Nesse rumo, portanto, desde que atendidos os requisitos exigidos para a celebração de qualquer negócio jurídico processual e, ainda, não ultrapassados os seus limites<sup>91 - 92</sup>, não parece haver inconstitucionalidade na definição negocial do procedimento especial executivo<sup>93</sup>, incluindo a possibilidade de escolha pelas partes do agente de execução, se for o caso.

## 5. Em busca de melhorias para o sistema executivo brasileiro

### 5.1 O sistema executivo brasileiro como um modelo eminentemente judicial

Vistas as duas premissas centrais deste trabalho – quais sejam, a necessidade de se reduzir o papel do juiz na execução civil com o objetivo de se obter melhores resultados na realização dos direitos e, ainda, a constitucionalidade das execuções

---

<sup>91</sup> Parece importante mencionar que o leading case decidido pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do Min. Luis Felipe Salomão (STJ, REsp 1.810.444/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 23 fev. 2021), não pode ser visto como um entrave intransponível às negociações processuais executivas. Isso porque, nesse importante julgamento, o STJ decidiu que as matérias atinentes aos poderes do juiz seriam inegociáveis, por conta do interesse público nelas subjacente. Ocorre, todavia, que os negócios jurídicos processuais executivos aqui mencionados, por sua vez, relacionam-se com os poderes das partes que, via de regra, são disponíveis e, portanto, negociáveis. Veja-se, nesse ponto, o pacto de non exequendo, que se opera sobre o âmbito de disposição da parte: nele, o credor pode optar por não promover uma execução lastreada em um título extrajudicial que já dispõe (v. g., uma transação referendada pela Defensoria Pública, cf. art. 784, IV, do CPC) para levá-lo à homologação judicial (art. 515, III, do CPC), e não parece haver, nessa opção, nenhuma ofensa à situação jurídica do magistrado e/ou à ordem pública. De igual modo, se o credor opta, por qualquer razão, por desistir da execução – negócio processual executivo típico previsto no art. 771 do CPC –, estará em jogo apenas o exercício de seu direito particular, não sendo possível conceber, via de regra, qualquer óbice à sua homologação.

<sup>92</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

<sup>93</sup> DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. O negócio jurídico processual: um novo capítulo no direito das garantias: o exemplo da propriedade fiduciária. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 129-186, jul. 2016.

extrajudiciais –, resta tentar demonstrar de que maneira as duas ideias-força se inter-relacionam.

Para tanto, afigura-se importante perscrutar, ainda que brevemente, o sistema executivo brasileiro.

A despeito das diferentes formas de classificação dos modelos executivos vistas no capítulo 2, parece ser possível enquadrar o atual sistema brasileiro naquilo que se convencionou chamar de “modelo judicial” ou “Court-oriented Systems”, uma vez que, com raras exceções – como a alienação por iniciativa particular (art. 880 do CPC) e a avaliação de bens penhorados negociáveis em bolsa de valores (art. 871, III, do CPC) –, a execução civil é conduzida eminentemente pelo juiz, com apoio de auxiliares que integram o Poder Judiciário.

Com efeito, independentemente da origem do título executivo (se judicial ou extrajudicial), a execução brasileira é conduzida quase integralmente pelo juiz estatal<sup>94</sup>, que a todo modo é chamado a intervir durante o procedimento, mesmo que não esteja em jogo a prática de atos de cunho decisório.

A título de exemplo, veja-se que o Código de Processo Civil brasileiro entrega ao magistrado competências das mais diversas, como os relevantíssimos atos de admissão e controle da petição inicial executiva (cf. o art. 827 c/c o 801), e outros não tão importantes, como os de comunicação das partes (arts. 802; 528, *caput*; e 911).

Ao juiz cabe ainda a realização de atos bastante diversificados, como a imposição de medidas executivas (v.g., arts. 536; 806; 814, *caput*; e 139, IV), a determinação para a realização de provas técnicas (v.g., arts. 524, § 2º; e 812), a fixação de honorários (art. 827), a nomeação de auxiliares como o administrador-depositário (arts. 862, *caput*; e 863), a advertência ao executado sobre a prática de atos desleais (art. 772, II) etc.

Incumbe-lhe também, conforme o art. 854, não apenas a análise acerca da viabilidade da utilização da indisponibilidade de ativos financeiros existentes em nome do executado, como o efetivo manuseio do sistema eletrônico, que passam pela prática de atos burocráticos como acessar o sistema de busca de ativos do

---

<sup>94</sup>SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 269.

Poder Judiciário (SISBAJUD), inserir os dados do processo, realizar as buscas, verificar e controlar o resultado desse procedimento, praticar atos de bloqueio ou liberação do numerário, determinar a oitiva das partes, notificar a instituição financeira, entre outros<sup>95</sup>.

Ainda no que se refere à realização de atos de força no processo, verifica-se que o sistema brasileiro atribui ao juiz a competência de deferir a ordem de arrombamento solicitada pelo oficial de justiça, caso o executado feche as portas de casa para obstar a penhora de bens (art. 846, *caput*), muito provavelmente como uma forma de proteção à residência e à privacidade do executado.

Sucedo, contudo, que no mais das vezes tal autorização já consta do mandado inicial de citação, avaliação e penhora, não sendo, portanto, alvo de qualquer análise mais detida do juiz.

Feita a constrição judicial, o juiz continua a conduzir o processo, cabendo-lhe, por exemplo, a prática de atos de bastante relevo como o controle da penhora (arts. 835, § 1º; 847, § 1º; e 874) e a possibilidade de alienação antecipada dos bens penhorados (art. 852), mas também outros atos não tão importantes, como a designação do leiloeiro público (art. 883) e de depositário idôneo (art. 896), os quais, na prática, muitas vezes são realizados informalmente pelos auxiliares do juízo.

Ademais, compete ao juiz decidir sobre todas as manifestações de defesa do executado (v.g., arts. 518; 525; 535; 915-ss, todos do CPC) – matérias essas definitivamente de cunho decisório e que integram o cerne de sua atividade jurisdicional – e, por outro lado, incumbe-lhe determinar a suspensão do processo quando houver convenção bilateral (art. 922), algo que, verdadeiramente, significa mera ratificação da vontade das partes.

Já na fase final do procedimento, o modelo brasileiro executivo entrega ao juiz o poder de encerrar o processo, seja quando efetivamente decide alguma questão a ele submetida, como na hipótese de reconhecimento da extinção do feito em decorrência da prescrição intercorrente<sup>96</sup>, seja quando meramente declara a extinção por cumprimento da obrigação.

<sup>95</sup> FARIA, Márcio Carvalho. As zonas (ainda) cinzentas sobre a penhora on-line e uma tentativa de se encontrar algumas soluções. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 45, n. 305, p. 141-172, jul. 2020.

<sup>96</sup> GRECO, Leonardo. *Comentários ao Código de processo civil*: volume XVI (arts. 797 a 823): Das diversas espécies de execução. São Paulo: Saraiva jur, 2020. p. 162.

## 5.2 Uma sugestão para o sistema executivo brasileiro

Como visto, o modelo executivo brasileiro impõe ao juiz, com raras exceções, a condução das execuções cíveis, a pretexto de assegurar às partes o respeito às suas garantias.

Na prática, porém, tal centralização excessiva acaba por atrasar consideravelmente a tramitação do processo, uma vez que a todo tempo o feito é entregue ao juiz para, à semelhança de um burocrata, carimbar e validar tudo que acontece a seu redor.

Exatamente para evitar a duração desmedida do processo, é muito comum se verificar, à revelia de previsão legal, a delegação informal de alguns atos executivos a assessores do juízo<sup>97</sup>, em uma espécie de jeitinho brasileiro processual que nem sempre traz bons resultados<sup>98</sup>.

Nesse contexto, duas possibilidades se apresentam, ambas longe do ideal: na primeira, a lei é cumprida rigorosamente, e o juiz tem que se manifestar a todo tempo na execução, mesmo para a realização de atos meramente burocráticos, com evidente atraso ao andamento do processo; na segunda, a pretexto de acelerar as demandas, a lei é burlada e o juiz, informalmente, delega poderes a quem a norma não o autoriza.

Como, então, seria possível resolver esse imbróglio?

A solução parece estar na adoção de medidas que envolvam uma redistribuição de competências entre juiz e auxiliares, a promover uma racionalização

---

<sup>97</sup> FARIA, Márcio Carvalho. As zonas (ainda) cinzentas sobre a penhora on-line e uma tentativa de se encontrar algumas soluções. *Revista de Processo*, p. 141-172.

<sup>98</sup> Veja-se, por exemplo, a anulação, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de “decisão” proferida por um escrivão que havia decretado a suspensão de uma execução fiscal: “(...) PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – DECRETAÇÃO – SUSPENSÃO DO PROCESSO DETERMINADA PELO ESCRIVÃO – DESCABIMENTO – PREVISÃO EXPRESSA DO ARTIGO 40, CAPUT, DA LEI 6.830/80 – ATO PRIVATIVO DO JUIZ – RECURSO PROVIDO – SENTENÇA ANULADA – PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO (...). Suspensa a execução, a pedido da exequente, desnecessária é a sua intimação da decisão que determinou a suspensão ou o arquivamento dos autos, nos termos do art. 40, da Lei de Execução Fiscal. Todavia, o art. 40, caput, da Lei de Execução Fiscal dispõe que é competência do juiz a suspensão do processo executivo. Desta forma, é ineficaz e ilegal a suspensão do processo de execução por determinação do escrivão do Juízo, sem qualquer controle jurisdicional. Não atendidos os requisitos previstos na Lei 6.830/80, descabe a decretação da prescrição intercorrente. Sentença anulada, como prosseguimento da execução. (...)” (grifos nossos) (TJMG, ACi 1.0024.05.626253-8/001, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. (a) Sandra Fonseca, j. 11 jun. 2013..

procedimental de modo a, segundo Paula Costa e Silva<sup>99</sup>, reservar-se ao juiz apenas a prática de atos que envolvam o núcleo duro da função jurisdicional, ou seja, o julgamento de dissídios e a proteção dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, por exemplo, atos como a admissão da pretensão executiva, o deferimento de medidas executivas atípicas e a resolução das questões levantadas pelas partes devem permanecer sob a alçada do juiz, sendo passíveis de delegação aos agentes de execução todos aqueles que se destinem, precipuamente, a fazer a execução caminhar validamente.

Vale dizer: em oposição à atual sistemática processual executiva brasileira, que amiúde autoriza a prática de atos específicos por agentes públicos ou privados (*v.g.*, a alienação por iniciativa particular, prevista no art. 880 do CPC), mantendo todo o restante, residualmente, nas mãos do juiz estatal, sugere-se, de lege ferenda, que o legislador adote premissa oposta, ou seja, que se preocupe em definir, expressamente, aquilo que seria de competência do juiz, permitindo que todo o restante possa ser desjudicializado.

Afinal, não é difícil perceber o quão desarrazoada é a opção de se entregar ao juiz, aquele cujo custo de manutenção é o mais alto de toda a estrutura judiciária, a prática de atos que facilmente poderiam ser realizados por terceiros menos onerosos, mais especializados e, porque não dizer, mais céleres e eficazes<sup>100</sup>.

Bem pensadas as coisas, seja sob o viés da dimensão temporal, seja sob o prisma financeiro, seja, em suma, pela atenção ao princípio da adequação<sup>101</sup>, parece não haver justificativa plausível para se exigir reserva de juiz para a prática de atos não decisórios como os de comunicação processual ou mesmo de condução de expropriações, por exemplo.

---

<sup>99</sup> SILVA, Paula Costa e. A experiência do sistema português em termos de execução. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [org.]. **O processo em perspectiva**: jornadas brasileiras de direito processual: homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 330.

<sup>100</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. A crise do processo de execução. In: ASSIS, Araken de [org.] et al. **O processo de execução**: estudos em homenagem ao professor Alcides de Mendonça Lima. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 191.

<sup>101</sup> JOBIM, Marco Félix; ALFF, Hannah Pereira. Execução extrajudicial: a desjudicialização das medidas de satisfação. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). **Processo de execução e cumprimento de sentença**: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 235-252.

Em outros termos, e de modo ainda mais incisivo: o fato de a execução ser conduzida pelo juízo estatal não significa, necessariamente, que todos os atos por ele atualmente praticados devam ser mantidos em sua competência.

Aliás, mesmo no Brasil – que, como visto no tópico anterior, adota um sistema judicial –, a execução já não é realizada integralmente pelo juiz, uma vez que é bastante comum a realização de atos por oficiais de justiça (como, por exemplo, a avaliação dos bens penhorados, conforme o art. 154, V, c/c o 870 do CPC, e a realização do arresto, na forma do art. 830 do CPC) e, em menor grau, por leiloeiros (cf. o art. 883 do CPC) e outros assessores judiciais (p. ex., o perito, conforme os arts. 156 a 158 do CPC).

A questão central, assim sendo, não se relaciona com a possibilidade de redução da competência do juiz, mas com a sua extensão.

Observem-se, a esse respeito, os sistemas italiano, espanhol e português, que, embora preservem a competência executiva judicial, mostram que é possível a desjudicialização – ou ao menos uma descentralização – de atos executivos, com o objetivo de racionalizar o processo.

Na Itália, embora o juiz da execução esteja no centro do processo executivo<sup>102</sup>, com poderes de direção, auxílio e estímulo às partes interessadas, a condução do processo executivo é levada a cabo, de modo predominante, pelo *ufficiale giudiziario*<sup>103</sup>, uma espécie de auxiliar do juízo<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> Elisabetta Silvestri, em interessante obra coletiva destinada ao estudo da execução no direito comparado (SILVESTRI, Elisabetta. *The devil is in the details: remarks on italian enforcement procedures*. In: RHEE, Cornelis Hendrik van; UZELAC, Alan (ed.). **Enforcement and enforceability: tradition and reform**. Antwerp: Intersentia, 2010, p. 209. Disponível em: [https://www.academia.edu/33857022/Enforcement\\_and\\_Enforceability\\_Tradition\\_and\\_Reform](https://www.academia.edu/33857022/Enforcement_and_Enforceability_Tradition_and_Reform). Acesso em: 9 nov. 2022.), assevera que a execução italiana se desenvolve sob controle do Poder Judiciário, muito embora sua condução se dê, direta e predominantemente, pelo *ufficiale giudiziario*, uma espécie de auxiliar do juízo. Em sentido contrário, considerando a execução italiana como sendo “desjudicializada”: RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 96.

<sup>103</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile: procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi**. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011. v.2.

<sup>104</sup> MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio. **Diritto processuale civile: esecuzione forzata, procedimenti sommari, cautelari e camerali**. 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016. v. 4.

Entre outras competências, é do *ufficiale giudiziario*, por exemplo, o controle preliminar dos pressupostos processuais da execução<sup>105</sup>, o qual pode ser revisto posteriormente pelo juízo da execução, se provocado.

Além disso, cabe-lhe não apenas a condução dos atos executórios (*v.g.*, penhora, conforme o art. 492, comma 1, CPC italiano<sup>106</sup>) como o poder decisório sobre os atos que pratica, poder esse que, segundo Giuseppe Campeis e Giovanni de Cal<sup>107</sup>, é ainda mais amplo na execução para entrega de coisa móvel ou liberação de bem imóvel, se comparada com a execução por expropriação, uma vez que naquela a intervenção do juiz somente ocorre na hipótese do art. 610 do CPC italiano, que trata de um provimento temporário para superar dificuldades que não admitam dilação.

De modo semelhante é a condução da execução na Espanha, que a mantém sob responsabilidade do juiz, não obstante recente reforma legislativa ter incrementado consideravelmente os poderes do Letrado (antigo “secretario judicial”), profissional que faz parte da Administração Pública, constitui um “corpo superior jurídico de caráter nacional”, dependente do Ministério da Justiça<sup>108</sup>, e que exerce suas funções com caráter de autoridade, ostentando a direção da Oficina judicial (art. 440, Ley n. 1/2000, de Enjuiciamiento Civil<sup>109</sup>).

Diferentemente do sistema italiano, o espanhol mantém a admissão da execução sob o crivo do Tribunal, conforme texto do art. 551, LEC, que prevê ainda que, logo após a admissão, a demanda seja encaminhada ao Letrado para a adoção dos meios executivos.

<sup>105</sup> CAMPEIS, Giuseppe; DE CAL, Giovanni. **Il giusto processo nelle esecuzioni civili**: profili operativi, formali e sostanziali. Piacenza: La Tribuna, 2018, p. 57.

<sup>106</sup> ITALIA. Regio decreto del 28 ottobre 1940. **Gazzeta Ufficiale**, n. 253, 28 ott. 1940. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/proceduraCivile>. Acesso em: 8 nov. 2022.

<sup>107</sup> CAMPEIS, Giuseppe; DE CAL, Giovanni. **Il giusto processo nelle esecuzioni civili**: profili operativi, formali e sostanziali. p. 57.

<sup>108</sup> Art. 440. “Los Letrados de la Administración de Justicia son funcionarios públicos que constituyen un Cuerpo Superior Jurídico, único, de carácter nacional, al servicio de la Administración de Justicia, dependiente del Ministerio de Justicia, y que ejercen sus funciones con el carácter de autoridad, ostentando la dirección de la Oficina judicial”. (ESPAÑA. Ley Orgánica nº 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, n. 157, 2 de jul. 1985. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>. Acesso em 8 nov. 2022.).

<sup>109</sup> ESPAÑA. Ley nº 1/2000, de 7 de enero. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, n. 7, 8 enero 2000. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2022.

Em Portugal, notadamente após as reformas de 2003, 2008 e 2013, a admissão da execução restou assegurada pelo juiz, mas a promoção das diligências e a realização dos atos eminentemente executivos, de acordo com os arts. 719-1 e 720-6 do CPC português, são de competência do agente de execução, o qual pode ser definido, conforme palavras de José Lebre de Freitas<sup>110</sup>, como “(...) um misto de profissional liberal e agente público, cujo estatuto de auxiliar da justiça implica a detenção de poderes de autoridade no processo executivo”, a serem exercidos em nome do juízo estatal, a quem cabe, também, a apreciação de eventuais queixas dos atos ou omissões praticadas pelo agente de execução (art. 723º, n.1-c, CPC português<sup>111</sup>).

Como se vê, apesar das diferenças, nesses países a execução permanece sob a batuta do Poder Judiciário, embora se amplie, consideravelmente, os poderes e as responsabilidades dos auxiliares do juízo.

Nesse particular, parece de todo recomendável que tais experiências estrangeiras sejam seriamente consideradas pelo legislador, pois não significariam uma mudança crucial no modelo executivo brasileiro atual e, ainda assim, podem apresentar significativos resultados<sup>112</sup>.

Ademais, deve-se considerar que passos demasiados largos – como alguns que já vêm sendo debatidos, como a obrigatoriedade de se levar a execução a um tabelionato de protestos<sup>113</sup> ou mesmo a imposição de se promover o protesto do

---

<sup>110</sup> FREITAS, José Lebre de. *A ação executiva à luz do Código de Processo Civil*. 7. ed. Coimbra: Gestlegal, 2017, p. 33-38.

<sup>111</sup> PORTUGAL. Lei nº 41/2013 de 26 de junho. *Diário da República*, Lisboa, nº 121/2013, série I, 26 jun. 2013. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2013-34580575>. Acesso em: 8 nov. 2022.

<sup>112</sup> Exatamente com esse propósito, recentemente foi publicado um anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil de 2015 que, entre outras premissas, trabalha com a noção de que a execução deva permanecer, ao menos inicialmente, judicializada, sendo desjudicializados os atos executivos a serem realizados apenas após a admissão da petição ou do requerimento inicial do credor (NEVES, Fernando Queiroz Crespo et al. Proposta de alteração do Código de processo civil para inserção da previsão da execução extrajudicial. In: BELLIZE, Marco Aurélio et al. (coord.). *Execução civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. Indaiatuba: Foco, 2022. p. 801-824).

<sup>113</sup> FARIA, Márcio Carvalho. Dez razões pelas quais o tabelião de protestos não pode ser o único agente de execução. In: BELLIZE, Marco Aurélio et al. (coord.). *Execução civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. Indaiatuba: Foco, 2022. p. 675-696.

título executivo<sup>114</sup>, ambos constantes do Projeto de Lei n. 6.204/19<sup>115</sup>, atualmente em trâmite no Senado Federal – podem fazer com que o prestígio às execuções extrajudiciais recentemente ratificadas pelo Supremo Tribunal Federal caia por terra.

Não se ignora o relevante debate sobre a extensão da reforma que pretende desjudicializar a execução<sup>116</sup>; nada obstante, certo é que não há dúvidas acerca da sua necessidade, a fim de que a tutela executiva seja, verdadeiramente, atividade realizadora de direitos.

Afinal, como bem salienta Leonardo Greco, somente um sistema anacrônico pode conceber a existência de uma instituição em que os poderes decisórios, práticos e executivos coexistem nas mãos de uma única pessoa, exatamente aquela que deveria ser a sua cabeça pensante<sup>117</sup>, sendo imperioso, portanto, o reforço do movimento de descentralização (ou desjudicialização) executiva.

## 6. Conclusão

Como se viu, não é possível se alcinhar de justo, equo ou devido um processo que não contemple a tutela executiva. Isso, todavia, não implica que a execução deva necessariamente ser conduzida por um juiz, sendo variados os sistemas processuais em que os atos são praticados por agentes de execução.

Além disso, foi possível verificar que o movimento desjudicializador também abarca as execuções, as quais se inserem, indubitavelmente, no conhecido sistema multiportas, sendo imperioso, aliás, reconhecer a importância do Supremo

---

<sup>114</sup> FARIA, Márcio Carvalho. Dez razões para que o protesto do título executivo não seja um requisito de admissibilidade da execução extrajudicial ou desjudicializada. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord). **Processo de execução e cumprimento da sentença**: temas atuais e controvertidos. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. v.3, p. 73-87.

<sup>115</sup> BRASIL. Senado. **Projeto de Lei nº 6.204, de 27 de novembro de 2019**. Brasília: Senado, [2022]. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8049470&ts=1662007066948&disposition=inline>. Acesso em: 8 nov. 2022.

<sup>116</sup> FARIA, Márcio Carvalho. Primeiras impressões sobre o Projeto de Lei n.º 6204/19: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 46, n. 313, p. 393-414, mar. 2021; v. 46, n. 314, p. 371-391, abr. 2021; v. 46, n. 315, p. 395-417, maio 2021; v. 46, n. 316, p. 389-414, jun. 2021; v. 46, n. 317, p. 437-471, jul. 2021. Artigo publicado em cinco partes.

<sup>117</sup> GRECO, Leonardo. **Comentários ao Código de processo civil**: volume XVI (arts. 797 a 823): Das diversas espécies de execução. p. 14.

Tribunal Federal nessa temática, especialmente por conta do recente julgamento do RE n. 627.106/PR.

Exatamente por força disso, imprescindível se afigura o reconhecimento da constitucionalidade da execução extrajudicial regulada pela Lei n. 9.514/97, atualmente em pauta no Supremo Tribunal Federal por força do RE n. 860.631/SP.

Tais julgamentos, sem embargo de sua vital relevância, não são suficientes para otimizar os combatidos resultados advindos da tutela jurisdicional executiva. Por essa razão, tentou-se demonstrar a necessidade da implementação de reformas processuais que, em alguma medida, promovam uma racionalização procedimental, especialmente a partir da retirada de competências das mãos do juiz estatal, em uma espécie de desjudicialização executiva.

Nesse particular, inversamente ao que vem sendo tentado há décadas, em que aqui e acolá se atribui a terceiros a competência para a prática de determinados atos, propõe-se, de lege ferenda, que a norma processual se preocupe em definir apenas e tão somente o núcleo duro da jurisdição executiva, deixando os demais atos burocráticos aptos a serem desjudicializados.

Por conseguinte, atos processuais que envolvam a proteção de direitos fundamentais, como a admissão da execução e abertura da instância executiva, a apreciação de medidas executivas atípicas e o julgamento de reclamos das partes (em especial, do executado), devem ser mantidos sob o crivo do Poder Judiciário, até mesmo para evitar que eventuais mudanças bruscas sejam vistas como ofensivas ao devido processo legal, posteriormente, pelo Supremo Tribunal Federal.

## Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório justiça em números. **CNJ**, Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 8 nov. 2022.

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016. 383 p.

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 259, p. 471-489, set. 2016. Disponível em: [https://www.academia.edu/30837605/NEGOCIA%C3%87%C3%83O\\_DIRETA\\_OU\\_RESOLU%C3%87%C3%83O\\_COLABORATIVA\\_DE\\_DISPUTAS\\_COLLABORATIVE\\_LAW\\_MEDIA%C3%87%C3%83O\\_SEM\\_MEDIADOR\\_](https://www.academia.edu/30837605/NEGOCIA%C3%87%C3%83O_DIRETA_OU_RESOLU%C3%87%C3%83O_COLABORATIVA_DE_DISPUTAS_COLLABORATIVE_LAW_MEDIA%C3%87%C3%83O_SEM_MEDIADOR_). Acesso em: 7 nov. 2022.

CADIET, Loïc. L'évolution de l'exécution civile et pénale: point de vue de théorie générale du procès. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 261, p. 159-166, nov. 2016.

CADIET, Loïc. **Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa**: seis lições brasileiras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 204 p.

CAMPEIS, Giuseppe; DE CAL, Giovanni. **Il giusto processo nelle esecuzioni civili: profili operativi, formali e sostanziali**. Piacenza: La Tribuna, 2018. 432 p.

CERRATO GURI, Elisabet. El derecho a acceder a los tribunales en el proceso civil: concepto, contenido y límites. In: PICÓ I JUNOY, Joan (dir.). **Principios y garantías procesales: liber amicorum en homenaje a la Profesora M<sup>a</sup>. Victoria Berzosa Francos**. Barcelona: J. M. Bosch, 2013. p. 107-120.

CHASE, Oscar. **Law, culture and ritual**: disputing systems in cross-cultural context. New York: New York University Press, 2005. 207 p.

CILURZO, Luiz Fernando. **A desjudicialização na execução por quantia**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito, Programa de Pós-graduação em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29082016-122503/publico/LuizFernandoCilurzoADesjudicializacaoNaExecucaoIntegral.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2022.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**: procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011. v.2.

COUNCIL OF EUROPE. European Commission for the Efficiency of Justice. **Good practice guide on enforcement of judicial decisions**: as adopted at the 26th CEPEJ Plenary Session: 10-11 December 2015. Strasbourg, Dec. 2015. Disponível em: <https://rm.coe.int/european-commission-for-the-efficiency-of-justice-cepej-good-practice-/16807477bf>. Acesso em: 20 fev. 2022.

DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. O negócio jurídico processual: um novo capítulo no direito das garantias: o exemplo da propriedade fiduciária. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 129-186, jul. 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, n. 275, p. 193-228, jan. 2018.

FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional**: em busca de um modelo de juiz leal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 463 p.

FARIA, Márcio Carvalho. Dez razões para que o protesto do título executivo não seja um requisito de admissibilidade da execução extrajudicial ou desjudicializada. *In*: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord). **Processo de execução e cumprimento da sentença**: temas atuais e controvertidos. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. v.3, p. 73-87.

FARIA, Márcio Carvalho. Dez razões pelas quais o tabelião de protestos não pode ser o único agente de execução. *In*: BELLIZE, Marco Aurélio *et al.* (coord.). **Execução civil**: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. Indaiatuba: Foco, 2022. p. 675-696.

FARIA, Márcio Carvalho. Primeiras impressões sobre o Projeto de Lei n.º 6204/19: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 46, n. 313, p. 393-414, mar. 2021; v. 46, n. 314, p. 371-391, abr. 2021; v. 46, n. 315, p. 395-417, maio 2021; v. 46, n. 316, p. 389-414, jun. 2021; v. 46, n. 317, p. 437-471, jul. 2021. Artigo publicado em cinco partes.

FARIA, Márcio Carvalho. As zonas (ainda) cinzentas sobre a penhora on-line e uma tentativa de se encontrar algumas soluções. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 45, n. 305, p. 141-172, jul. 2020.

FREITAS, José Lebre de. **A ação executiva à luz do Código de Processo Civil**. 7. ed. Coimbra: Gestlegal, 2017. 500 p.

FREITAS, José Lebre de. Os paradigmas da execução executiva na Europa. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 201, p. 129-145, nov. 2011.

FUX, Luiz. Efetividade jurisdicional e execução no Código de processo civil. *In*: BELLIZE, Marco Aurélio *et al.* (coord.). **Execução civil**: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. Indaiatuba: Foco, 2022, p. 3-16.

GONÇALVES, Marco Carvalho. **Lições de processo civil executivo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2020.

GRADI, Marco. **Inefficienza della giustizia e “fuga dal processo”**: commento del Decreto Legge n. 132/2014 convertito in Legge n. 162/2014. Messina: Edizione Leone, 2014. 112 p. Disponível em: [https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwit0fyZv5\\_7AhVwrJUCHeB7A-sQFnoECACQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.judicium.it%2Fwp-content%2Fuploads%2Faggi%2F608%2FGradi.pdf&usg=AOvVaw1QoXU3lvLagLYKvhC45Dn1](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwit0fyZv5_7AhVwrJUCHeB7A-sQFnoECACQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.judicium.it%2Fwp-content%2Fuploads%2Faggi%2F608%2FGradi.pdf&usg=AOvVaw1QoXU3lvLagLYKvhC45Dn1). Acesso em: 8 nov. 2022.

GRECO, Leonardo. **Comentários ao Código de processo civil**: volume XVI (arts. 797 a 823): Das diversas espécies de execução. São Paulo: Saraiva jur, 2020. 423 p.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: introdução ao direito processual civil.. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v.1.

HESS, Burkhard. Different enforcement structures. *In*: STÜRNER, Rolf; KAWANO, Masanori (ed.). **Comparative studies on enforcement and provisional measures**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, p. 49-67.

HESS, Burkhard. Different enforcement structures. *In*: RHEE, Cornelis Hendrik van; UZELAC, Alan (ed.). **Enforcement and enforceability**: tradition and reform. Antwerp: Intersentia, 2010, p. 41-62. Disponível em: [https://www.academia.edu/33857022/Enforcement\\_and\\_Enforceability\\_Tradition\\_and\\_Reform](https://www.academia.edu/33857022/Enforcement_and_Enforceability_Tradition_and_Reform). Acesso em: 8 nov. 2022.

JOBIM, Marco Félix; ALFF, Hannah Pereira. Execução extrajudicial: a desjudicialização das medidas de satisfação. *In*: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). **Processo de execução e cumprimento de sentença**: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 235-252.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5º, XXXV, da CF. *In*: ALVIM, Arruda *et al.* (coord.). **Execução civil e temas afins**: do CPC /1973 ao Novo CPC: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 880-905.

MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio. **Diritto processuale civile**: esecuzione forzata, procedimenti sommari, cautelari e camerali. 25. ed. Torino: G. Giappichelli, 2016. v. 4.

MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. 477 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Código de processo civil comentado**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. 1440 p.

NEVES, Fernando Queiroz Crespo *et al.* Proposta de alteração do Código de processo civil para inserção da previsão da execução extrajudicial. *In*: BELLIZE, Marco Aurélio *et al.* (coord.). **Execução civil**: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. Indaiatuba: Foco, 2022, p. 801-824.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018. 351 p.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. A crise do processo de execução. *In*: ASSIS, Araken de [org.] *et al.* **O processo de execução**: estudos em homenagem ao professor Alcides de Mendonça Lima. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 185-204.

PÉREZ RAGONE, Álvaro Javier. Derecho a la tutela ejecutiva del crédito: entre mitos, temores y realidad. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 213, p. 281-310, nov. 2012.

PÉREZ RAGONE, Álvaro Javier. **Ejecución civil**: cómo lograr el cumplimiento del deudor. Buenos Aires: Astrea, 2019. 520 p.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. Tutela efectiva es ejecución. *In*: PICÓ I JUNOY, Joan (dir.). **Principios y garantías procesales**: liber amicorum en homenaje a la Profesora M<sup>a</sup>. Victoria Berzosa Francos. Barcelona: J. M. Bosch, 2013. p. 327-342.

RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. 235 p.

SANDER, Frank. Varieties of dispute processing. *In*: LEVIN, Leo; WHEELER, Russel (ed.). **The Pound Conference**: perspectives on justice in the future. St. Paul: West Publishing, 1979. p. 86.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Cognição do juiz na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 319 p.

SILVA, Paula Costa e. A constitucionalidade da execução hipotecária do Decreto-Lei 70, de 21 de novembro de 1966. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, n. 284, p. 185-209, out. 2018.

SILVA, Paula Costa e. A experiência do sistema português em termos de execução. *In*: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [org.]. **O processo em perspectiva**: jornadas brasileiras de direito processual: homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 321-332.

SILVA, Paula Costa e. **A nova face da justiça**: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias: relatório sobre conteúdo, programa e método de ensino. Lisboa: Coimbra Editora, 2009. 191 p.

SILVESTRI, Elisabetta. The devil is in the details: remarks on italian enforcement procedures. *In*: RHEE, Cornelis Hendrik van; UZELAC, Alan (ed.). **Enforcement and enforceability**: tradition and reform. Antwerp: Intersentia, 2010, p. 207-215. Disponível em: [https://www.academia.edu/33857022/Enforcement\\_and\\_Enforceability\\_Tradition\\_and\\_Reform](https://www.academia.edu/33857022/Enforcement_and_Enforceability_Tradition_and_Reform). Acesso em: 9 nov. 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: execução forçada: cumprimento de sentença, execução de títulos extrajudiciais: processos nos tribunais: recursos: direito intertemporal. 53. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3.

UITDEHAAG, Jos. Enforcement in the Western Balkans and its compatibility with the human rights standards of the Council of Europe. *In*: RHEE, Cornelis Hendrik van; UZELAC, Alan (ed.). **Enforcement and enforceability**: tradition and reform. Antwerp: Intersentia, 2010. p. 63-82. Disponível em: [https://www.academia.edu/33857022/Enforcement\\_and\\_Enforceability\\_Tradition\\_and\\_Reform](https://www.academia.edu/33857022/Enforcement_and_Enforceability_Tradition_and_Reform). Acesso em: 9 nov. 2022.

UZELAC, Alan. Privatization of enforcement services: a step forward for countries in transition? *In*: RHEE, Cornelis Hendrik van; UZELAC, Alan (ed.). **Enforcement and enforceability**: tradition and reform. Antwerp: Intersentia, 2010. p. 83-102. Disponível em: [https://www.academia.edu/33857022/Enforcement\\_and\\_Enforceability\\_Tradition\\_and\\_Reform](https://www.academia.edu/33857022/Enforcement_and_Enforceability_Tradition_and_Reform). Acesso em: 9 nov. 2022.

## Jurisprudência citada

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial 1.623.475/PR**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 17 de abril de 2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201602309012&dt\\_publicacao=20/04/2018](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602309012&dt_publicacao=20/04/2018). Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial 1.810.444/SP**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 23 de fevereiro de 2021. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201803376440&dt\\_publicacao=28/04/2021](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201803376440&dt_publicacao=28/04/2021). Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2922/RJ**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 3 de abril de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7014245>. Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo de Instrumento 771.770/PR**. Relator: Min. Dias Toffoli, 12 de abril de 2010. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=2778806&ext=RTF>. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5206/ Reino da Espanha**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 08 de maio de 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Recurso Extraordinário 223.075/DF**. Relator: Min. Ilmar Galvão, 23 de junho de 1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=250300>. Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 627.106/PR**. Relator: Min. Dias Toffoli, 8 de abril de 2021. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756135673>. Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Recurso Extraordinário 860.631/SP**. Relator: Min. Luiz Fux, 23 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345726395&ext=.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Sentença Estrangeira 5206/ESP**. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 dez. 2001. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1624362>. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 982**. Discussão relativa à constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial nos contratos de mútuo com alienação fiduciária de imóvel, pelo Sistema Financeiro Imobiliário - SFI, conforme previsto na Lei n. 9.514/1997. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=982>. Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Sexta Câmara Cível). **Apelação Cível 1.0024.05.626253-8/001**. Relatora: Des. (a) Sandra Fonseca, 11 de junho de 2013. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.05.626253-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 8 nov. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador**: sentencia de 5 de julio de 2011: excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Disponível em: [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_228\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_228_esp.pdf). Acesso em: 8 nov. 2022.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Hornsby v. Greece**: Application n° 18357/91, judgment. Strasbourg, 19 March 1997. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-58020&filename=001-58020.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2022.

## Legislação citada

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017**. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, [2017]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado00430220210303603edb96ccae9.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 65, de 14 de dezembro de 2017**. Estabelece diretrizes para o procedimento da usucapião extrajudicial nos serviços notariais e de registros de imóveis. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, [2017]. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento\\_65\\_14122017\\_19032018152531.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_65_14122017_19032018152531.pdf). Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 67, de 26 de março de 2018**. Dispõe sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, [2018]. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento\\_67\\_26032018\\_03042018081709.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_67_26032018_03042018081709.pdf). Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 73, de 28 de junho de 2018**. Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa *transgênero* no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN). Brasília: Conselho Nacional de Justiça, [2018]. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento\\_73\\_28062018\\_02072018160046.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_73_28062018_02072018160046.pdf). Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 9.310, de 15 de março de 2018**. Institui as normas gerais e os procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana e estabelece os procedimentos para a avaliação e a alienação dos imóveis da União. Brasília: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/d9310.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9310.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966**. Autoriza o funcionamento de associações de poupança e empréstimo, institui a célula hipotecária e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1966]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0070-66.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0070-66.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República [2013]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm). Acesso em: 8 nov. 2022

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015consolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015consolidado.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre as Sociedades por Ações, os registros públicos, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.** Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2014]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Brasília: Presidência da República, [2015]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997.** Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9492.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.** Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.** Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9514.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004.** Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, [...], e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.931.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.931.htm) . Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007.** Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Brasília: Presidência da República, [2007]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; [...]; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2015]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/L12529.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012.** Dispõe sobre a extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço e sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica; [...]; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2013]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/L12767.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12767.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.160, de 25 de agosto de 2015.** Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), para dispor sobre retenção, remoção e leilão de veículo, e revoga a Lei nº 6.575, de 30 de setembro de 1978. Brasília: Presidência da República, [2015]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/L13160.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13160.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.281, de 4 de maio de 2016.** Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), e a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Brasília: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13281.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13281.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017.** Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; [...]. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13465.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13465.htm) . Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.484, de 26 de setembro de 2017.** Altera a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos. Brasília: Presidência da República, [2017]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13484.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13484.htm). Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. Senado. **Projeto de Lei nº 6.204, de 27 de novembro de 2019.** Dispõe sobre a desjudicialização da execução civil de título executivo judicial e extrajudicial; altera as Leis nºs 9.430, de 27 de dezembro de 1996; 9.492, de 10 de setembro de 1997; 10.169, de 29 de dezembro de 2000; e 13.105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil. Brasília: Senado, [2022]. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8049470&ts=1662007066948&disposition=inline>. Acesso em: 8 nov. 2022.

CONSEIL DE L'EUROPE. Committee of Ministers. **Recommendation (Rec) 17 of the Committee of Ministers to member states on enforcement.** Adopted by the Committee of Ministers on 9 September 2003 at the 851st meeting of the Ministers' Deputies. Disponível em: [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805df135](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805df135). Acesso em: 19 jan. 2022.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) nº 44/2001 do Conselho de 22 de dezembro de 2000. **Jornal Oficial**, Lisboa, n. L012, de 16 jan. 2001. Disponível em: [https://eur-https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=1433A0001&nid=1433&tabela=leivelhas&pagina=1&ficha=1&nversao=1](https://eur-https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1433A0001&nid=1433&tabela=leivelhas&pagina=1&ficha=1&nversao=1). Acesso em: 20 jan. 2022.

ESPAÑHA. Ley Orgánica nº 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, n. 157, 2 de jul. 1985. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>. Acesso em 8 nov. 2022.

ESPAÑHA. Ley nº 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, n. 7, 8 enero 2000. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2022.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Convenção europeia dos direitos do homem**: com as modificações introduzidas pelos Protocolos nos 11, 14 e 15 acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos nos 4, 6, 7, 12, 13 e 16. Strasbourg: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, [2021]. 64 p. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_por.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf). Acesso em: 25 fev. 2022.

ITALIA. Regio decreto del 28 ottobre 1940. Codice di procedura civile. **Gazzeta Ufficiale**, Roma, n. 253, 28 ott. 1940. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/proceduraCivile>. Acesso em: 8 nov. 2022.

PORTUGAL. Lei nº 41/2013 de 26 de junho. Aprova o Código de Processo Civil. **Diário da República**, Lisboa, nº 121/2013, série I, 26 jun. 2013. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2013-34580575>. Acesso em: 8 nov. 2022.



# Campo jurídico, direito à moradia digna e ADPF 828<sup>1</sup>

*Legal field, the right to adequate housing and the request for non-compliance of basic principles (ADPF) 828*

*Campo jurídico, el derecho a una vivienda digna y la ADPF 828*

**Mariana Trotta Dallalana Quintans<sup>2</sup>**

Universidade Federal do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5967-6350>

E-mail: [marianatrottafnd@gmail.com](mailto:marianatrottafnd@gmail.com)

**Ana Claudia Diogo Tavares<sup>3</sup>**

Universidade Federal do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6272-6187>

E-mail: [anaclaudiatavares@yahoo.com](mailto:anaclaudiatavares@yahoo.com)

**Fernanda Maria da Costa Vieira<sup>4</sup>**

Universidade Federal do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3606-3877>

E-mail: [fernepdh@gmail.com](mailto:fernepdh@gmail.com)

## Resumo

O presente artigo busca analisar o papel desempenhado pelo sistema de justiça na garantia ou não do direito à moradia. O objetivo do presente artigo é analisar

---

<sup>1</sup> QUINTANS, Mariana Trotta Dallalana; TAVARES, Ana Claudia Diogo; VIEIRA, Fernanda Maria da Costa. Campo jurídico, direito à moradia digna e ADPF 828. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 3, n. 1, p. 283-322, jan./jun. 2023. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a141>.

<sup>2</sup> Professora da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas em Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Bolsista Jovem Cientista do Nosso Estado da FAPERJ. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4242484568301137>

<sup>3</sup> Professora do Núcleo de Estudos de Políticas Públicas em Direitos Humanos e do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas em Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5828295523291124>

<sup>4</sup> Professora do Núcleo de Estudos de Políticas Públicas em Direitos Humanos e do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas em Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5884846582193230>

o campo jurídico e os conflitos coletivos pela posse urbana ou rural. Para tanto, foram realizadas revisão bibliográfica, entrevistas com lideranças de movimentos sociais que compõem a Campanha Despejo Zero e análise da ADPF 828. A manutenção de uma tradição interpretativa do campo jurídico na defesa da propriedade privada silencia a função social, norma constitucional que modificou o axioma da propriedade. A pandemia da Covid-19 ampliou os obstáculos à moradia, especialmente diante dos reflexos socioeconômicos. Nesse cenário, a articulação feita pela Campanha Despejo Zero na ADPF 828 foi fundamental para reduzir os despejos na pandemia e contribuir para a construção de um horizonte mais democrático para o judiciário.

### Palavras-chave

Campo jurídico; Acesso à justiça; Direito à moradia adequada; Sistema de justiça; ADPF 828.

### Sumário

1. Introdução. 2. A luta pela moradia adequada e a Campanha Despejo Zero. 3. O papel do campo jurídico na perspectiva dos movimentos sociais. 4. Justiça para quem precisa de Justiça! 5. ADPF 828 e a mobilização jurídico-política contra os despejos na pandemia da Covid-19. 6. Conclusão.

### Abstract

This article seeks to analyze the role played by the justice system in guaranteeing or not the right to housing. The purpose of this article is to analyze the legal field and collective conflicts over urban or rural ownership. For that, a bibliographic review was carried out, interviews with leaders of social movements that make up the Zero Eviction Campaign and analysis of ADPF 828. The maintenance of an interpretive tradition of the legal field in the defense of private property ends up silencing the social function, a constitutional norm that modified the property axiom. The Covid-19 pandemic has increased obstacles to housing, especially in view of socioeconomic consequences. In this scenario, the articulation made by the Zero Eviction Campaign in ADPF 828 was fundamental to reduce evictions in the pandemic and contribute to the construction of a more democratic horizon for the judiciary.

### Keywords

Legal field; Access to justice; Right to adequate housing; Legal system; Request for non-compliance of basic principles (ADPF) 828.

## Contents

1. Introduction. 2. The struggle for adequate housing and the Zero Eviction Campaign. 3. The role of the legal field in the perspective of social movements. 4. Justice for those who need Justice! 5. ADPF 828 and the legal-political mobilization against evictions in the Covid-19 pandemic. 6. Final considerations.

## Resumen

Este artículo busca analizar el papel que juega el sistema de justicia en la garantía o no del derecho a la vivienda. El presente artículo tiene por objeto analizar el campo jurídico y los conflictos colectivos por la propiedad urbana o rural. Para ello se realizó una revisión bibliográfica, entrevistas a líderes de movimientos sociales que integran la Campaña Cero Desalojos y análisis de la ADPF 828. El mantenimiento de una tradición interpretativa del campo jurídico en defensa de la propiedad privada silencia la función social, una norma constitucional que modificó el axioma de la propiedad. La pandemia de Covid-19 ha incrementado las trabas a la vivienda, especialmente ante las consecuencias socioeconómicas. En este escenario, la articulación que hizo la Campaña Cero Desalojos en la ADPF 828 fue fundamental para reducir los desalojos en la pandemia y contribuir a la construcción de un horizonte más democrático para el Poder Judicial.

## Palabras clave

Campo jurídico; Acceso a la justicia; Derecho a una vivienda adecuada; Sistema de justicia; ADPF 828.

## Índice

1. Introdução. 2. La lucha por la vivienda adecuada y la Campaña Cero Desalojos. 3. El papel del campo jurídico desde la perspectiva de los movimientos sociales. 4. ¡Justicia para los que necesitan Justicia! 5. ADPF 828 y la movilización jurídico-política contra los desalojos en la pandemia del Covid-19. 6. Consideraciones finales.

## 1. Introdução<sup>5</sup>

... as oito e meia da noite eu já estava na favela respirando o odor dos excrementos que mescla com o barro podre. Quando estou na cidade tenho a impressão que estou na sala de visita com seus lustres de cristais, seus tapetes de viludos, almofadas de sitim. E quando estou

<sup>5</sup>A pesquisa para a realização do presente artigo conta com o apoio financeiro da FAPERJ.

na favela tenho a impressão que sou um objeto fora de uso, digno de estar num quarto de despejo

Quarto de despejo – Carolina de Jesus

A sistemática violação ao direito à moradia adequada não é um fenômeno novo. Possui uma longa trajetória histórica e desvela no presente a persistência de uma cidadania fissurada, que acaba por colocar em questão as noções de democracia e a concepção moderna de acesso à justiça como garantia ao direito.

Rebecca Lemos Igreja e Talita Dias Rampin alertam para uma percepção limitada de acesso à justiça que ainda circunscreve ao acesso ao judiciário. As autoras explicam a diferença entre reconhecer direitos e promover justiça. O reconhecimento de direitos “se refere a um movimento de institucionalização”, enquanto a promoção de justiça se aproxima dos sujeitos, garantindo a eles acesso a espaços que viabilizem condições necessárias para a interação entre os atores com o reconhecimento da “pluralidade de vozes, das diferentes concepções de direitos, da dignidade e da igualdade dos cidadãos. Se pensarmos na justiça como um espaço, somos capazes de ampliar experiências reais de acesso extraído por esses estudos com foco em diferentes práticas e pesquisas empíricas”<sup>6</sup>. As pesquisadoras acreditam que

pensar no acesso efetivo à justiça vai além do movimento de entrada nas instituições; é constituir um espaço jurídico não só mais inclusivo, mas mais aberto à autotransformação: um espaço que seja visto como maduro para o diálogo, um espaço de negociação, consciente das diversas posições e preocupações dos diferentes agentes sociais. Esse espaço jurídico deve ser constantemente renovado e estar atento às mudanças nos contextos sociais e políticos, às novas demandas de direitos e aos novos agentes que são introduzidos no campo. As demandas são múltiplas, assim como os entendimentos do que esperam da justiça<sup>7</sup>.

Como pensar o acesso à Justiça quando se fala de grupos sociais altamente vulnerabilizados? Existe acesso à Justiça para famílias sem teto e sem terra nos

<sup>6</sup> IGREJA, Rebecca Lemos; RAMPIN, Talita Tatiana Dias. Acesso à justiça: um debate inacabado. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 1, n. 2, p. 210, jul.-dez. 2021. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/68/38>. Acesso em: 18 abr. 2023.

<sup>7</sup> IGREJA, Rebecca Lemos; RAMPIN, Talita Tatiana Dias. Acesso à justiça: um debate inacabado, p. 212.

conflitos fundiários? Seria o sistema de justiça o *garante* dos direitos fundamentais quando no debate se insere a propriedade?

A tradição moderna ocidental nos legou uma dimensão abstrata de direito, que se configura na construção do sujeito de direito tido como universal<sup>8</sup>, mas que expressa a experiência europeia e que suprime outros valores “porque incapaz de absorver outros perfis, (re)produzir hierarquizações entre seres humanos, saberes e cosmovisões que terão que ser sufocadas e invisibilizadas para que não ponham em risco o desenvolvimento do projeto de dominação colonial que a sustenta”<sup>9</sup>.

Pires busca compreender o direito sem perder de vista a experiência histórica brasileira marcada pela escravidão e os impactos do racismo estrutural nos obstáculos do acesso aos direitos, em especial por compreender que o paradigma ocidental, ao estabelecer o padrão do que seja o humano, bem como o sujeito de direito, acaba por perceber no outro um “desvio”:

Tratadas como desvios e não como demandas por respeito, as possibilidades de fissurar o padrão de sujeito moderno passam a representar a subversão da ordem, da harmonia social e dos valores que sustentam o projeto de poder colonial. E é isso mesmo. Afirmar a humanidade do não europeu, das mulheres, de povos negros e indígenas, dos não cristãos, dos que desafiam formas heteronormativas de viver e se relacionar e das pessoas com deficiência, é subverter a naturalização das estruturas de poder e dominação que foram violentamente construídas pelo exercício de poder colonial escravista que se impôs nas Américas.<sup>10</sup>

Tal perspectiva auxilia a compreender que o acesso à justiça para uma grande parcela da população considerada vulnerável tanto economicamente, quanto social e culturalmente, não se dá por uma atuação ativa no plano processual, esses grupos sociais são introduzidos no sistema de justiça como pólos passivos, réus das ações de reintegração e despejos.

<sup>8</sup>KASHIURA JUNIOR, Celso Naoto. **Sujeito do direito e capitalismo**. São Paulo: Outras expressões, 2014.

<sup>9</sup>PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Direitos humanos traduzidos em português. In: CONGRESSO MUNDOS DE MULHERES, 13.; SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GÊNERO, 11., 2017, Florianópolis. **Anais eletrônico**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2017. p. 3. Disponível em: [http://www.en.www2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499473935\\_ARQUIVO\\_Texto\\_completo\\_MM\\_FG\\_ThulaPires.pdf](http://www.en.www2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499473935_ARQUIVO_Texto_completo_MM_FG_ThulaPires.pdf). Acesso em: 15 fev. 2023.

<sup>10</sup>PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Direitos humanos traduzidos em português. p. 4.

## Como nos lembra Élide Lauris:

Se o espaço de violência, apropriação e dano sistemático vividos pelas populações descartáveis do sistema é separado da reprodução da justiça como igualdade, o acesso ao direito das/os pobres e grupos vulneráveis não se dá no interior de um estado de direito democrático. As mulheres e homens marginalizadas/os pelo sistema jurídico, quando o acedem, fazem-no a partir dos estados de exceção a que estão relegados. A reprodução de estados de exceção, por sua vez, resulta do próprio exercício da soberania do Estado enquanto técnica de sujeição política.<sup>11</sup>

O objetivo do presente artigo está em analisar os impedimentos ao acesso à justiça no conflito por moradia, que se amplia no período da pandemia, no qual as campanhas do “fique em casa” acabaram flexibilizadas pelo próprio judiciário, quando ao decidir conflitos entre famílias de trabalhadores ocupantes de imóveis urbanos ou rurais e os que alegavam propriedade do imóvel.

Para tal buscar-se-á realizar um levantamento sobre o papel do sistema de justiça nos conflitos fundiários por meio de revisão bibliográfica. O artigo também traz a concepção de 4 (quatro) coordenadores de movimentos sociais que integram a Campanha Despejo Zero, tanto no estado do Rio de Janeiro como nacionalmente, sobre o papel do sistema judicial. Procurou-se cotejar os discursos dos profanos e dos profissionais, como nos fala Bourdieu<sup>12</sup>.

Em que pese o direito à moradia adequada ser garantido enquanto um direito humano nas normativas internacionais e reconhecido como um direito social fundamental pela Constituição da República de 1988<sup>13</sup>, assim como é previsto que as propriedades devem cumprir uma função social urbana ou rural (artigos 182 e 186 da CRFB/88), as pesquisas sobre a atuação do poder judiciário em conflitos possessórios urbanos e rurais no Brasil apontam que majoritariamente a magistratura

<sup>11</sup> LAURIS, Elida. Uma questão de vida ou morte: para uma concepção emancipatória de acesso à justiça. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 419, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/15412/11720>. Acesso em: 18 abr. 2023.

<sup>12</sup> BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989. Disponível em: <https://nepegeo.paginas.ufsc.br/files/2018/06/BOURDIEU-Pierre.-O-poder-simb%C3%B3lico.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2023.

<sup>13</sup> BRASIL. {Constituição (1988)}. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República [2022]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 nov. 2022.

brasileira apenas se centra no debate sobre o título de propriedade, não analisando a função social e o direito à moradia adequada.

As pesquisas apontam para a existência de um olhar patrimonialista e proprietário dos magistrados ao julgar as ações envolvendo a questão possessória com grande celeridade em conceder liminares de reintegração de posse e despejo contra ocupações realizadas pelas famílias de baixa renda<sup>14</sup>.

Esse cenário não se alterou significativamente no decorrer da pandemia. A alteração no curso das decisões favoráveis às reintegrações de posse e despejos decorreu a partir da ADPF 828, que será analisada neste artigo como uma intervenção judicial paradigmática fruto da mobilização político-jurídica dos movimentos sociais.

## 2. A luta pela moradia adequada e a Campanha Despejo Zero

Abri a janela e vi as mulheres que passam rápidas com seus agasalhos descolorados e gastos pelo tempo. Daqui a uns tempos estes palitole elas ganharam de outras e que de há muito devia estar num museu, vão ser substituídos por outros. É os políticos que há de nos dar. Devo incluir-me, porque eu também sou favelada. Sou rebotalho. Estou no quarto de despejo, e o que está no quarto de despejo ou queima-se ou joga-se no lixo.

Quarto de despejo – Carolina de Jesus

---

<sup>14</sup>Ver ACYPRESTE, Rafael de. **Ações de reintegração de posse contra o Movimento dos Trabalhadores Sem Teto: dicotomia entre propriedade e direito à moradia**. 2016. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/20264/1/2016\\_RafaelAcypresteMonteiroRocha.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/20264/1/2016_RafaelAcypresteMonteiroRocha.pdf). Acesso em: 18 abr. 2023. CORTES, Sara da Nova Quadros. **Análise do discurso judicial nos conflitos por terra referentes a desapropriações para fins de reforma agrária e ações possessórias: in dubio pro "proprietário"?**. 2017.461 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017. Disponível em: [https://ppgcs.ufba.br/sites/ppgcs.ufba.br/files/sara\\_da\\_nova\\_quadros\\_cortes.pdf](https://ppgcs.ufba.br/sites/ppgcs.ufba.br/files/sara_da_nova_quadros_cortes.pdf). Acesso em: 18 abr. 2023. FREITAS, Cleuton César Ripol de. **Uma abordagem da questão agrária brasileira e o papel do Poder Judiciário frente às ocupações de terra**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Agrário) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2005. QUINTANS, Mariana Trotta Dallalana. **A magistratura fluminense: seu olhar sobre as ocupações do MST**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp077273.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2023. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Instituto de Ensino e Pesquisa; INSTITUTO PÓLIS. **Conflitos fundiários coletivos urbanos e rurais: uma visão das ações possessórias de acordo com o impacto do novo Código de processo civil**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/528>. Acesso em: 15 fev. 2023.

Entre março de 2020 e outubro de 2022, mais de 35.285 mil famílias foram despejadas e mais de 188.621 mil estão ameaçadas de despejo em todo o País<sup>15</sup>. Muitos desses despejos e remoções foram promovidos pelo Poder Judiciário.

Em razão desse cenário de despejos e agravamento da crise habitacional no Brasil durante a pandemia, em junho de 2020 foi lançada a Campanha Despejo Zero, uma articulação nacional que reúne mais de 175 organizações, entidades, movimentos populares e coletivos e promove ações de incidência jurídico-política, mapeamento e divulgação contra os despejos e remoções forçadas urbanas e rurais no País e tem pautado a necessidade de políticas públicas de moradia adequada e reforma agrária.

As ocupações de terra e de prédios realizadas por movimentos populares urbanos e rurais foram alternativas encontradas por inúmeras famílias para garantia do direito à moradia e ao trabalho. Esse repertório de ações coletivas é constitutivo da história do País.

James Holston analisa o conceito de *cidadania insurgente* recuperando a experiência brasileira, em especial a construída pelas ocupações de imóveis urbanos. Para o autor, no Brasil se construiu uma legitimidade de uma cidadania diferenciada, em que arcabouços legais sedimentaram a desigualdade como parâmetro<sup>16</sup>.

Para Holston, as democracias emergentes (entre elas a brasileira) se caracterizam por uma *democracia disjuntiva*, demarcada por uma “coincidência da política democrática com a violência disseminada e a injustiça contra os cidadãos. Essa disjunção se tornou uma condição tão global da democratização contemporânea quanto as eleições livres”<sup>17</sup>.

Na sua pesquisa, Holston busca compreender como trabalhadores e trabalhadoras altamente precarizados ressignificam o direito por meio de ocupações coletivas como forma de terem acesso a esse direito fundamental.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> CAMPANHA Nacional pelo Despejo Zero. **Despejo Zero em Defesa da Vida no Campo e na Cidade**, 23 jul. 2020. Disponível em: <https://www.campanhadespejozero.org/>. Acesso em: 15 fev. 2023.

<sup>16</sup> HOLSTON, James. **Cidadania insurgente**: disjunções da cidadania e da modernidade no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

<sup>17</sup> HOLSTON, James. **Cidadania insurgente**: disjunções da cidadania e da modernidade no Brasil. p. 397.

<sup>18</sup> HOLSTON, James. **Cidadania insurgente**: disjunções da cidadania e da modernidade no Brasil.

Para tal, remonta à historiografia jurídica da propriedade no Brasil e destaca a Lei de Terras de 1850 como um marco significativo de exclusão da propriedade ao instituir o sistema de compra e venda como forma de obtenção de terras. Esse marco avança para uma modernização paradoxal que não rompe com a estrutura herdada do modelo escravocrata, construindo uma permanência da violência sobre os corpos desses trabalhadores, marcadamente negros.

Holston ressalta a importância para a noção de cidadania que o direito de propriedade possui, retomando, para o estudo, a tradição contratualista derivada de Locke. Se a propriedade é fundamental para se pensar a cidadania, torna-se necessário compreender a exclusão da propriedade fundiária do Brasil colônia, passando pela Lei de 1850 ao presente. Com acesso negado à propriedade, os trabalhadores pobres, diante dessa segregação espacial, terão como alternativa “a insurgência de uma nova esfera de cidadania urbana”<sup>19</sup>.

As ocupações que, em um primeiro momento, são ilegais acabam por garantir o acesso à propriedade fundiária. Essa ação coletiva de ocupar é compreendida por Holston como expressão de uma *cidadania insurgente*, capaz de reduzir as desigualdades históricas no plano do acesso aos direitos, é o caminho encontrado por trabalhadores e trabalhadoras pobres para exercerem suas cidadanias rebaixadas:

Em 1972, quando os moradores do Jardim das Camélias bateram no oficial de justiça, a maioria dos cidadãos estava sendo sistematicamente privada de direitos políticos, sem acesso à educação, excluída da propriedade legal, forçada a condições de habitação segregadas e frequentemente ilegais, alienada da lei e por ela vitimada, e incorporada ao mercado de trabalho como serviçais.

Essas condições são uma perpetração e não uma omissão de um tipo específico de cidadania, que as elites brasileiras consolidaram ao longo do século XIX como resposta à formação da nação brasileira e ao fim da escravidão, uma cidadania desde o início universalmente incluyente na afiliação e maciçamente desigual na distribuição.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> HOLSTON, James. *Cidadania insurgente*: disjunções da cidadania e da modernidade no Brasil. p. 198.

<sup>20</sup> HOLSTON, James. *Cidadania insurgente*: disjunções da cidadania e da modernidade no Brasil. p. 400.

Não escapa ao pesquisador americano o papel do sistema de justiça na sedimentação desse modelo de controle do acesso à terra formado pela oligarquia rural. Não se tratava de negar a lei, mas de criar um sistema de distribuição de terra marcadamente complexo pelo excesso de normas que serão interpretadas por um aparato jurídico vinculado à elite agrária:

Essas elites proprietárias de terras mandavam seus filhos para a Universidade de Coimbra, em Portugal, para estudar direito, e eles voltavam para constituir o escalão superior das profissões políticas e jurídicas, tanto no Brasil pré como no pós-independência. Atuando como juízes, legisladores, políticos, administradores e chefes de Estado, essas elites comandavam as legislaturas, dominavam governos e tribunais locais, editavam leis para fomentar seus interesses, manipulavam regulamentações de heranças, obtinham concessões adicionais de forma sub-reptícia usando parentes distantes, arranjavam casamentos e invadiam terras devolutas ou disputadas. Resumindo, elas aprenderam como complicar o sistema jurídico em seu proveito.<sup>21</sup>

Holston analisa o processo de controle social que o direito estabelecerá mantendo uma ordem social excludora do acesso à propriedade, lógica que se manterá diante da república.<sup>22</sup> Como nos Lembra Gizlene Neder, a construção do ideário liberal no Brasil se demarca por ambiguidades, a qual, por um lado, centrava-se em perspectivas europeias de estado moderno, como trabalho livre, nação, direitos, enfim, e, por outro lado, mantinha um poder oligárquico forte.<sup>23</sup> Neder, em sua tese de doutorado *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*, destaca esse mesmo aspecto, compreendendo por meio dos operadores do direito como se funda um liberalismo conservador.<sup>24</sup>

Para ela, o consenso conservador que se forma nesse momento de fundação da República, sustentado nos conceitos de trabalho, mercado e nação, apresentará essa dualidade de ser capaz de produzir uma retórica liberal, produto de tensões internacionais, mas de manter o poder político e econômico de uma oligarquia rural.

<sup>21</sup> HOLSTON, James. *Cidadania insurgente: disjunções da cidadania e da modernidade no Brasil*. p. 166.

<sup>22</sup> HOLSTON, James. *Cidadania insurgente: disjunções da cidadania e da modernidade no Brasil*.

<sup>23</sup> NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

<sup>24</sup> NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*.

Essa concepção liberal-positivista sedimenta um processo de alienação dos conflitos/antagonismos que marcam o próprio conceito de estado e da ordem legal vigente.<sup>25</sup> Para essa perspectiva, o ordenamento jurídico é produto da vontade geral, gerador de um sujeito de direito universalizado. Essa concepção é uma ficção liberal que afirma sermos todos iguais perante a lei.

O filósofo Gerd Bornheim, em seu texto *O sujeito e a norma*, analisa o conflito que se estabelece originariamente no nascimento da lei entre as noções de universalidade de um lado e o da singularidade. Assim, toda norma se impõe com o atributo do universal, daí sua legitimidade, que se estabelece para além dos marcos espaço/tempo, “pois toda norma pretende instituir-se enquanto exigência universal – a universalidade pertence ao próprio estatuto originário da norma; sem a possibilidade de definir-se como universal desvanece o próprio projeto da normatividade”.<sup>26</sup>

A reiteração desse ideário liberal-positivista de universalização do sujeito de direito será um dos eixos adotados por nosso Judiciário como forma de controle das ações efetuadas pelos excluídos da terra, isso porque o

sujeito de direito aquele que, como tal, for reconhecido pela ordem jurídica, e a partir desse reconhecimento estará ele, de vez abstraído de suas características e fórmulas (*facultas agendi*) que lhe permitam o ordenamento jurídico (*norma agendi*), e obediente aos rituais (procedimentos) que assegurem a captação de seus atos e dos fatos de sua vida pelo corpo intransponível e limitado do Sujeito-Estado<sup>27</sup>.

Reivindicar é um direito, mas nos limites estabelecidos pela lei. Sob essa perspectiva, qualquer ação entendida como fora dos marcos legais será então vista como crime, especialmente se for promovida pelas classes subalternas:

A luta dos excluídos sociais pelos direitos colide em barreiras invisíveis de práticas de controle social autoritárias, respaldadas por uma

<sup>25</sup> FITZPATRICK, Peter. *A mitologia da lei moderna*. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2007.

<sup>26</sup> BORNHEIM, Gerd. O sujeito e a norma. In: NOVAES, Adauto (org.). *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 247. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=3216079#:~:text=SUJEITO%20E%20A%20NORMA%20Na,raz%C3%A3o%20de%20ser%20da%20dicotomia>. Acesso em: 18 abr. 2023.

<sup>27</sup> BALDEZ, Miguel Lanzellotti. Sobre o papel do direito na sociedade capitalista: ocupações coletivas: direito insurgente. Petrópolis: Centro de Defesa dos Direitos Humanos, 1989. p. 4. Disponível em: <https://forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2013/02/24135779-Miguel-Lanzellotti-Baldez-Sobre-o-papel-do-direito-na-sociedade-capitalista-direito-insurgente.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2023.

retórica jurídica dedicada a inculcar no imaginário social a descrença na Justiça. Há uma percepção do Direito como acessível a todos [...] num sentido mais amplo e democrático, contrapõe-se a ideia de que não adianta recorrer à Justiça, pois ela é para os poderosos<sup>28</sup>.

O debate contemporâneo sobre o acesso à justiça e o papel desempenhado pelo sistema de justiça nos entraves ao reconhecimento de direitos dos que estão fora das garantias legais é o fundamento da própria democracia. Maior razão, então, em compreender as respostas dadas pelo sistema de justiça diante de famílias de extrema vulnerabilidade como o são as famílias sem teto e sem terra, cujas vulnerabilidades se agravaram diante da pandemia. Analisar o campo jurídico e as ações de reintegração de posse e despejo na pandemia é o passo a seguir.

### 3. O papel do campo jurídico na perspectiva dos movimentos sociais

As vezes mudam algumas famílias para a favela, com crianças. No início são iducadas, amáveis. Dias depois usam o calão, são soezes e repugnantes. São diamantes que transformam em chumbo. Transformam-se em objetos que estavam na sala de visita e foram para o quarto de despejo. ...Para mim o mundo em vez de evoluir está retornando a primitividade. Quem não conhece a fome há de dizer: “Quem escreve isto é louco”. Mas quem passa fome há de dizer: – Muito bem, Carolina. Os generos alimenticios deve ser ao alcance de todos. Como é horrível ver um filho comer e perguntar: “Tem mais?” Esta palavra “tem mais” fica oscilando dentro do cerebro de uma mãe que olha as panela e não tem mais.

Quarto de despejo – Carolina de Jesus

Compreender a possibilidade de trabalhadores e trabalhadoras sem teto alcançarem, via sistema de justiça, o direito à moradia adequada significa analisar a formação do campo jurídico no passado e o que permanece como um telhado de vidro, invisível, estabelecendo o limite dos direitos a serem concedidos.

---

<sup>28</sup> NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. p. 12.

Pierre Bourdieu nos parece ser um autor importante para uma análise da estrutura do poder judiciário. Isso porque esse autor analisa as práticas reificadas dentro do próprio poder. Trata-se de perceber uma relativa autonomia do direito e do próprio judiciário, geradora de *uma autoridade jurídica*, cujas

práticas e os discursos jurídicos são, com efeito, produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de força específica que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas<sup>29</sup>.

Assim, Bourdieu nos dá a dimensão da disputa interna na produção do que seria um discurso jurídico válido/legítimo. É no campo jurídico que se trava o embate pela definição do *dizer o direito*. Esse campo é marcado pela disputa interna, organizado por competências que refletem a distribuição de poder por práticas históricas, o que Bourdieu chama de *habitus*.

O *habitus* impõe o *ethos* de determinado campo. Assim, o poder judiciário seria demarcado por reiterações de práticas, rituais simbólicos que manteriam a estrutura de poder estabelecido:

A concorrência pelo monopólio do acesso aos meios jurídicos herdados do passado contribui para fundamentar a cisão entre profanos e os profissionais favorecendo um trabalho contínuo de racionalização próprio para aumentar cada vez mais o desvio entre veredictos armados do direito e as intuições ingênuas da equidade e para fazer como que o sistema das normas jurídicas apareça aos que impõem e mesmo, em maior ou menor medida, aos que a ele estão sujeitos, como totalmente independente das relações de força que ele sanciona e consagra.<sup>30</sup>

Nesse sentido, Bourdieu percebe o papel da violência simbólica como estruturadora desse poder nos campos. Isso porque na sua configuração está uma

<sup>29</sup> BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989. p. 211.

<sup>30</sup> BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. p. 212.

potência *neutralizadora*, que impõe ao texto jurídico uma *universalização* de sentido para além do próprio poder que o gesta.<sup>31</sup> O que Bourdieu nos alerta é para a racionalidade que compõe o texto jurídico, capaz de estruturar a interpretação, ainda que divergente, sem que o texto normativo perca sua legitimidade *a priori*.

É nesse ponto que Bourdieu analisa a importância da linguagem jurídica, que exerce uma função *neutralizadora* e *universalizante* dos conceitos. É pela linguagem que há uma reificação dos conteúdos jurídicos, que será exercida através da “referência a valores transubjetivos que pressupõem a existência de um consenso ético, (...); o recurso a fórmulas lapidares e a formas fixas, deixando pouco lugar às variações individuais”<sup>32</sup>.

Bourdieu nos demonstra que são as regras de poder que permitem a sobrevivência de determinado grupo no campo jurídico. O *habitus* de que nos fala o autor serve como mecanismo de reprodução, permitindo que o grupo dominante, que define qual discurso é legítimo, se perpetue. As próprias regras internas acabam por impor a manutenção/reprodução do discurso/grupo dominante.

A divisão de trabalho será uma forma da manutenção do exercício de dominação, isso porque, ao gestar uma especialização, cria hierarquias, em que um agente, pela sua posição na hierarquia interna, acumulará maior capital simbólico, tendo, portanto, maior cabedal na definição da interpretação jurídica.

Bourdieu não perde de vista a própria estruturação do poder judiciário para compreender as manutenções de determinado poder, que age de “forma subtil de divisão do trabalho de dominação simbólica na qual os adversários, objectivamente cúmplices, se servem uns aos outros. O cânone jurídico é como que o reservatório de autoridade que garante, à maneira de um banco central, a autoridade dos actos jurídicos singulares”<sup>33</sup>.

Há uma complexa rede de interações entre os operadores do direito, que inclui teóricos, advogados, magistrados. Essa força do direito consagra sua dominação, na medida em que penetra socialmente como um dado natural, produto de um discurso que importa para o direito uma concepção racionalista.

<sup>31</sup> BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*.

<sup>32</sup> BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. p. 216.

<sup>33</sup> BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. p. 219.

Assim, a norma se firma como único produto possível e o mais racional, pois não é produto de interesses particulares e sim da sociedade como um todo, e como nos alerta Bourdieu

[...] numa sociedade diferenciada, o efeito de universalização é um dos mecanismos, e sem dúvida dos mais poderosos, por meio dos quais se exerce a dominação simbólica ou, se se preferir, a imposição da legitimidade de uma ordem social. A norma jurídica, quando consagra em forma de um conjunto formalmente coerente regras oficiais e, por definição, sociais ‘universais’, os princípios práticos do estilo de vida simbolicamente dominante, tende a informar realmente as práticas do conjunto de agentes, para além das diferenças de condição e de estilo de vida: o efeito da universalização, a que se poderia também chamar efeito de normalização, vem aumentar o efeito da autoridade social que a cultura legítima e os seus detentores já exercem para dar toda a sua eficácia prática à coerção jurídica<sup>34</sup>.

Essa mesma percepção de uma naturalização ou normalização se dará por dentro do campo jurídico, onde a história familiar, os laços sociais, as visões de mundo também se unificam numa generalização, que permite a reprodução dominante no interior do próprio poder judiciário, até porque Bourdieu alerta para o fato de que a reprodução no interior do campo jurídico também será marcada por um capital simbólico.

Interessa-nos recuperar a noção de profissionais e profanos que Bourdieu utiliza para compreender a disputa pelo *direito de dizer o direito*. A divisão do trabalho interna ao campo jurídico estabelece o limite de quem é a autoridade legítima para afirmar os direitos, ou seja, os *profissionais*, detentores do discurso competente, aqueles a quem o poder de *nomeação* se valida pela própria legitimação do campo.

Essa disputa se torna fundamental para o debate do acesso à justiça promovida pela *cidadania insurgente*, porque

a sensibilidade à injustiça ou a capacidade de perceber uma experiência como injusta não está uniformemente espalhada e que depende estreitamente da posição ocupada no espaço social. Quer isso dizer que a passagem do agravo despercebido ao agravo percebido e

<sup>34</sup> BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. p. 232.

nomeado, e sobretudo imputado, supõe um trabalho de construção da realidade social que incumbe, em grande parte, aos profissionais: a descoberta da injustiça como tal assenta no sentimento de ter direitos [...] e o poder específico dos profissionais consiste na capacidade de revelar os direitos.<sup>35</sup>

As entrevistas realizadas com integrantes da coordenação de 4 (quatro) movimentos sociais da Campanha Despejo Zero demonstram um projeto diferenciado do que vem sendo implementado pelo sistema de justiça, quando o debate é acesso à justiça e ao direito.

Foram realizadas, entre os meses de abril a maio de 2022, 4 (quatro) entrevistas com dirigentes de movimentos sociais urbanos e rurais que compõem a Campanha Despejo Zero no Rio de Janeiro e nacional, quais sejam: Central de Movimentos Populares (CMP), União Nacional por Moradia (UNM), Movimento Nacional de Luta por Moradia (MNLN) e Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST). Foram feitas duas perguntas: 1. Como você avalia a atuação do poder judiciário nos conflitos fundiários? e 2. Como você acha que o judiciário deveria agir nesses casos?

As respostas nos dão conta da distinção de percepção acerca do papel do judiciário e dos anseios de um papel que não se resume ao de um acesso limitado à instituição. Os movimentos sociais almejam um sistema de justiça mais proativo, especialmente no que se refere à violência fundiária urbana ou rural.

### **M.E. da Central de Movimentos Populares (CMP)**

*1º. Como você avalia a atuação do poder judiciário nos conflitos fundiários?*

Como parte dos proprietários, quase sempre o judiciário atua de certa maneira em benefício próprio ou de sua classe, ignorando inclusive a Constituição. O judiciário em geral ignora os movimentos sociais organizados, a realidade social do país e, em consequência, os direitos daqueles que ocupam um imóvel ou uma terra abandonada ou subutilizada para fazer valer o direito constitucional à moradia ou a função social da propriedade.

Aliás, legitimam a propriedade cartorial sem observar a sua origem, deferindo os pedidos de reintegração. Em geral, para o judiciário

<sup>35</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. p. 234.

o “proprietário” tem sempre razão mesmo quando não dá nenhum destino e nem faça uso de sua suposta propriedade. Além disso, nas ações de despejo não leva em consideração os direitos e a necessidade da população que ocupa e nem sequer comparecem no local para saber a real situação. Muito pelo contrário, ignoram a realidade social em suas decisões, geralmente favoráveis ao suposto dono, mesmo que para isso coloquem famílias, mulheres, crianças e tudo mais na rua, ao relento, muitas vezes sem alternativa alguma. E nem mesmo exigem do poder público que cumpra com a sua obrigação. Enfim, existem algumas exceções e decisões favoráveis como a ADPF 828, mas que só confirmam a realidade. Para o Judiciário como um todo o movimento organizado continua sendo fora da lei, formado por um bando de baderneiros fora da lei.

*2º. Como você acha que o judiciário deveria agir nesses casos?*

Primeiro, reconhecer a legitimidade e legalidade da organização popular na luta pelos seus direitos. Reconhecer esses direitos. Sempre ouvir as partes e visitar o local do conflito. Verificar se a propriedade conflituosa cumpriu com sua função social antes de qualquer decisão. Independente da situação cobrar do poder público uma alternativa que garanta a segurança e atenda a necessidade da população atingida. Enfim, é preciso colocar e ver o direito à moradia como um direito que sobreponha ao direito de propriedade.

A perspectiva de um sistema de justiça parcial está no horizonte dos movimentos sociais que lutam pelo acesso à terra e à moradia. Como nos lembra Holston (2013), o processo histórico de controle pela elite agrária do sistema de distribuição de terra não se fez pelo consenso ou apenas por normas jurídicas, mas também por um processo de dominação violento.

Nesse aspecto, as falas dos entrevistados desejam um Judiciário mais atuante na mediação, logo, redutor da violência.

### **L.C. – Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST)**

*1º. Como você avalia a atuação do poder judiciário?*

A nossa avaliação é que o poder judiciário ele tem uma avaliação extremamente parcial, ainda que a gente deva considerar que há juízes que sejam minimamente do nosso campo político, que entendam a necessidade das lutas, mas a grande maioria do judiciário é um judiciário que

está extremamente alinhando à elite de nosso país e que atende apenas a esses interesses. Então potencializa ao invés de mediar e minimizar, ele potencializa os conflitos fundiários, fazendo sentenças, colocando sentenças extremamente parciais nesse campo que compete ao judiciário.

*2º. Como você acha que o judiciário deve agir nesses casos?*

Eu penso que ele deveria ser um mediador, um interlocutor entre as duas partes no sentido de minimizar, de mediar mesmo, e minimizar os conflitos, que a gente sabe como é que os conflitos agrários, principalmente nos últimos anos ele vem aumentando, mas é o que a gente tem visto também, o judiciário põe mais fogo na atuação dos conflitos fundiários.

De fato, a promessa de inclusão via atuação por dentro do processo, logo pela prestação jurisdicional, não se efetiva para o debate fundiário, e o descrédito dos movimentos sociais deveria servir de sinal de alerta para um debate que imponha o tema da democracia e o acesso aos direitos via sistema de justiça.

O que os entrevistados percebem é a seletividade com que o sistema de justiça pondera com base no perfil dos que litigam. Isso significa compreender que, apesar de todo o marco normativo garantidor do direito, como a Constituição e as normativas de direitos humanos internacionais, a negação do direito à moradia deriva do intérprete, da sua visão de mundo, da sua ideologia.

### **N. M. – Movimento Nacional de Luta pela Moradia (MNLN)**

*1º. Como você avalia a atuação do poder judiciário?*

O poder judiciário foi criado para defender a elite e a propriedade privada em detrimento do povo pobre. Seu poder está contaminado pelo interesse de sua própria classe, a elite intelectual, econômica e proprietária de terras. Protege prioritariamente o interesse do capital, segue um código civil frio, insensível aos anseios populares e à própria Constituição. Apesar de tantos avanços dos direitos humanos, da Constituição de 88 e do Estatuto das Cidades, mesmo com uma estrutura interna que possui câmaras técnicas de resolução de conflitos, é preciso lutar muito para que o direito à cidade e à vida sejam garantidos.

*2º. Como você acha que o judiciário deve agir nesses casos?*

O judiciário deve agir com mediação, promovendo mesas com movimentos pela reforma urbana e reforma agrária, garantindo direitos

previstos na constituição e também audiências que dão caráter público aos anseios das cidades, dos movimentos populares.

As lideranças dos movimentos sociais entrevistadas apontam a importância de realização de audiências de conciliação e mediação nos conflitos fundiários, para que os magistrados conheçam a realidade das ocupações, as histórias e necessidades dos sem moradia, os sem teto.

### J. S. – UNIÃO NACIONAL DE MORADIA POPULAR (UNMP)

*1º. Como você avalia a atuação do poder judiciário?*

Insegura, porque tem juízes que entendem o significado do direito à moradia e tem outros que defendem o direito à propriedade e por isso só despejam famílias e famílias com uma simples canetada.

*2º. Como você acha que o judiciário deve agir nesses casos?*

Todo juiz, em caso de conflito fundiário, deveria entender dos aspectos sociais em questão, do histórico da área em litígio, dar bem mais atenção aos aspectos da função social, do estado de necessidade. Penso que os juízes precisam entender a forma ou conhecer a realidade das famílias, nos ouvindo para compreender caso a caso, nos territórios das famílias, fazer audiência com os representantes de todas as partes do conflito.

As falas dos nossos entrevistados expõem os obstáculos no acesso à Justiça nos conflitos fundiários e a necessidade de democratização do processo e a necessária transformação do *habitus* que sedimenta o *ethos* pró-proprietário e patrimonialista do campo jurídico. As pesquisas que analisam os conflitos fundiários e o sistema de justiça apontam na mesma linha de compreensão dos movimentos sociais, o que analisaremos a seguir.

## 4. Justiça para quem precisa de Justiça!

... Quando cheguei do palácio que é a cidade os meus filhos vieram dizer-me que havia encontrado macarrão no lixo. E a comida era pouca, eu fiz um pouco do macarrão com feijão. E o meu filho João José disse-me: – Pois é. A senhora disse-me que não ia mais comer as coisas do lixo. Foi a primeira vez que vi a minha palavra falhar. Eu disse: – É que eu tinha fé no Kubstchek.

– A senhora tinha fé e agora não tem mais?

– Não, meu filho. A democracia está perdendo seus adeptos. No nosso paiz tudo está enfraquecendo. O dinheiro é fraco. A democracia é fraca e os politicos fraquissimos. E tudo que está fraco, morre um dia.

... Os políticos sabem que eu sou poetisa. E que o poeta enfrenta a morte quando vê o seu povo oprimido.

Quarto de despejo – Carolina de Jesus

As pesquisas sobre a atuação do poder judiciário nos conflitos fundiários apontam para problemas semelhantes aos expostos pelos movimentos sociais entrevistados para a presente pesquisa.

Milano, ao analisar conflitos fundiários urbanos no judiciário brasileiro, identificou que os meios de prova frequentemente apresentados pelos autores das ações para comprovar os requisitos necessários para a concessão da liminar foram: “o título de propriedade; a existência de boletim de ocorrência noticiando o alegado; e, em alguns casos, a existência de imagens do local ou reportagens jornalísticas que retratam as alegações”<sup>36</sup>.

A autora completa informando que, com base apenas nesses documentos probatórios, “em 42% dos casos, entendeu-se pela confirmação da reintegração de posse sob fundamentação de que o autor haveria comprovado suficientemente os requisitos exigidos pela lei”<sup>37</sup>. Entretanto, como a autora explica “em se tratando de ações possessórias, não é permitida a discussão de domínio sobre a área em litígio, mas tão somente da ‘melhor posse’”<sup>38</sup>.

As referidas pesquisas analisam que majoritariamente nos casos pesquisados não existem referências aos princípios constitucionais nas decisões e, quando feitas, normalmente, relacionam-se ao direito à propriedade privada. Tão pouco existe referência nas decisões judiciais aos dispositivos do Estatuto da Cidade ou da Lei de Reforma Agrária, muito menos às normativas internacionais.

<sup>36</sup> MILANO, Giovanna Bonilha. **Conflitos fundiários urbanos e Poder Judiciário**. Curitiba: Íthala, 2017. p. 170.

<sup>37</sup> MILANO, Giovanna Bonilha. **Conflitos fundiários urbanos e Poder Judiciário**. p. 170-171.

<sup>38</sup> MILANO, Giovanna Bonilha. **Conflitos fundiários urbanos e Poder Judiciário**. p. 171.

Na pesquisa realizada por Milano, entre 168 processos analisados, em apenas 1 (um) ocorreu a referência aos diplomas internacionais de direitos humanos. Com relação aos princípios constitucionais, a autora destaca que apenas 16,5% fizeram menção majoritariamente ao direito de propriedade, com alusão, em poucos casos, ao direito à moradia (artigo 6º) e à função social (artigos 5º, XXIII, e 182), mas sob a “argumentação de que a reintegração de posse não violaria esses dispositivos constitucionais previstos”<sup>39</sup>. A autora também observou que, em 7,3% dos casos, foi citado o Estatuto da Cidade, mas em grande parte com o objetivo de afastar sua aplicação no caso.

Milano destacou que as decisões liminares concedidas no bojo dos processos estudados assentaram-se em dispositivos do Código Civil e do Processo Civil. Tais diplomas normativos formam o núcleo dos fundamentos legais utilizados pelos magistrados.<sup>40</sup>

A pesquisa *Despejos e o sistema de justiça: violações de direitos humanos no tratamento de conflitos fundiários* identificou que poucos magistrados adotam as diretrizes da Resolução nº 10/2018 do Conselho Nacional de Direitos Humanos.<sup>41</sup>

Recentemente, pesquisa realizada para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sobre a atuação de 6 tribunais de Justiça (São Paulo, Pará, Distrito Federal e Territórios, Rio Grande do Sul, Bahia, Pernambuco) e 4 TRFs (1ª, 3ª, 4ª e 5ª Região) em conflitos fundiários coletivos identificou que não chegam a 20% os processos em que existe menção a convocação de audiência de justificação de posse nos Tribunais de Justiça; em menos de 2% dos processos há menção às inspeções judiciais; e as audiências de conciliação e mediação são apenas mencionadas em 20% dos processos, embora o atual Código de Processo Civil estabeleça a obrigatoriedade para áreas ocupadas há mais de ano e dia<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> MILANO, Giovanna Bonilha. **Conflitos fundiários urbanos e Poder Judiciário**. p. 180.

<sup>40</sup> MILANO, Giovanna Bonilha. **Conflitos fundiários urbanos e Poder Judiciário**.

<sup>41</sup> DESPEJOS e sistema de justiça: violações de direitos humanos no tratamento de conflitos fundiários: análise do uso da Resolução nº10/2018 do Conselho Nacional de Direitos Humanos. Curitiba: Terra de Direitos, 2022. Disponível em: <https://terradedireitos.org.br/uploads/arquivos/Publicacao-Resolucao-10-CNDH.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

<sup>42</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Instituto de Ensino e Pesquisa; INSTITUTO PÓLIS. **Conflitos fundiários coletivos urbanos e rurais**: uma visão das ações possessórias de acordo com o impacto do novo Código de processo civil.

Igreja e Rampin apontam o papel das audiências judiciais como um importante espaço para se pensar o acesso à justiça de forma substancial. Entretanto, também colocam as preocupações para que as audiências sejam de fato um espaço de escuta, de diálogo e reconhecimento de direitos:

A análise desses espaços nos leva a considerar que, mesmo que sugeridos como espaços de direitos, de escuta, eles tornam-se espaços de não diálogo, de não negociação. A inflexibilidade da própria lei e daqueles que a administram, ao repensar quando em contato com aqueles que julgam, impede que a realização da justiça saia do acordo, da negociação e da possível garantia de direitos de todos os envolvidos. Essa conciliação, no entanto, também não pode ser resultado de uma resolução pragmática de um conflito entre as partes, mas se deve refletir em um amplo reconhecimento de direitos, que se transformam nesse espaço incorporando efetivamente as demandas e situações sociais que são colocadas e que têm repercussões mais amplas na comunidade como um todo. É a lei que sai do fórum e reflete sobre a transformação social<sup>43</sup>.

As pesquisas de Quintans<sup>44</sup>, de Milano<sup>45</sup> e do CNJ<sup>46</sup> apresentam como padrão a indeterminação dos réus, com a falta de individualização e qualificação dos ocupantes nos processos por parte dos proprietários, o que dificulta a possibilidade de defesa por parte dos réus. Também identificam que é comum a utilização de expressões para denominar os réus “carregadas de simbologias negativas que desqualificam e estigmatizam a coletividade no processo, o que abre caminho para sua desconsideração como sujeito de direito”<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> IGREJA, Rebecca Lemos; RAMPIN, Talita Tatiana Dias. Acesso à justiça: um debate inacabado. p. 213.

<sup>44</sup> QUINTANS, Mariana Trotta Dallalana. **A magistratura fluminense**: seu olhar sobre as ocupações do MST.

<sup>45</sup> MILANO, Giovanna Bonilha. **Conflitos fundiários urbanos e Poder Judiciário**.

<sup>46</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Instituto de Ensino e Pesquisa; INSTITUTO PÓLIS. **Conflitos fundiários coletivos urbanos e rurais**: uma visão das ações possessórias de acordo com o impacto do novo Código de processo civil.

<sup>47</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Instituto de Ensino e Pesquisa; INSTITUTO PÓLIS. **Conflitos fundiários coletivos urbanos e rurais**: uma visão das ações possessórias de acordo com o impacto do novo Código de processo civil. p.82.

Entre os processos analisados por Milano, em 52% dos casos os réus não foram individualizados e qualificados.<sup>48</sup> A autora destaca o uso de diversas categorias genéricas utilizadas para denominar os réus como

“Invasores desconhecidos”; “ocupantes inominados”; “réus não conhecidos”; “ignorados”; “famílias carentes”; “outros indivíduos com identidade indeterminada”; “pessoas ditas sem terra”; “grupos de pessoas denominados invasores”; “ocupantes ilegais e injustos”; “terceiros desconhecidos que invadiram o imóvel”. [...] Em outras situações, há a indicação nominal de um dos moradores acrescida da qualificação “e outros”, como sinal de que outros réus não singularizados também integram a relação processual.<sup>49</sup>

A pesquisa do CNJ indica que os conflitos de fundo envolvendo as ações judiciais possuem baixa permeabilidade nas decisões judiciais analisadas. Sinaliza também que são poucas as referências aos direitos das crianças, adolescentes e idosos nos processos analisados, apesar de os casos envolverem ocupações coletivas com grande número de pessoas e mesmo de famílias, compostas por adultos, crianças e idosos<sup>50</sup>.

Recentemente foram realizadas algumas pesquisas sobre a atuação da magistratura nos conflitos possessórios durante a pandemia da Covid-19. Tais pesquisas indicaram que a pandemia não foi motivação suficiente para a suspensão de despejos<sup>51</sup>.

Ribeiro e Cafrune realizaram análises de decisões proferidas nos primeiros meses de 2020 e identificaram uma ausência de padrão nas decisões, com grande heterogeneidade de tratamento do tema pela magistratura brasileira, embora os

<sup>48</sup> MILANO, Giovanna Bonilha. **Conflitos fundiários urbanos e Poder Judiciário**. p. 208.

<sup>49</sup> MILANO, Giovanna Bonilha. **Conflitos fundiários urbanos e Poder Judiciário**. p. 208.

<sup>50</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Instituto de Ensino e Pesquisa; INSTITUTO PÓLIS. **Conflitos fundiários coletivos urbanos e rurais**: uma visão das ações possessórias de acordo com o impacto do novo Código de processo civil.

<sup>51</sup> ALVES, Rafael Assis; CARVALHO, Laura Bastos; RIOS, Marcos Camilo da Silva Souza. Fique em casa?: remoções forçadas e Covid-19. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 13, p. 2147-2173, jul.-set. 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/gnfVpdR3kqJpL9NLMynpRzp/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 18 abr. 2023.

autores informem que de forma majoritária os despejos não foram suspensos pelo judiciário em razão da pandemia.<sup>52</sup>

Alves, Carvalho e Reis pesquisaram as decisões relacionadas a pedidos de reintegração de posse e imissão de posse no Supremo Tribunal Federal (STF), no Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2) e no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), no período de 6 de fevereiro de 2020 a 6 de fevereiro de 2021, procurando observar se a pandemia da Covid-19 foi aventada nos julgados. A pesquisa identificou 291 decisões de mérito sobre pedidos de reintegração de posse ou imissão de posse.<sup>53</sup>

Desses casos, 101 foram identificados no TRF da 2ª Região. Em apenas 3% das decisões houve menção à pandemia. O direito à moradia foi citado em 32% das decisões, sendo que apenas em 7 casos a menção a esse direito resultou na manutenção do ocupante atual do imóvel.<sup>54</sup>

No âmbito do TJRJ a pesquisa identificou 147 casos. A pandemia foi mencionada em 9% das decisões. Em 3 delas o Tribunal mencionou expressamente a pandemia, mas compreendeu que não seria fato suficiente para suspender o despejo<sup>55</sup>.

O que Alves, Carvalho e Rios apresentam ao final da pesquisa é que, até fevereiro de 2021, majoritariamente o TRF2 e o TJRJ não suspenderam os despejos apesar da pandemia da Covid-19.

Os dados trazidos pelas pesquisas demonstram que a atuação da magistratura fluminense se manteve pautada pelo olhar patrimonialista e pró-proprietário nos julgamentos de conflitos urbanos e rurais durante a pandemia da Covid-19, agravando a desigualdade social explicitada e aprofundada em razão da crise sanitária.

---

<sup>52</sup> RIBEIRO, Tarcyla Fidalgo; CAFRUNE, Marcelo Eibs. Direito à moradia e pandemia: análise preliminar de decisões judiciais sobre remoções e despejos. *Revista Brasileira de Direito Urbanístico*, v. 10, p. 111-128, 2020. Disponível em: [https://biblioteca.ibdu.org.br/index.php/direitourbanistico/article/view/rbdu\\_ribeiro/48](https://biblioteca.ibdu.org.br/index.php/direitourbanistico/article/view/rbdu_ribeiro/48). Acesso em: 18 abr. 2023.

<sup>53</sup> ALVES, Rafael Assis; CARVALHO, Laura Bastos; RIOS, Marcos Camilo da Silva Souza. Fique em casa?: remoções forçadas e Covid-19.

<sup>54</sup> ALVES, Rafael Assis; CARVALHO, Laura Bastos; RIOS, Marcos Camilo da Silva Souza. Fique em casa?: remoções forçadas e Covid-19.

<sup>55</sup> ALVES, Rafael Assis; CARVALHO, Laura Bastos; RIOS, Marcos Camilo da Silva Souza. Fique em casa?: remoções forçadas e Covid-19.

## 5. ADPF 828 e a mobilização jurídico-política contra os despejos na pandemia da Covid-19

Passei uma noite horrível. Sonhei que eu residia numa casa residível, tinha banheiro, cozinha, copa e até quarto de criada. Eu ia festejar o aniversário de minha filha Vera Eunice. Eu ia comprar-lhe umas panelinhas que há muito ela vive pedindo. Porque eu estava em condições de comprar. Sentei na mesa para comer. A toalha era alva ao lírio. Eu comia bife, pão com manteiga, batata frita e salada. Quando fui pegar outro bife despertei. Que realidade amarga! Eu não residia na cidade. Estava na favela. Na lama, as margens do Tietê. E com 9 cruzeiros apenas. Não tenho açúcar porque ontem eu sai e os meninos comeram o pouco que eu tinha.

Quarto de despejo – Carolina de Jesus

Diante do cenário de muitos despejos no Brasil durante a crise sanitária, em abril de 2021, foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em articulação com movimentos sociais, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 828 no Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de suspender despejos e decisões de reintegração de posse durante a pandemia da Covid-19. O Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, em 3 de junho de 2021, concedeu parcialmente a medida cautelar para suspender o despejo de áreas ocupadas anteriormente a 20 de março de 2022 e estabeleceu condicionantes às remoções de áreas ocupadas posteriormente a essa data, como forma de enfrentamento adequado à pandemia e de garantia do direito à saúde pública e à vida, nos seguintes termos:

61. Ante o quadro, defiro parcialmente a medida cautelar para:

i) *com relação a ocupações anteriores à pandemia*: suspender pelo prazo de 6 (seis) meses, a contar da presente decisão, medidas administrativas ou judiciais que resultem em despejos, desocupações, remoções forçadas ou reintegrações de posse de natureza coletiva em imóveis que sirvam de moradia ou que representem área produtiva pelo trabalho individual ou familiar de populações vulneráveis, nos casos de ocupações anteriores a 20 de março de 2020, quando do início da vigência do estado de calamidade pública (Decreto Legislativo nº 6/2020); ii) *com relação a ocupações posteriores à pandemia*: com relação às ocupações ocorridas após o marco temporal de 20 de março de 2020, referido acima, que sirvam de moradia para populações vulneráveis, o Poder Público poderá atuar a fim de evitar

a sua consolidação, desde que as pessoas sejam levadas para abrigos públicos ou que de outra forma se assegure a elas moradia adequada; e iii) *com relação ao despejo liminar*: suspender pelo prazo de 6 (seis) meses, a contar da presente decisão, a possibilidade de concessão de despejo liminar sumário, sem a audiência da parte contrária (art. 59, § 1º, da Lei nº 8.425/1991), nos casos de locações residenciais em que o locatário seja pessoa vulnerável, mantida a possibilidade da ação de despejo por falta de pagamento, com observância do rito normal e contraditório.

62. Ficam ressalvadas da abrangência da presente medida cautelar as seguintes hipóteses:

i) ocupações situadas em áreas de risco, suscetíveis à ocorrência de deslizamentos, inundações ou processos correlatos, mesmo que sejam anteriores ao estado de calamidade pública, nas quais a remoção poderá acontecer, respeitados os termos do art. 3º-B da Lei federal nº 12.340/2010; ii) situações em que a desocupação se mostre absolutamente necessária para o combate ao crime organizado – a exemplo de complexos habitacionais invadidos e dominados por facções criminosas – nas quais deve ser assegurada a realocação de pessoas vulneráveis que não estejam envolvidas na prática dos delitos; iii) a possibilidade de desintrusão de invasores em terras indígenas; e iv) posições jurídicas que tenham por fundamento leis locais mais favoráveis à tutela do direito à moradia, desde que compatíveis com a Constituição, e decisões judiciais anteriores que confirmam maior grau e proteção a grupos vulneráveis específicos, casos em que a medida mais protetiva prevalece sobre a presente decisão<sup>56</sup>.

Na iminência do final do prazo, o PSOL e os *Amici Curiae*, que compõem a Campanha Despejo Zero, peticionaram conjuntamente na ação com pedido de medida cautelar incidental, solicitando prorrogação do prazo dos despejos na pandemia. Em 1º de dezembro de 2021, o Ministro Relator deferiu parcialmente o pedido.

Diante de todo o exposto, defiro parcialmente o pedido de medida cautelar incidental, nos seguintes termos:

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso, 3 de junho de 2021. p. 41-42. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346615468&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

- (i) Determino a extensão, para as áreas rurais, da suspensão temporária de desocupações e despejos, de acordo com os critérios previstos na Lei nº 14.216/2021, até o prazo de 31 de março de 2022.
- (ii) Faço apelo ao legislador, a fim de que prorrogue a vigência dos prazos previstos na Lei nº 14.216/2021 (arts. 1º; 2º; 4º e 5º), tendo em vista o cenário atual da pandemia;
- (iii) Caso não haja prorrogação até o período de recesso do Congresso Nacional, concedo parcialmente a medida cautelar, a fim de que os direitos assegurados pela Lei nº 14.216/2021, para as áreas urbanas e rurais, sigam vigentes até 31 de março de 2022<sup>57</sup>.

O plenário do STF, por maioria, referendou a decisão do relator, com votos divergentes dos Ministros Ricardo Lewandowski e Nunes Marques. O Ministro Lewandowski explicou em seu voto que a divergência com o relator era pontual, que entendia ser mais prudente que a prorrogação perdurasse enquanto estivessem em curso os efeitos da pandemia, tal como decidiu a corte na ADI 6.625 MC-Ref.

O clamor do STF para o legislador prorrogar a vigência dos prazos da Lei 14.216/2021 (arts. 1º, 2º, 4º e 5º)<sup>58</sup> foi em vão. Por tal motivo, a ADPF 828 foi o “parâmetro jurídico para impedir remoções, seja no âmbito do próprio Supremo, via reclamações, seja nas instâncias inferiores, em decisões em que juízes, juízas, desembargadores e desembargadoras se valem do dispositivo da ADPF 828 para proteger pessoas vulneráveis de despejos, remoções e desocupações”<sup>59</sup>.

Segundo nota técnica do INSPER, até 30 de janeiro de 2021, os Ministros do Supremo Tribunal Federal proferiram 102 decisões monocráticas com base na ADPF 828, em 94 reclamações constitucionais ajuizadas perante o STF, que resultaram na suspensão de despejos coletivos e protegeram mais de 24 mil pessoas<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF. Relator: Min. Roberto Barroso, 1 de dezembro de 2021. p. 23-24. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349030455&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

<sup>58</sup> BRASIL. Lei nº 14.216, de 7 de outubro de 2021. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14216.htm). Acesso em: 13 nov. 2022.

<sup>59</sup> TAVOLARI, Bianca; NISIDA, Vitor; ALVES, Saylon. Nota técnica: Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 828: atualização: 31/01/2022: período de dezembro de 2021 a janeiro de 2022. INSPER, Indicadores e Publicações, [2022]. Disponível em: [https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2022/02/Atualizacao\\_Nota\\_Tecnica\\_Acao\\_de\\_Descumprimeto\\_Preceito\\_Fundamental\\_n\\_828.pdf](https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2022/02/Atualizacao_Nota_Tecnica_Acao_de_Descumprimeto_Preceito_Fundamental_n_828.pdf). Acesso em: 15 fev. 2023.

<sup>60</sup> TAVOLARI, Bianca; NISIDA, Vitor; ALVES, Saylon. Nota técnica: Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 828: atualização: 31/01/2022: período de dezembro de 2021 a janeiro de 2022. p. 2.

Importante destacar que à época não existia no país nenhum programa de habitação por interesse social, seja permanente ou provisório. O Programa Minha Casa Minha Vida, por exemplo, tinha sido extinto e substituído pelo Programa Casa Verde e Amarela do governo Bolsonaro.

Em março de 2022, foi apresentado novo pedido pelos *Amici Curiae*, que integram a Campanha Despejo Zero, para que houvesse uma extensão da medida cautelar anteriormente concedida no âmbito da ADPF 828. Em novo julgamento, o Ministro Relator estendeu o prazo até 30 de junho de 2022:

17. Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido de medida cautelar incidental, nos seguintes termos: (i) Mantenho a extensão, para as áreas rurais, da suspensão temporária de desocupações e despejos, de acordo com os critérios previstos na Lei nº 14.216/2021, até o prazo de 30 de junho de 2022; (ii) Faço apelo ao legislador, a fim de que delibere sobre meios que possam minimizar os impactos habitacionais e humanitários eventualmente decorrentes de reintegrações de posse após esgotado o prazo de prorrogação concedido; (iii) Concedo parcialmente a medida cautelar, a fim de que os direitos assegurados pela Lei nº 14.216/2021, para as áreas urbanas e rurais, sigam vigentes até 30 de junho de 2022<sup>61</sup>. (ADPF 828, 30 de março de 2022)

O STF, por maioria, ratificou a medida cautelar incidental parcialmente deferida nos termos do voto do relator, vencidos os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Edson Fachin, que referendaram parcialmente a concessão da medida cautelar, decidindo pela suspensão de desocupações coletivas e despejos de pessoas vulneráveis, nos termos da Lei 14.216/2021. Na véspera do final do prazo estipulado pelo STF, a campanha Despejo Zero formalmente solicitou a extensão do prazo. Esse prazo foi prorrogado até 31 de outubro de 2022, por decisão liminar do Ministro Roberto Barroso, referendada pelo pleno do STF. Nessa decisão o Ministro Barroso já apontava a necessidade de um regime de transição para o julgamento de ações possessórias coletivas.

16. Partidos, órgãos colegiados, entidades da sociedade civil e movimentos sociais têm procurado contribuir com a apresentação de

<sup>61</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Segunda Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso, 30 de março de 2022. p. 13. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350451892&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

propostas de regime de transição e de condicionantes para a retomada das desocupações. Cito, aqui, algumas delas: (a) a necessidade de que a retomada seja gradual, com a observância de critérios como o tempo de ocupação da área, a quantidade de pessoas a serem removidas e o grau de consolidação da ocupação (se conta, por exemplo, com equipamentos públicos ou não, como escolas, postos de saúde, rede elétrica e de água e esgoto); (b) a necessidade de que a remoção forçada de populações em situação de vulnerabilidade seja tratada como uma medida excepcional (Resolução nº 10/2018 do Conselho Nacional de Direitos Humanos – CNDH); (c) nas remoções inevitáveis, a necessidade de prévia elaboração de um plano de desocupação, com a participação dos atingidos; (d) a garantia de reassentamento das populações afetadas em locais adequados para fins de moradia ou a garantia de acesso à terra produtiva; (e) a prévia cientificação pessoal dos ocupantes do bem; (f) a elaboração de laudo com avaliação dos impactos socioeconômicos da pandemia sobre as pessoas atingidas pela desocupação; (g) o mapeamento do quantitativo de pessoas vacinadas; (h) a realização de inspeção judicial na área em litígio e de audiências de mediação entre as partes, com a participação da Defensoria Pública, do Ministério Público, dos órgãos competentes do Poder Executivo e de representantes de movimentos sociais (art. 2º, § 4º, da Lei nº 14.216/2021); (i) a concessão de prazo razoável para que as famílias se retirem do local; (j) a avaliação quanto ao cumprimento da função social do imóvel pelo seu titular; (k) a análise quanto ao preenchimento pelos ocupantes dos requisitos da desapropriação previstos no art. 1.228, § 4º, do Código Civil; (l) a criação de políticas públicas de moradias populares, entre outras. 17. Várias dessas propostas foram incorporadas ao Projeto de Lei nº 1.501/2022, de autoria da Deputada Natália Bonavides, acima referido. Diante disso, não só pelas circunstâncias sanitárias, mas também políticas, é recomendável que esta Corte não implemente desde logo um regime de transição, concedendo ao Poder Legislativo um prazo razoável para disciplinar a matéria. Não se descarta, porém, a hipótese de intervenção judicial em caso de omissão<sup>62</sup>.

<sup>62</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Terceira Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso, 29 de junho de 2022. p. 13-14. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352148165&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

No dia 31 de outubro de 2022, o Ministro Barroso deferiu parcialmente o pedido de medida cautelar incidental para adotar um regime de transição para retomada das ações possessórias suspensas no período da pandemia, nos seguintes termos:

31. Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido de medida cautelar incidental para determinar a adoção de um regime de transição para a retomada da execução de decisões suspensas na presente ação, nos seguintes termos: (a) Determino que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais instalem, imediatamente, comissões de conflitos fundiários que possam servir de apoio operacional aos juízes e, principalmente nesse primeiro momento, elaborar a estratégia de retomada da execução de decisões suspensas pela presente ação, de maneira gradual e escalonada; (b) Determino a realização de inspeções judiciais e de audiências de mediação pelas comissões de conflitos fundiários, como etapa *prévia* e *necessária* às ordens de desocupação coletiva, inclusive em relação àquelas cujos mandados já tenham sido expedidos. As audiências devem contar com a participação do Ministério Público e da Defensoria Pública nos locais em que esta estiver estruturada, bem como, quando for o caso, dos órgãos responsáveis pela política agrária e urbana da União, Estados, Distrito Federal e Municípios onde se situe a área do litígio, nos termos do art. 565 do Código de Processo Civil e do art. 2º, § 4º, da Lei nº 14.216/2021. (c) Determino que as medidas administrativas que possam resultar em remoções coletivas de pessoas vulneráveis (i) sejam realizadas mediante a ciência prévia e oitiva dos representantes das comunidades afetadas; (ii) sejam antecedidas de prazo mínimo razoável para a desocupação pela população envolvida; (iii) garantam o encaminhamento das pessoas em situação de vulnerabilidade social para abrigos públicos (ou local com condições dignas) ou adotem outra medida eficaz para resguardar o direito à moradia, vedando-se, em qualquer caso, a separação de membros de uma mesma família<sup>63</sup>.

A decisão do relator apontou como experiência exitosa de mediação de conflitos fundiários urbanos e rurais a comissão de conflitos fundiários do TJ Paraná,

---

<sup>63</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Quarta Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso, 31 de outubro de 2022. p. 24-25. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354516286&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

que tem promovido audiências de mediação e inspeções *in loco*, com a presença de movimentos sociais<sup>64</sup>.

O STF, por maioria, referendou a tutela provisória incidental parcialmente deferida, nos termos do voto do relator, vencidos parcialmente os Ministros Nunes Marques e André Mendonça. A decisão do pleno condicionou a execução de reintegrações de posse à realização de “inspeções judiciais e audiências de mediação pelas comissões de conflitos fundiários, como etapa prévia e necessária as ordens de desocupação coletiva, inclusive em relação àquelas cujos mandados já tenham sido expedidos”<sup>65</sup>, nos termos do art. 565 do Código de Processo Civil e do art. 2º, § 4º, da Lei 14.216/2021.

Como apontou o parecer da Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão (PRDC)/RJ, a referida decisão na ADPF 828 gestou uma nova cultura jurídica para o tratamento dos conflitos fundiários coletivos, com a ponderação dos princípios fundamentais e a prevalência dos direitos constitucionais da moradia digna<sup>66</sup>.

A decisão aponta na mesma direção da proposta dos militantes de movimentos sociais entrevistados para esta pesquisa: a construção de espaços democráticos de diálogo pelo poder judiciário nos conflitos possessórios para contribuir com soluções garantidoras de direitos fundamentais.

Alguns Tribunais de Justiça já editaram portarias com o objetivo de instaurarem instâncias de mediações de conflitos como, por exemplo, Rio de Janeiro, Goiás, Mato Grosso, Pernambuco e Santa Catarina. Assim como, o Tribunal

---

<sup>64</sup> DIÁLOGO da Comissão de Conflitos Fundiários com a Magistratura leva magistrados para atividade de reconhecimento em ocupação: além da visita, magistradas e magistrados puderam trocar experiências e entender o papel da Comissão. **TJPR**, Notícias, 24 jun. 2022. Disponível em: [https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset\\_publisher/1IKI/content/dialogo-da-comissao-de-conflitos-fundiarios-com-a-magistratura-leva-magistrados-para-atividade-de-reconhecimento-em-ocupacao/18319?doAsUserId=ltavfedr&inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpr.jus.br%2Fdestaques%3Fp\\_p\\_id%3D101\\_INSTANCE\\_1IKI%26p\\_p\\_lifecycle%3D0%26p\\_p\\_state%3Dnormal%26p\\_p\\_mode%3Dview%26p\\_p\\_col\\_id%3Dcolumn-1%26p\\_p\\_col\\_count%3D1%26doAsUserId%3Dltavfedr%26\\_101\\_INSTANCE\\_1IKI\\_advancedSearch%3Dfalse%26\\_101\\_INSTANCE\\_1IKI\\_keywords%3D%26\\_101\\_INSTANCE\\_1IKI\\_delta%3D1%26p\\_r\\_p\\_564233524\\_resetCur%3Dfalse%26\\_101\\_INSTANCE\\_1IKI\\_cur%3D140%26\\_101\\_INSTANCE\\_1IKI\\_andOperator%3Dtrue](https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1IKI/content/dialogo-da-comissao-de-conflitos-fundiarios-com-a-magistratura-leva-magistrados-para-atividade-de-reconhecimento-em-ocupacao/18319?doAsUserId=ltavfedr&inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpr.jus.br%2Fdestaques%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_1IKI%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D1%26doAsUserId%3Dltavfedr%26_101_INSTANCE_1IKI_advancedSearch%3Dfalse%26_101_INSTANCE_1IKI_keywords%3D%26_101_INSTANCE_1IKI_delta%3D1%26p_r_p_564233524_resetCur%3Dfalse%26_101_INSTANCE_1IKI_cur%3D140%26_101_INSTANCE_1IKI_andOperator%3Dtrue). Acesso em 15 fev. 2023.

<sup>65</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Quarta Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso, 2 de novembro de 2022. p. 8. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355042872&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

<sup>66</sup> RIO DE JANEIRO (Estado). Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão. **Recomendação PRDC/RJ/nº 2/2023: PA – PPB MPF/PR/RJ nº 1.30.001.004321/2020-31**. Disponível em: [https://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/recomendacao-ocupacao-zumbi/at\\_download/file](https://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/recomendacao-ocupacao-zumbi/at_download/file). Acesso em: 19 abr. 2023.

Regional Federal da 2ª Região. Entretanto, alguns tribunais estão adotando interpretações restritivas sobre os conflitos fundiários de competência das referidas comissões. Há comissões que estão sendo criadas apenas com o objetivo de executar as decisões de reintegração de posse, sem preocupação em de fato mediar e apresentar soluções para os conflitos fundiários.

Algumas comissões têm criado marcos temporais para adotar o regime de transição. A comissão do TJ/MT, por exemplo, adotou marco temporal de 31 de março de 2021, nos seguintes termos: “Somente os conflitos coletivos urbanos ou rurais referentes a ocupações ou reocupações ocorridas antes de 31/03/2021, estão inseridos no regime de transição imposto pela ADPF 828”<sup>67</sup>. Tal entendimento vem na contramão dos clamores dos movimentos sociais e da perspectiva da construção de uma nova cultura jurídica permanente e abrangente para o problema fundiário existente no País.

Em abril de 2023, o CNJ editou a Portaria n.113 instituindo o Comitê Executivo Nacional de Soluções Fundiárias com o objetivo de auxiliar os Tribunais a implementarem as comissões regionais, assim como, prestar consultoria técnica e capacitação às mesmas.

A Campanha Despejo Zero continua requerendo do Conselho Nacional de Justiça a construção de uma política jurisdicional para os conflitos coletivos fundiários, que contribua na efetivação do direito fundamental à moradia adequada, como preconizado na ADPF 828.

Como apontado por Bourdieu, o campo jurídico é um campo de disputas<sup>68</sup>. Apesar do *habitus* jurídico patrimonialista e proprietário, os movimentos sociais urbanos e rurais têm mobilizado a linguagem jurídica numa luta constante pelo reconhecimento e efetivação dos direitos à moradia adequada. A mobilização jurídica tem sido um mecanismo de denúncia da violência estrutural e da luta pelo direito a partir dos de baixo.

---

<sup>67</sup> MATO GROSSO. Corregedoria Geral da Justiça. Comissão de Conflitos Fundiários. Expediente n. 0005891-19.2023.8.11.0000. Desembargador Corregedor-Geral da Justiça Juvenal Pereira da Silva, 2 de fevereiro de 2023. In: DECISÃO judicial de ação de reintegração de posse: edital de citação. **Folha do Estado**, Cuiabá, 30 mar. 2023. Disponível em: <https://folhadoestadoonline.com.br/utilidade-publica/decisao-judicial-de-acao-de-reintegracao-de-posse-edital-de-citacao/>. Acesso em: 19 abr. 2023.

<sup>68</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**.

Nas lutas concretas, como alerta José Geraldo de Souza Júnior, os movimentos sociais vão construindo os direitos humanos fruto da experiência humanizadora de homens e mulheres sem teto e sem terra.<sup>69</sup> Como afirma Herrera Flores, os direitos humanos são o resultado sempre provisório das lutas sociais que os seres humanos colocam em prática por dignidade.<sup>70</sup> São as lutas jurídico-políticas pelos bens necessários a vida digna que os movimentos sociais que compõem a Campanha Despejo Zero travam cotidianamente junto ao sistema de justiça.

## 6. Conclusão

Amanheceu chovendo. E eu tenho só 4 cruzeiros, e um pouco de comida que sobrou de ontem e uns ossos. Fui buscar água para por os ossos ferver. Ainda tem um pouco de macarrão, eu faço uma sopa para os meninos. Vi uma vizinha lavando feijão. Fiquei com inveja. ... Faz duas semanas que eu não lavo roupas por não ter sabão. Vendí umas taboas por 40 cruzeiros. A mulher disse-me que paga hoje. Se ela pagar eu compro sabão ... Percebi que no Frigorífico jogam creolina no lixo, para o favelado não catar a carne para comer. Não tomei café, ia andando meio tonta. A tontura da fome é pior do que a do álcool. A tontura do álcool nos impele a cantar. Mas a da fome nos faz tremer. Percebi que é horrível ter só ar dentro do estomago.

Quarto de Despejo – Carolina de Jesus

O presente artigo procurou descortinar o *habitus* jurídico patrimonialista e proprietário que marca o processo de interpretação e criação do direito pelos magistrados nos conflitos fundiários urbanos e rurais. Dessa forma, procurou contribuir com as reflexões sobre acesso à justiça pelos subalternizados.

Partiu-se da compreensão que falar sobre o acesso à justiça é falar sobre um direito humano instrumental que possibilita o reconhecimento das lutas sociais e

<sup>69</sup> SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Direito como liberdade: o Direito achado na rua: experiências populares emancipatórias de criação do Direito.** 2008. 338 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1401/1/TESE\\_2008\\_JoseGeraldoSJunior.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1401/1/TESE_2008_JoseGeraldoSJunior.pdf). Acesso em: 19 abr. 2023.

<sup>70</sup> HERRERA FLORES, Joaquin. **A (re)invenção dos direitos humanos.** Florianópolis: Fundação Boiteux, IDHID, 2009. Disponível em: [https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/7640265/mod\\_resource/content/1/Joaquin%20Herrera%20Flores%20-%20A%20reinvenc%C3%A7%C3%A3o%20dos%20direitos%20humanos.pdf](https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/7640265/mod_resource/content/1/Joaquin%20Herrera%20Flores%20-%20A%20reinvenc%C3%A7%C3%A3o%20dos%20direitos%20humanos.pdf). Acesso em: 18 abr. 2023.

o reconhecimento dos direitos, compreendendo-se, entretanto, que o acesso efetivo à justiça vai além do movimento de entrada nas instituições.<sup>71</sup>

Pensar em acesso à justiça é pensar, portanto, não só numa justiça no sentido processual, como o acesso à assistência jurídica e aos processos legais, mas também em uma justiça em sentido substantivo, como a resolução justa de disputas legais e problemas sociais. Portanto, para o efetivo acesso à justiça é necessária a transformação dos órgãos do sistema de justiça com a mudança do *habitus* jurídico e das práticas e decisões da magistratura.<sup>72</sup>

No caso dos conflitos fundiários exige-se que sejam levados em conta os problemas estruturais relativos à posse da terra, à concentração fundiária, ao déficit habitacional, entre outros. Compreender as questões de fundo dos processos judiciais exige, por exemplo, que os conflitos possessórios coletivos sejam resolvidas mediante audiências de conciliação e mediação pelos juízes, com a presença dos órgãos responsáveis pelas políticas fundiárias visto se tratarem de conflitos relativos à moradia adequada.

As lideranças dos movimentos sociais entrevistadas para esta pesquisa apontaram a necessidade de realização de audiências e mediação de conflitos fundiários. Dessa forma, a preocupação não é com a celeridade processual em si, mas com o julgamento cauteloso, com a democratização do processo, com a presença das famílias vulneráveis e dos responsáveis pela execução das políticas públicas.

Como alertam Igreja e Rampin ao refletirem sobre as audiências judiciais e o acesso à justiça, deve-se tomar cuidado para que esses não sejam espaços em que o direito de ouvir e dialogar seja violado.<sup>73</sup> Dessa forma, pensar o acesso à justiça e conflitos fundiários é compreender que as audiências de mediação e conciliação são importantíssimas e que devem ser construídas como espaços em que os subalternizados possam falar e serem escutados, e os responsáveis pelas políticas públicas estejam presentes para essa escuta.

No entanto, os dados nas pesquisas referidas neste artigo apontam que a magistratura brasileira não tem realizado audiências de mediação e conciliação

<sup>71</sup> IGREJA, Rebecca Lemos; RAMPIN, Talita Tatiana Dias. Acesso à justiça: um debate inacabado.

<sup>72</sup> IGREJA, Rebecca Lemos; RAMPIN, Talita Tatiana Dias. Acesso à justiça: um debate inacabado. p. 191-220.

<sup>73</sup> IGREJA, Rebecca Lemos; RAMPIN, Talita Tatiana Dias. Acesso à justiça: um debate inacabado. p. 191-220.

nos conflitos fundiários, mesmo após o advento do atual Código de Processo Civil, reformado em 2015.

A atuação da magistratura nos conflitos fundiários urbanos e rurais não se alterou durante a pandemia da Covid-19, como é analisado no presente artigo. Apesar dos limites do campo jurídico, os movimentos sociais, articulados na Campanha Despejo Zero, promoveram muitas mobilizações jurídico-políticas nos Tribunais, em busca da suspensão dos despejos durante a pandemia da Covid-19.

Fruto da luta, da articulação e insurgência dos subalternizados, o STF determinou a suspensão das reintegrações de posse até 31 de outubro de 2022. Após essa data, foi estabelecida uma série de condicionantes, como a instalação de comissões de mediação de conflitos pelo judiciário, com a realização de audiência e inspeções judiciais, antes de se conceder liminares de remoção.

É importante que o Conselho Nacional de Justiça, na esteira do paradigma instaurado pela ADPF 828, contribua de fato para a construção de uma nova cultura jurídica nos conflitos coletivos possessórios. Os movimentos sociais entrevistados para a presente pesquisa anseiam por um judiciário que se transforme e que tenha um papel na garantia do direito à terra e à moradia adequada.

Como afirmam Igreja e Rampin, é necessário avançar na concepção de acesso à justiça com a transformação do espaço jurídico, reposicionando-se o sistema de justiça para a garantia de direitos e a resolução de conflitos<sup>74</sup>. Esse reposicionamento exige a criação de espaços de diálogo com movimentos populares no sentido da promoção e da concretização de direitos humanos fundamentais, valorizando-se os processos de luta político-jurídica como constituintes e criadores de direitos e de soluções para os graves problemas sociais que enfrentamos.

---

<sup>74</sup>IGREJA, Rebecca Lemos; RAMPIN, Talita Tatiana Dias. Acesso à justiça: um debate inacabado. p. 214.

## Referências

ACYPRESTE, Rafael de. **Ações de reintegração de posse contra o Movimento dos Trabalhadores Sem Teto**: dicotomia entre propriedade e direito à moradia. 2016. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/20264/1/2016\\_RafaelAcypresteMonteiroRocha.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/20264/1/2016_RafaelAcypresteMonteiroRocha.pdf). Acesso em: 18 abr. 2023.

ALVES, Rafael Assis; CARVALHO, Laura Bastos; RIOS, Marcos Camilo da Silva Souza. Fique em casa?: remoções forçadas e Covid-19. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 2147-2173, jul./set. 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/gnfVpdR3kqJpL9NLMynpRzp/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 18 abr. 2023.

BALDEZ, Miguel Lanzellotti. **Sobre o papel do direito na sociedade capitalista**: ocupações coletivas: direito insurgente. Petrópolis: Centro de Defesa dos Direitos Humanos, 1989. Disponível em: <https://forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2013/02/24135779-Miguel-Lanzellotti-Baldez-Sobre-o-papel-do-direito-na-sociedade-capitalista-direito-insurgente.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2023.

BORNHEIM, Gerd. O sujeito e a norma. In: NOVAES, Adauto (org.). **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 247-260. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=3216079#:~:text=SUJEITO%20E%20NORMA%20Na,raz%C3%A3o%20de%20ser%20da%20dicotomia>. Acesso em: 18 abr. 2023.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Difel, 1989. Disponível em: <https://nepegeo.paginas.ufsc.br/files/2018/06/BOURDIEU-Pierre.-O-poder-simb%C3%B3lico.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Instituto de Ensino e Pesquisa; INSTITUTO PÓLIS. **Conflitos fundiários coletivos urbanos e rurais**: uma visão das ações possessórias de acordo com o impacto do novo Código de processo civil. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/528>. Acesso em: 15 fev. 2023.

CAMPANHA Nacional pelo **Despejo Zero**. **Despejo Zero em Defesa da Vida no Campo e na Cidade**, 23 jul. 2020. Disponível em: <https://www.campanhadespejozero.org/>. Acesso em: 15 fev. 2023.

CORTES, Sara da Nova Quadros. **Análise do discurso judicial nos conflitos por terra referentes às desapropriações para fins de reforma agrária e ações possessórias: in dubio pro “proprietário”?**. 2017. 461 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017. Disponível em: [https://ppgcs.ufba.br/sites/ppgcs.ufba.br/files/sara\\_da\\_nova\\_quadros\\_cortes.pdf](https://ppgcs.ufba.br/sites/ppgcs.ufba.br/files/sara_da_nova_quadros_cortes.pdf). Acesso em: 18 abr. 2023.

DESPEJOS e sistema de justiça: violações de direitos humanos no tratamento de conflitos fundiários: análise do uso da Resolução nº10/2018 do Conselho Nacional de Direitos Humanos. Curitiba: Terra de Direitos, 2022. Disponível em: <https://terradedireitos.org.br/uploads/arquivos/Publicacao-Resolucao-10-CNDH.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

DIÁLOGO da Comissão de Conflitos Fundiários com a Magistratura leva magistrados para atividade de reconhecimento em ocupação: além da visita, magistradas e magistrados puderam trocar experiências e entender o papel da Comissão. **TJPR**, Notícias, 24 jun. 2022. Disponível em: Diálogo da Comissão de Conflitos Fundiários com a Magistratura leva magistrados para atividade de reconhecimento em ocupação. Acesso em 15 fev. 2023.

FITZPATRICK, Peter. **A mitologia da lei moderna**. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2007.

FREITAS, Cleuton César Ripol de. **Uma abordagem da questão agrária brasileira e o papel do Poder Judiciário frente às ocupações de terra**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Agrário) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2005.

HERRERA FLORES, Joaquin. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux: IDHID, 2009. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7640265/mod\\_resource/content/1/Joaquin%20Herrera%20Flores%20-%20A%20reinven%C3%A7%C3%A3o%20dos%20direitos%20humanos.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7640265/mod_resource/content/1/Joaquin%20Herrera%20Flores%20-%20A%20reinven%C3%A7%C3%A3o%20dos%20direitos%20humanos.pdf). Acesso em: 18 abr. 2023.

HOLSTON, James. **Cidadania insurgente: disjunções da cidadania e da modernidade no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

IGREJA, Rebecca Lemos; RAMPIN, Talita Tatiana Dias. Acesso à justiça: um debate inacabado. **Suprema: revista de estudos constitucionais**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 191-220, jul.-dez. 2021. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/68/38>. Acesso em: 18 abr. 2023.

KASHIURA JUNIOR, Celso Naoto. **Sujeito do direito e capitalismo**. São Paulo: Outras expressões, 2014.

LAURIS, Elida. Uma questão de vida ou morte: para uma concepção emancipatória de acesso à justiça. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 412-454, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/15412/11720>. Acesso em: 18 abr. 2023.

MILANO, Giovanna Bonilha. **Conflitos fundiários urbanos e Poder Judiciário**. Curitiba: Íthala, 2017.

NEDER, Gizlene. **Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Direitos humanos traduzidos em pretuguês. In: CONGRESSO MUNDOS DE MULHERES, 13.; SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GÊNERO, 11., 2017, Florianópolis. **Anais eletrônico**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2017. Disponível em: [http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499473935\\_ARQUIVO\\_Texto\\_completo\\_MM\\_FG\\_ThulaPires.pdf](http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499473935_ARQUIVO_Texto_completo_MM_FG_ThulaPires.pdf). Acesso em: 15 fev. 2023.

QUINTANS, Mariana Trotta Dallalana. **A magistratura fluminense: seu olhar sobre as ocupações do MST**. 2005. 214 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp077273.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2023.

RIBEIRO, Tarcyla Fidalgo; CAFRUNE, Marcelo Eibs. Direito à moradia e pandemia: análise preliminar de decisões judiciais sobre remoções e despejos. **Revista Brasileira de Direito Urbanístico**, Belo Horizonte, v. 6, n. 10, p. 111-128, 2020. Disponível em: [https://biblioteca.ibdu.org.br/index.php/direitourbanistico/article/view/rbdu\\_ribeiro/48](https://biblioteca.ibdu.org.br/index.php/direitourbanistico/article/view/rbdu_ribeiro/48). Acesso em: 18 abr. 2023.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. **Novos estudos CEBRAP**, n. 79, p. 71-94, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/ytPjkXXYbTRxñJ7THFDBrgc/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 abr. 2023.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Direito como liberdade: o Direito achado na rua: experiências populares emancipatórias de criação do Direito**. 2008. 338 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1401/1/TESE\\_2008\\_JoseGeraldoJunior.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1401/1/TESE_2008_JoseGeraldoJunior.pdf). Acesso em: 19 abr. 2023.

TAVOLARI, Bianca; NISIDA, Vitor; ALVES, Saylon. Nota técnica: Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 828: atualização: 31/01/2022: período de dezembro de 2021 a janeiro de 2022. **INSPER**, Indicadores e Publicações, [2022]. Disponível em: [https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2022/02/Atualizacao\\_Nota\\_Tecnica\\_Acao\\_de\\_Descumprimeto\\_Preceito\\_Fundamental\\_n\\_828.pdf](https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2022/02/Atualizacao_Nota_Tecnica_Acao_de_Descumprimeto_Preceito_Fundamental_n_828.pdf). Acesso em: 15 fev. 2023.

## Jurisprudência citada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso, 3 de junho de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346615468&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso, 1 de dezembro de 2021. p. 23-24. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349030455&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Segunda Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso, 30 de março de 2022. p. 13. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350451892&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Terceira Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso, 29 de junho de 2022. p. 13-14. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352148165&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Quarta Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso, 31 de outubro de 2022. p. 24-25. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354516286&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Quarta Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso, 2 de novembro de 2022. p. 8. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355042872&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

MATO GROSSO. Corregedoria Geral da Justiça. Comissão de Conflitos Fundiários. Expediente n. 0005891-19.2023.8.11.0000. Desembargador Corregedor-Geral da Justiça Juvenal Pereira da Silva, 2 de fevereiro de 2023. In: DECISÃO judicial de ação de reintegração de posse: edital de citação. **Folha do Estado**, Cuiabá, 30 mar. 2023. Disponível em: <https://folhadoestadoonline.com.br/utilidade-publica/decisao-judicial-de-acao-dereintegracao-de-posse-edital-de-citacao/>. Acesso em: 19 abr. 2023.

## Legislação citada

BRASIL. **Lei nº 14.216, de 7 de outubro de 2021**. Estabelece medidas excepcionais em razão da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin) decorrente da infecção humana pelo coronavírus SARS-CoV-2, para suspender o cumprimento de medida judicial, extrajudicial ou administrativa que resulte em desocupação ou remoção forçada coletiva em imóvel privado ou público, exclusivamente urbano, e a concessão de liminar em ação de despejo de que trata a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, e para estimular a celebração de acordos nas relações locatícias. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14216.htm). Acesso em: 13 nov. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República [2022]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 nov. 2022.

RIO DE JANEIRO (Estado). Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão. **Recomendação PRDC/RJ/nº 2/2023**: PA – PPB MPF/PR/RJ nº 1.30.001.004321/2020-31. [Recomenda ao Instituto Nacional do Seguro Social e à Secretaria de Patrimônio da União que adotem as medidas necessárias para conferir destinação de habitação de interesse social ao imóvel localizado na Avenida Venezuela nº 53, Praça Mauá, Rio de Janeiro, RJ, e elaborar um conjunto de medidas de planejamento para a estruturação do imóvel para tal finalidade, observando-se a necessária política de assentamento aos ocupantes da Ocupação Zumbi]. Disponível em: [https://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/recomendacao-ocupacao-zumbi/at\\_download/file](https://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/recomendacao-ocupacao-zumbi/at_download/file). Acesso em: 19 abr. 2023.



# Direito à moradia e pandemia: mobilização social e respostas institucionais<sup>1-2</sup>

*The right to housing and the pandemic: social mobilization and institutional responses*

*Derecho a la vivienda y la pandemia: movilización social y respuestas institucionales*

**Daniel Gaio<sup>3</sup>**

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte, MG, Brasil)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2943-8092>  
E-mail: [danielgaio72@yahoo.com.br](mailto:danielgaio72@yahoo.com.br)

**Oswaldo José Gonçalves de Mesquita Filho<sup>4</sup>**

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte, MG, Brasil)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0826-3457>  
E-mail: [mesquita.osvaldo@gmail.com](mailto:mesquita.osvaldo@gmail.com)

---

<sup>1</sup> GAIO, Daniel; MESQUITA FILHO, Oswaldo José Gonçalves de. Direito à moradia e pandemia: mobilização social e respostas institucionais. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 3, n. 1, p. 323-352, jan./jun. 2023. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a130>.

<sup>2</sup> Agradecimentos à Prof. Dra. Juliana Cesario Alvim Gomes, responsável pela Disciplina “Movimentos, Mobilização Social, Direito e Arenas de Litigância”, ministrada no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, em que se iniciou o esboço deste artigo.

<sup>3</sup> Professor Associado II na Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Membro Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Membro do Corpo Permanente da Pós-Graduação em Ambiente Construído e Patrimônio Sustentável da UFMG. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1994), Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa (2003) e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2010), com estágio de doutoramento na Università di Bologna. Líder do Grupo de Pesquisa e Extensão RE-HABITARE, do CNPq. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3860243568106899>.

<sup>4</sup> Doutorando em Direito Urbanístico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito Urbanístico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Membro do Grupo de Pesquisa e Extensão RE-HABITARE (CNPq). Especialização em Direito Notarial e Registral pelo Centro de Estudos em Direito (CEDIN) e pela Faculdade Arnaldo (2019) e em Direito Civil pela PUC-MG (2019). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2017). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Urbanístico, Civil e Notarial e Registral. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/1477147540684156>.

## Resumo

A pandemia deflagrada pelo COVID-19 ocasionou mudanças substanciais em todo o planeta e afetou, em especial, os que já eram estruturalmente vulneráveis do ponto de vista social, notadamente aqueles que vivem em situação de moradia informal. O artigo objetiva problematizar o processo de mobilização social realizado pela Campanha Despejo Zero – composta por diversas organizações de defesa do direito à moradia –, e as respostas institucionais ora do Poder Legislativo, ora do Poder Judiciário, por meio do Supremo Tribunal Federal (STF). A opção metodológica é a vertente jurídico-social, aliada ao estudo de caso, compreendendo o Direito no ambiente social mais amplo. Não obstante os riscos de esvaziamento político decorrentes de quaisquer lutas no âmbito institucional, conclui-se que a relevância da causa social foi decisiva para a continuidade no engajamento da sociedade, como também para o reconhecimento pelo STF da necessidade de prevalência – ainda que temporária – do direito à moradia em face do direito de propriedade.

## Palavras-chave

Direito à moradia; Mobilização social; COVID-19; Supremo Tribunal Federal; Poder Legislativo.

## Sumário

1. Introdução. 2. Panorama legislativo e judicial do direito à moradia no contexto do COVID-19. 3. A mobilização social e a conquista de direitos: análise da Campanha Despejo Zero. 3.1. A mobilização social e a conquista de direitos. 3.2. A Campanha Despejo Zero e a suspensão dos despejos no contexto do COVID-19. 4. Conclusão.

## Abstract

The COVID-19 pandemic has brought substantial changes across the planet, but has especially affected those who were already structurally socially vulnerable, notably those living in informal housing. The article aims to problematize not only the process of social mobilization organized by Zero Eviction Campaign – composed of several organizations that defend the right to housing – but also the institutional responses, either from Legislative Power or from the Judiciary Power through the Brazilian Supreme Court. The chosen methodology is the legal-social bias along with the case study and the understanding of the Law in the broader social environment. Despite the risks of political stripping arising from any struggles within the institutional framework, it is concluded that the relevance of the social cause was decisive for the continuity of the society's engagement, as well

as for the recognition by the Supreme Court of the need for prevalence – albeit temporary – of the right to housing in the face of the right to property.

## Keywords

Right to housing; Social mobilization; COVID-19; Brazilian Supreme Court; Legislative Power.

## Contents

1. Introduction. 2. Legislative and judicial overview of the right to housing in the context of COVID-19. 3. Social mobilization and the conquest of rights: analysis of the Zero Eviction Campaign. 3.1. Social mobilization and the conquest of rights. 3.2. The Zero Eviction Campaign and the suspension of evictions in the context of COVID-19. 4. Conclusion.

## Resumen

La pandemia desencadenada por el COVID-19 ha provocado cambios sustanciales en todo el planeta, pero ha afectado especialmente a quienes ya eran estructuralmente vulnerables socialmente, en particular a quienes viven en viviendas informales. El artículo tiene como objetivo problematizar el proceso de movilización social llevado a cabo por la Campaña Cero Desalojos – integrada por varias organizaciones que defienden el derecho a la vivienda – y las respuestas institucionales, ya sea por parte del Poder Legislativo, o del Poder Judicial a través del Supremo Tribunal Federal. La opción metodológica es la vertiente jurídico-social, aliada al estudio de caso, comprendiendo el Derecho en el ámbito social más amplio. A pesar de los riesgos de vaciamiento político derivados de las luchas en el marco institucional, se concluye que la relevancia de la causa social fue decisiva para la continuidad en el compromiso de la sociedad, así como para el reconocimiento por parte del STF de la necesidad de prevalencia – aunque temporal – el derecho a la vivienda versus el derecho a la propiedad.

## Palabras clave

Derecho a la vivienda; Movilización social; COVID-19; Supremo Tribunal Federal; Poder Legislativo.

## Índice

1. Introducción. 2. Panorama legislativo y judicial del derecho a la vivienda en el contexto del COVID-19. 3. Movilización social y conquista de derechos: análisis de la Campaña Cero Desalojos. 3.1. Movilización social y conquista de derechos.

### 3.2. La Campaña Cero Desalojos y la suspensión de los desalojos en el contexto del COVID-19. 4. Conclusión.

## 1. Introdução

O mundo vive uma fase transitória. O COVID-19<sup>5</sup>, doença provocada pelo novo coronavírus SARS-COV-2, transformou o mundo. Vivenciamos o medo difuso do invisível. O temor virou rotina e, por óbvio, não temos o controle de tudo<sup>6</sup>. As relações pessoais, em todos os âmbitos, se modificaram. Como tentativa de conter o avanço da pandemia, fomos chamados a ficar em casa, contribuindo para o isolamento social, a fim de evitar o aumento exponencial do número de mortos e infectados pelo vírus.

O Direito – como instrumento e resultado da transformação do mundo – acompanhou essas mudanças, adequando-se aos novos tempos em que vivemos. Para o pesadelo dos neoliberais, a atuação estatal se mostrou cada vez mais perceptível e imprescindível, com destaque para as ações como o auxílio-emergencial do Governo Federal e o temido *lockdown*.

Ficar em casa não é uma realidade fácil. Adequar-se ao *home-office* e ao ensino a distância, conviver um longo período com familiares que mais parecem estranhos diante do curto tempo de convívio em tempos normais, ser privado do lazer cotidiano ao ar livre, entre outras situações, estão longe de ser o maior dos problemas. Antes fosse!

O problema central é, mais uma vez, a moradia. Como ordenar aos que não têm casa para que nela fiquem? Como determinar o isolamento social para aqueles que estão em domicílios totalmente inadequados, vivendo, na imensa maioria das vezes, em um número de pessoas por metro quadrado acima do recomendado? E, ainda, em uma crise sanitária, como dizer aos que não têm infraestrutura básica em casa para que “lavem suas mãos”?

---

<sup>5</sup> No presente ensaio, optou-se pela expressão “O COVID-19”, no masculino, apesar de referir-se à doença (no feminino), porque o legislador assim o fez quando da elaboração da Lei nº 14.010/2020 e da Lei nº 14.216/2021, conforme constam das suas ementas, além de ser a maneira mais comumente utilizada pelo Judiciário, notadamente no âmbito dos tribunais superiores.

<sup>6</sup> MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Contratos imobiliários: impactos da pandemia do Coronavírus**. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 3.

Restringindo as medidas do Poder Público ao âmbito legislativo, foram editadas diversas normativas ao longo do período de pandemia, ao passo de sermos surpreendidos com normas do amanhecer ao anoitecer. Duas dessas serão o enfoque deste artigo: a Lei nº 14.010/2020, que trouxe o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado (RJET)<sup>7</sup>; e a Lei nº 14.216/2021, que suspendeu os despejos no curso da pandemia.

Ambas as normativas apresentam lacunas, não abarcando a totalidade das pessoas com risco de despejo. Mesmo imperfeitas, as leis não tiveram um percurso legislativo fácil, sendo determinante a mobilização social insurgente pró-moradia para que fossem promulgadas, especialmente a representada pela Campanha Despejo Zero<sup>8</sup>, que é aqui objeto de análise. Tal atuação também se deu no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 828/DF, ainda em tramitação.

Em um primeiro momento, este ensaio irá demonstrar o panorama do direito à moradia e a suspensão dos despejos no contexto do COVID-19, analisando o percurso legislativo das normativas em comento e a tramitação da ação no STF. Em seguida, analisará, de forma propedêutica, a importância da mobilização social para a conquista de direitos, com enfoque no campo do direito à moradia. Por fim, procurará correlacionar a atuação da Campanha Despejo Zero e o aspecto simbólico das leis em análise, objetivando demonstrar o papel crucial que a organização teve para a concretização, de fato, da suspensão dos despejos.

A forma de raciocínio utilizada no ensaio é a indutiva, na medida em que se parte de dados particulares e localizados e se dirige a constatações gerais.<sup>9</sup> A opção metodológica é a vertente jurídico-social, uma vez que compreende o fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> A normativa tem caráter emergencial e transitório (art. 1º da Lei nº 14.010/2020), tendo como termo inicial a data de 20 de março de 2020 para os eventos derivados da pandemia (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 14.010/2020). Regula algumas situações da vida privada de forma excepcional devido à pandemia, mencionando-se: a prescrição e a decadência; as relações de consumo; a resilição, resolução e revisão de contratos; entre outras situações cotidianas no Direito.

<sup>8</sup> O nome da mobilização social é Campanha Despejo Zero – Em Defesa da Vida no Campo e na Cidade, mas, por opção metodológica, visando facilitar a leitura e fomentar a fluidez textual, optou-se por indicá-la como “Campanha Despejo Zero” ao longo do texto.

<sup>9</sup> GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020. p. 71.

<sup>10</sup> GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 65.

## 2. Panorama legislativo e judicial do direito à moradia no contexto do COVID-19

O quadro de déficit habitacional brasileiro é uma realidade consolidada, com grande parte da população sendo obrigada a viver à margem da legalidade, o que, de acordo com dados da Fundação João Pinheiro<sup>11</sup>, totaliza 5.876 milhões de domicílios e 8% do total no País. No contexto do COVID-19, a situação é ainda pior, já que o direito à moradia se aproxima ao nível mais essencial, biológico e cerebral do direito à vida e, como corolário, ao direito ao mais elevado nível de saúde.<sup>12</sup>

Diante dessa crise humanitária de ordem sanitária, o direito de não ser despejado passa a fazer parte do núcleo mínimo essencial dos direitos humanos, cabendo ao Poder Público o dever de abstenção e de prevenção, por meio da promoção de políticas públicas e reorganização do quadro legislativo.<sup>13</sup> A realidade, contudo, é diferente, já que, segundo dados da Campanha Despejo Zero<sup>14</sup>, entre março de 2020 e fevereiro de 2022, mais de 27.600 famílias foram removidas e mais de 132.290 estão ameaçadas de remoção no Brasil.

Os despejos têm grande potencial para agravar a pandemia do novo coronavírus nas cidades.<sup>15</sup> O pedido de “fique em casa” não é meramente retórico, uma peça de publicidade, mas, sim, uma forma de enfatizar a importância de uma moradia ao longo da pandemia, que pode ser a diferença entre a vida e a morte.<sup>16</sup> Ambas as razões justificam a adoção de medidas pelo Poder Público para evitar os despejos ao longo da pandemia, o que se deu pela via legislativa e judicial.

<sup>11</sup> FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Déficit habitacional no Brasil 2016-2019**. Belo Horizonte: FJP, 2021. p. 113.

<sup>12</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson; FERREIRA, Allan Ramalho. A obrigação mínima essencial do Estado de prevenção aos despejos forçados: o contexto da pandemia da Covid-19. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, n. 96, p. 5-29, jun. 2021. p. 13.

<sup>13</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson; FERREIRA, Allan Ramalho. A obrigação mínima essencial do Estado de prevenção aos despejos forçados: o contexto da pandemia da Covid-19. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, n. 96, p. 5-29, jun. 2021. p. 22.

<sup>14</sup> CAMPANHA Despejo Zero: balanço dos dados até fevereiro 2022. **Despejo Zero**. Disponível em: <https://uploads.strikinglycdn.com/files/ebb1e782-bb8b-47f9-82d2-1e747cb2bfd/S%C3%ADntese%20Despejo%20Zero%20fevereiro%202022%20-%20final.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2022.

<sup>15</sup> NANDE, Anjalika *et al.* The effect of eviction moratoria on the transmission of SARS-CoV-2. **Nature Communications**, n. 12:2274, p. 1-13, 2021.

<sup>16</sup> ALVES, Rafael Assis; CARVALHO, Laura Bastos; RIOS, Marcos Camilo da Silva Souza. Fique em casa?: remoções forçadas e COVID-19. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, n. 3, v. 12, p. 2147-2173, 2021. p. 2170.

A primeira normativa editada foi a Lei nº 14.010/2020<sup>17</sup>, que instituiu o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET), tratando de diversas questões da vida privada durante a situação de pandemia. No escopo deste ensaio, pretendemos analisar a questão envolvendo a proibição de despejo liminar em locações de imóveis urbanos (art. 9º da Lei nº 14.010/2020).

Primeiramente, vale mencionar que os contratos de locação de imóveis urbanos, residenciais ou comerciais, são regidos por lei própria, a Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/1991)<sup>18</sup>, devido à importância e extensão da temática. Além de dispositivos de natureza material, que regulamentam a relação entre locador e locatário, a norma também traz aspectos de ordem processual, com destaque para a ação de despejo, que é o instrumento adequado para reaver o imóvel, seja qual for o fundamento para o término da locação<sup>19</sup>.

No caso da Lei nº 14.010/2020, proibiu-se a concessão liminar de desocupação nas ações de despejo, em algumas situações específicas, valendo-se o destaque para a proibição no caso de falta de pagamento de aluguel e acessórios. Tal hipótese teve sua relevância exacerbada pelos movimentos que se insurgiram contra o veto presidencial, pelo fato de considerarem tal regra uma forma de proteção do direito à moradia. Justificou-se com base na situação de milhares de famílias que se utilizam da locação para moradia – “moram de aluguel” – e tiveram sua situação financeira prejudicada, tornando-se inadimplentes.

Contudo, há uma especificidade a ser destacada nessa previsão da Lei do Inquilinato. Dispõe-se que a liminar de desocupação, nas ações de despejo, será concedida em caso de falta de pagamento do aluguel e acessórios, desde que o contrato esteja desprovido de qualquer das garantias previstas na lei<sup>20</sup> – caução, fiança, seguro de fiança locatícia, cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento –, ou seja, a situação somente abarca os contratos de locação sem qualquer garantia. Nos contratos com garantia, seja ela qual for, em caso de falta de pagamento,

<sup>17</sup> BRASIL. Lei nº 14.010, de 14 de junho de 2020. Brasília: Presidência da República, 2020. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/114010.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114010.htm). Acesso em: 5 maio 2023.

<sup>18</sup> BRASIL. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Brasília: Presidência da República, [2012]. Disponível: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18245.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm). Acesso em: 5 maio 2023.

<sup>19</sup> Art. 5º da Lei nº 8.245/1991.

<sup>20</sup> Art. 37 da Lei nº 8.245/1991.

continua sendo possível a concessão de liminar de desocupação, observando-se o procedimento próprio da lei.

A proibição contida na Lei nº 14.010/2020 é, portanto, aplicável para situações bastante excepcionais, uma vez que a grande maioria dos contratos de locação é pactuada com garantias. Por tal motivo, a norma não foi, nem de longe, suficiente para evitar os despejos ao longo da pandemia, o que justificou a continuidade da mobilização social em torno da temática, com reflexos em âmbito legislativo e judicial.

A Lei nº 14.216/2021<sup>21</sup>, por sua vez, suspendeu todas as medidas judiciais, extrajudiciais ou administrativas que resultassem em desocupação ou remoção forçada coletiva em imóvel público ou privado até 31/12/2021.<sup>22</sup> Veio a corrigir, portanto, a lacuna deixada pela normativa anterior, já que não fez restrição aos casos em que seria aplicada. Trouxe, ainda, parâmetros para os valores de locação abrangidos pela suspensão do despejo<sup>23</sup>, condicionados à demonstração da incapacidade do pagamento pelo locatário<sup>24</sup>.

Por outro lado, é importante mencionar que a normativa se aplica apenas às áreas urbanas, o que somente veio a ser solucionado pela ADPF nº 828/DF. Tal ação foi proposta em 15/04/2021, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL<sup>25</sup>), com o intuito de suspender os despejos ao longo da pandemia. Ao lado das normativas acima mencionadas, foi uma forma de provocação estatal, dessa vez por meio de sua atuação judicial. A ação tem como relator o Ministro Luís Roberto Barroso, que se mostrou atento à questão e concedeu decisões favoráveis ao movimento pró-moradia. Vale destacar a decisão de 03/06/2021, na qual se procedeu da seguinte forma:

[...] i) *com relação a ocupações anteriores à pandemia*: suspender pelo prazo de 6 (seis) meses, a contar da presente decisão, medidas administrativas ou judiciais que resultem em despejos, desocupações, remoções forçadas ou reintegrações de posse de natureza coletiva em imóveis que sirvam de moradia ou que representem área produtiva

<sup>21</sup> BRASIL. Lei nº 14.216, de 7 de outubro de 2021. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/14216.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14216.htm). Acesso em: 5 maio 2023.

<sup>22</sup> Art. 1º da Lei nº 14.216/2021.

<sup>23</sup> R\$ 600,00 (seiscentos reais), para imóvel residencial, e R\$1.200,00 (mil e duzentos reais), para imóvel comercial (art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 14.216/2021).

<sup>24</sup> Art. 4º, *caput*, da Lei nº 14.216/2021.

<sup>25</sup> Salienta-se que posteriormente foram admitidos neste processo dezoito *amicus curie*, a maioria deles composta por organizações da sociedade civil ligadas à defesa da moradia adequada.

pelo trabalho individual ou familiar de populações vulneráveis, nos casos de ocupações anteriores a 20 de março de 2020, quando do início da vigência do estado de calamidade pública (Decreto Legislativo nº 6/2020);

ii) *com relação a ocupações posteriores à pandemia*: com relação às ocupações ocorridas após o marco temporal de 20 de março de 2020, referido acima, que sirvam de moradia para populações vulneráveis, o Poder Público poderá atuar a fim de evitar a sua consolidação, desde que as pessoas sejam levadas para abrigos públicos ou que de outra forma se assegure a elas moradia adequada; e

iii) *com relação ao despejo liminar*: suspender pelo prazo de 6 (seis) meses, a contar da presente decisão, a possibilidade de concessão de despejo liminar sumário, sem a audiência da parte contrária (art. 59, § 1º, da Lei nº 8.245/1991), nos casos de locações residenciais em que o locatário seja pessoa vulnerável, mantida a possibilidade da ação de despejo por falta de pagamento, com observância do rito normal e contraditório.<sup>26</sup>

Embora em muitos pontos favorável à legislação, a decisão referida traz alguns pontos divergentes. Por exemplo, o prazo fixado inicialmente pelo STF se encerraria, então, em 03/12/2021, o que acrescenta um ponto positivo à Lei nº 14.216/2021, que foi um pouco mais ampla. Além disso, a norma também não faz distinção entre as ocupações anteriores e posteriores à pandemia, abarcando também imóveis de uso comercial. De forma geral, a lei é mais minuciosa e protetiva.

Por outro lado, a lei é expressa na sua aplicação aos imóveis “exclusivamente urbanos”, excluindo, pois, as ocupações urbanas em áreas rurais, as quais representam 832 mil domicílios em situação em déficit habitacional.<sup>27</sup> Além disso, as ocupações por reforma agrária em áreas rurais são expressivas – numérica, social e simbolicamente etc. –, representadas em especial pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), que seriam afetadas de modo considerável, caso os despejos não fossem suspensos nessas áreas.

Cabe, ainda, destacar que o prazo de suspensão dos despejos se encontrava ultrapassado, tanto das normativas quanto da decisão do STF. Em que pese o

<sup>26</sup> STF, ADPF 828 MC/DF, Decisão Monocrática, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 3 jun. 2021, p. 7.

<sup>27</sup> FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. *Déficit habitacional no Brasil 2016-2019*, p. 118.

cenário atual de vacinação da maioria da população brasileira e de enfraquecimento da pandemia<sup>28</sup>, não há como afirmar que a situação pandêmica acabou e quais serão os próximos passos, seja qual for o campo social. Os prazos de suspensão tornaram-se, então, obsoletos.

Nesse sentido, o PSOL, em conjunto com os demais atores sociais envolvidos na ação, ingressou com pedido de medida cautelar incidental, postulando a extensão dos efeitos da Lei nº 14.216/2021 às áreas rurais, sob o fundamento de que não há critério razoável para proteger pessoas vulneráveis que habitam em áreas urbanas e não proteger aquelas que se encontram nas áreas rurais. Requereu, ainda, a prorrogação dos prazos previstos na normativa, em razão da persistência do cenário da pandemia.

Ao analisar o pedido, o STF<sup>29</sup>, em sua maioria, entendeu pela sua procedência. Quanto à extensão dos efeitos aos imóveis rurais, a decisão indicou que não havia justificativa razoável para tal exclusão, indo de encontro ao princípio da proporcionalidade e à vedação à proteção insuficiente. Caberia, então, ao Poder Público a adoção das ações necessárias à defesa de valores de estatura constitucional, o que justificaria a decisão nesse sentido.

Em relação ao prazo de suspensão, vale destacar os seguintes trechos da decisão:

[...] é difícil prever de antemão até quando perdurará a crise sanitária. Passados seis meses desde a concessão da medida cautelar, o fato é que a pandemia ainda está em curso. Por isso, tendo o Congresso Nacional deliberado a respeito da matéria, o ideal é que os próprios parlamentares voltem a se debruçar sobre o tema e decidam a respeito da extensão do prazo previsto originalmente em lei.

[...] Caso não venha a ser deliberada a prorrogação pelo Congresso Nacional até o início do recesso parlamentar, concedo desde logo a medida cautelar incidental, a fim de que a suspensão determinada na Lei nº 14.216/2021 siga vigente até ao menos 31.03.2022, com a extensão dos seus efeitos também para as áreas rurais.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> MAPA da vacinação contra Covid-19 no Brasil. **G1**, São Paulo, 27 jan. 2023. Disponível em: <http://especiais.g1.globo.com/bemestar/vacina/2021/mapa-brasil-vacina-covid/>. Acesso em: 5 maio 2023.

<sup>29</sup> STF, ADPF 828 TPI/DF, Decisão Monocrática, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 1 dez. 2021.

<sup>30</sup> STF, ADPF 828 TPI/DF, Decisão Monocrática, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j.1 dez. 2021. p. 22.

*A priori*, o STF entendeu que a competência para definir a extensão do prazo é do Congresso Nacional, que foi o responsável pela deliberação inicial. Contudo, em atenção ao princípio da precaução e pela situação de proteção do vulnerável, estendeu os efeitos, caso a extensão não fosse deliberada até o início do recesso parlamentar, que foi o que de fato aconteceu, resultando na ampliação até 31/03/2022.

Com a aproximação do prazo para a suspensão e a persistência da situação pandêmica, mesmo que em declínio, a Campanha Despejo Zero, representada pelo legitimado PSOL, postulou, no âmbito da ADPF nº 828/DF, a prorrogação do prazo até a pandemia ser declarada finda pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e/ou enquanto perdurarem seus efeitos sobre a população brasileira. Novamente, em atenção aos postulados da cautela, da precaução e da proteção dos vulneráveis, o Ministro Barroso prorrogou o prazo de suspensão até 30/06/2022, o que representou uma vitória pró-moradia.<sup>31</sup>

É importante analisar os argumentos utilizados nas decisões do STF, que deixam claros o destaque e a relevância da mobilização social em torno da ADPF nº 828/DF, notadamente por meio da Campanha Despejo Zero. No tópico a seguir, será feita uma apresentação propedêutica da importância dos movimentos sociais e as suas formas de atuação na arena legislativa e no Judiciário, com enfoque na luta pela suspensão dos despejos no contexto do COVID-19.

### 3. A mobilização social e a conquista de direitos: análise da Campanha Despejo Zero

Neste tópico, optamos pela divisão em dois subitens: i. apresentação, de forma introdutória, da importância dos movimentos sociais para a conquista de direitos e as suas formas de atuação política, legislativa e judiciária; e ii. análise da Campanha Despejo Zero, sua importância para a suspensão dos despejos no contexto do COVID-19 e a sua oposição ao caráter simbólico das leis analisadas.

---

<sup>31</sup> STF, ADPF 828 TPI-SEGUNDA/DF, Decisão Monocrática, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 30 mar. 2022.

### 3.1 A mobilização social e a conquista de direitos

A mobilização social pode se dar – em conjunto, como se espera que seja, ou individualmente – por diversos atores sociais: movimentos sociais, organizações da sociedade civil, organizações não governamentais (ONGs), advogados populares, clínicas de direitos humanos, órgãos de assistência jurídica, entidades representativas de classes, partidos políticos, sindicatos, entidades ligadas à universidade e os próprios pesquisadores, acadêmicos e professores etc.

Falar de mobilização social é praticamente o mesmo que falar dos movimentos sociais, principais representantes entre esses atores sociais. Tais organizações se caracterizam como tentativas coletivas de influir nos arranjos sociais, objetivando mudanças nas estruturas da sociedade, e não exclusivamente nos indivíduos, o que seria o caso de outros movimentos que estão voltados para o bem-estar pessoal de seus membros.<sup>32</sup> Vale o destaque ao seguinte trecho de Gomes:

Em síntese, os movimentos sociais abordados são articulações coletivas com algum grau de marginalização de suas demandas, de organização e de atividade extrainstitucional socialmente alicerçada. Atuam segundo uma lógica expressiva, buscando resultados materiais e simbólicos em sentido conservador, reformador ou revolucionário. Seus integrantes se unem por solidariedade oriunda de uma certa identificação, mas sua identidade de grupo, sua agenda e seu funcionamento são construídos de maneira relacional, influenciados por fatores internos e externos, inclusive do direito institucionalizado.<sup>33</sup>

Os grupos marginalizados devem, portanto, estar organizados – social e politicamente – em movimentos sociais e organizações não governamentais, visando à alteração do *status quo*, sendo verdadeiros catalisadores nas mudanças sociais, notadamente da lei e da justiça.<sup>34</sup> Apesar de tradicionalmente utilizados para manter os privilégios das classes dominantes, a lei e o sistema judicial não

<sup>32</sup> GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Por um constitucionalismo difuso**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 66.

<sup>33</sup> GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Por um constitucionalismo difuso**. p. 72.

<sup>34</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; CARLET, Flávia. The Movement of Landless rural workers in Brazil and their struggles for access to law and justice. In: GHAI, Yash; COTTRELL, Jill (org.). **Marginalized communities and access to justice**. New York: Routledge, 2010. p. 61.

estão imunes às lutas sociais e, por isso, devem ser utilizados como meios para combater essas benesses e lutar por justiça social.<sup>35</sup>

As formas de atuação desses grupos podem – e devem – ser variadas: pela via do Legislativo, do Judiciário e da política. Procuramos trazer alguns argumentos relacionados a cada uma dessas vias, uma vez que utilizadas em conjunto na mobilização social pela suspensão dos despejos no contexto do COVID-19.

O campo da política, que permeia e influencia os demais, é fundamental para que se alcancem as almejadas mudanças sociais. Nem o Legislativo nem o Judiciário, isoladamente, conseguem atingir resultados efetivos, se desvinculados da atuação política. Uma das principais estratégias de atuação do MST, por exemplo, é a integração da atuação jurídica dentro de uma mobilização política mais ampla, politizando as lutas antes de serem judicializadas, para só então utilizar-se de estratégias jurídicas sofisticadas de atores diversos.<sup>36</sup> Cabe destacar o seguinte trecho de Carlet:

[...] enquanto as estratégias jurídicas são utilizadas na defesa processual dos movimentos sociais no âmbito de ações judiciais, *as estratégias de mobilização política* – entre elas a articulação política com parlamentares, campanhas de cartas, manifestações públicas e sensibilização dos magistrados – *têm como principal objetivo potencializar as estratégias jurídicas e fazer pressão social.*<sup>37</sup> (grifos nossos)

Quanto à via do Poder Judiciário na busca por efetivação de direitos, é consenso que há certa contraditoriedade, podendo ser tanto obstáculo quanto importante arena para fortalecer e efetivar direitos.<sup>38</sup> Restringindo-se ao campo do direito à moradia, que é o escopo deste artigo, a ida ao Judiciário foi, por muito tempo, vista com maus olhos, em razão do seu aspecto conservador, ligado à proteção

<sup>35</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; CARLET, Flávia. The Movement of Landless rural workers in Brazil and their struggles for access to law and justice. p. 61-62.

<sup>36</sup> HOUTZAGER, Peter. El Movimiento de los Sin Tierra (MST) y el campo jurídico en Brasil. *Revista el Otro Derecho*, Bogotá, n. 35, p. 135-168, 2006. p. 137.

<sup>37</sup> CARLET, Flávia. Advocacia popular: práticas jurídicas contra-hegemônicas no acesso ao direito e à justiça no Brasil. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, n. 10, v. 6, p. 377-411, 2015. p. 402.

<sup>38</sup> CARLET, Flávia. Advocacia popular: práticas jurídicas contra-hegemônicas no acesso ao direito e à justiça no Brasil. p. 395.

do direito de propriedade em detrimento do direito à moradia, e, por muitas vezes, da própria criminalização dos movimentos sociais ligados à luta pela terra.<sup>39</sup>

Porém, conforme destaca Duarte<sup>40</sup>, à medida que os movimentos sociais pró-moradia começaram a procurar e exigir espaços de diálogo, reivindicando uma proteção efetiva dos seus direitos, ressignificaram o acesso ao direito e aos tribunais, passando a enxergá-los como vetores emancipatórios. Sendo assim, o Judiciário, especialmente as Cortes Supremas, tem sido utilizado para a consolidação de direitos, uma espécie de resposta às demandas sociais emergentes.<sup>41</sup> Sobre a incorporação do Judiciário pelos atores da mobilização social, destaca-se o trecho de Cardoso e Fanti:

[...] mesmo em relação aos movimentos sociais com uma postura tradicionalmente mais reativa em relação ao Direito, há uma tendência recente de também incorporar a linguagem do direito e, a partir das dificuldades de acesso ao espaço de disputa do Poder Judiciário, a agenda propositiva de direitos se transforma em uma agenda de *reforma das instituições do direito*, para que sejam mais permeáveis a essas demandas sociais. Isso porque a mera positivação de direitos não altera necessariamente o Judiciário que os aplica, tornando também o funcionamento deste Poder alvo da ação daqueles que trabalham com a linguagem de direitos.<sup>42</sup> (grifos nossos)

A dita reforma das instituições do Direito pode se dar pela via da interpretação jurisprudencial, em que o sentido apreendido da norma se altera ao longo do tempo; ou pela via do Legislativo. As mudanças jurídicas também podem ser fruto de ações administrativas, de mudanças na opinião pública, do

<sup>39</sup> JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. *Estudos Históricos*, v. 18, p. 389-402, 1996.

<sup>40</sup> DUARTE, Madalena. Acesso ao direito e à justiça: condições prévias de participação dos movimentos sociais na arena legal. *Oficina CES*, n. 270, p. 1-16, fev. 2007. p. 14.

<sup>41</sup> Sobre a busca pela efetivação de direitos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, sugere-se: GUIMARÃES, Livia Gil. Atuação do movimento das mulheres no Supremo Tribunal Federal: litígio estratégico no caso da ADPF 34. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC*. v. 40, p. 13-37, 2018 e MAGALHÃES, Breno Baía. O estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito FGV*, n. 2, v. 15, p. 1-37, maio/ago. 2019.

<sup>42</sup> CARDOSO, Evorah; FANTI, Fabíola. Movimentos sociais e direito: o Poder Judiciário em disputa. In: SILVA, Rodriguez. *Manual de sociologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 240.

monitoramento da atuação pública ou privada pela sociedade civil, entre outras fontes de transformação.<sup>43</sup>

No âmbito do Poder Legislativo, a mobilização social pode exercer influência no processo legislativo, auxiliando e pleiteando a elaboração de projetos de lei, emendas constitucionais, assim como pressionando a sua tramitação e votação. O aspecto político é inerente à atuação no Legislativo, já que o diálogo e a pressão com parlamentares exigem tal característica, não sendo possível dissociar uma coisa da outra.

Como um apanhado geral das formas de atuação das mobilizações sociais, suas estratégias e atores envolvidos, Gomes afirma que:

[...] A maneira como os movimentos sociais mobilizam os recursos existentes para alcançarem seus objetivos varia em função das possibilidades e dos incentivos reais que se apresentam num determinado contexto histórico, bem como da forma como esses agentes os percebem e como eles integram. Além disso, seu sucesso dependerá não apenas das estratégias adotadas, mas também da atuação dos demais sujeitos sociais.<sup>44</sup>

Na problemática da suspensão dos despejos no contexto do COVID-19 – na Lei nº 14.010/2020, Lei nº 14.216/2021 e na ADPF nº 828/DF –, a mobilização social foi importante para o atual desenrolar, notadamente por meio da Campanha Despejo Zero, que será objeto do tópico a seguir.

### 3.2 A Campanha Despejo Zero e a suspensão dos despejos no contexto do COVID-19

Inicialmente, é importante destacar que ambas as normativas – a Lei nº 14.010/2020 e a Lei nº 14.216/2020 – foram inicialmente vetadas pelo Presidente da República. Os vetos foram parcial e total, respectivamente. Em relação à primeira normativa, o veto foi somente em relação ao artigo que suspendia os despejos; enquanto, na segunda, se deu em relação ao texto completo da lei.

<sup>43</sup>HOUTZAGER, Peter. El Movimiento de los Sin Tierra (MST) y el campo jurídico en Brasil. p. 136.

<sup>44</sup>GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Por um constitucionalismo difuso**. p. 84.

O veto é considerado ato de natureza política, não havendo controle judicial sobre as razões do veto, o que aumenta a discricionariedade do ato.<sup>45</sup> Contudo, após o veto, há a análise pelo Congresso Nacional, que pode rejeitá-lo ou aceitá-lo, de forma parcial ou total. No caso do veto ao art. 9º da Lei nº 14.010/2020, em 20/08/2020, houve deliberação conjunta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, decidindo-se pela rejeição total do veto presidencial ao artigo.<sup>46</sup> No veto total à Lei nº 14.216/2021, a sessão conjunta aconteceu em 27/09/2021, decidindo-se também pela rejeição total ao veto presidencial.<sup>47</sup>

A derrubada de um veto presidencial é sempre tormentosa e, apesar de prevista constitucionalmente, pode demonstrar um indício de conflito entre os Poderes Legislativo e Executivo. Isso evidencia a importância da mobilização social na defesa da temática, que se deu em várias frentes.

O destaque fica por conta da Campanha Despejo Zero, que foi uma reação à continuidade das remoções de famílias de suas casas ao longo da pandemia. A campanha é composta por mais de 175 organizações, entidades, movimentos sociais e coletivos, de composição bastante ampla e com entes de diversos segmentos.<sup>48</sup> Não cabe a pormenorização de cada um deles pelo escopo do artigo, mas é cediço que têm um fio em comum: a defesa do direito à moradia adequada.

O objetivo principal da mobilização é a suspensão dos despejos ao longo da pandemia, seguindo recomendação da Comissão de Direitos Humanos da

---

<sup>45</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 1149.

<sup>46</sup> A sessão foi conjunta (nº 019), com 409 deputados votando pela rejeição do veto, e apenas 7 votando pela manutenção; e 64 senadores votando pela rejeição; e somente 2, pela manutenção. Cf. BRASIL. Congresso Nacional. **Sessão Conjunta nº 019**: 20.20: veto parcial nº 20, de 2020. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/siscon/api/portalcn/pdfResultadoNominalDestaque/13325>. Acesso em: 20 mar. 2022.

<sup>47</sup> A sessão conjunta do Congresso Nacional, iniciada em 27/09/2021, às 11h28, teve o seguinte resultado: 6 votos para Sim (aceitação do veto), 435 para Não (rejeição do veto) e 2 abstenções, com o total de presentes de 443 parlamentares. Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Veto nº 42/2021: votação do dispositivo 42.21.000: veto total. **Congresso Nacional**: matérias legislativas: vetos, 27 set. 2021. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/14485/0>. Acesso em: 20 mar. 2022.

<sup>48</sup> A título exemplificativo, compõem a Campanha Despejo Zero: Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), Movimentos dos Atingidos pelas Barragens (MAB), Movimento dos Trabalhadores Sem Teto (MTST), Confederação Nacional das Associações de Moradores, Central dos Movimentos Populares (CMP), União dos Movimentos de Moradia (UMM), Movimento Nacional de Luta por Moradia, Instituto Pólis; BrCidades; Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico (IBDU); Conselho Nacional de Direitos Humanos; entre outros órgãos. Cf. A CAMPANHA Nacional #DespejoZero: em defesa da vida no campo e na cidade. **Despejo Zero**, 23 jul. 2020. Disponível em: <https://www.campanhadespejzero.org/despejzero>. Acesso em: 20 fev. 2022.

Organização das Nações Unidas (ONU).<sup>49</sup> Vale o destaque à declaração de um dos líderes do movimento:

Diante da pandemia, o despejo é um ato criminoso. Despejo é um crime de guerra, é um crime contra a humanidade neste momento. Quem praticar, seja juiz, governador, presidente da república, vai entrar para a história como um genocida. Nós não vamos vacilar em momento nenhum em fazer essa denúncia.<sup>50</sup>

Corroborando com tais alegações, o atual Relator de Moradia Adequada da ONU, Balakrishnan Rajagopal, emitiu manifestação para que o Brasil cessasse os despejos e as remoções enquanto a pandemia perdurasse. Tal declaração se deu após denúncia que lhe foi enviada por movimentos sociais brasileiros<sup>51</sup>, valendo o destaque para a seguinte declaração do Relator: “Despejar à força as pessoas de suas casas nessa situação, independentemente do *status* legal de sua locação, é uma violação de seus direitos humanos”<sup>52</sup>.

Em âmbito internacional, a mobilização contra os despejos e as remoções forçadas durante a pandemia também foi intensa, valendo destacar a adoção de medidas de proteção aos inquilinos em diversos países. Para enfrentar o problema em escala mundial, em 05/10/2020, conhecido como o Dia Mundial do *Habitat*, foi organizada uma mobilização no *Twitter* – rede social global – a favor do direito à moradia e contra os despejos e as remoções forçadas. O alcance de tal ação foi gigante, uma vez que as redes sociais potencializam a possibilidade de participação e os efeitos das mobilizações sociais. Cabe mencionar o texto de convocação do movimento, *in verbis*:

Você pode usar 5min HOJE para ajudar milhares de famílias brasileiras? *80.000 brasileiros estão ameaçados de despejo, mais gente do que a população inteira de 5.161 cidades do país.* Acesse o link abaixo para

<sup>49</sup> LACERDA, Nara. Movimentos lançam Campanha Despejo Zero por proteção à moradia durante a pandemia. **Brasil de Fato**, São Paulo, 23 jul. 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/07/23/movimentos-lancam-campanha-despejo-zero-por-protexao-a-moradia-em-meio-a-pandemia>. Acesso em: 20 fev. 2022.

<sup>50</sup> LACERDA, Nara. Movimentos lançam Campanha Despejo Zero por proteção à moradia durante a pandemia.

<sup>51</sup> A denúncia foi organizada pela Organização Terra e Direitos e pelo Labá – Direito, Espaço e Política, o Laboratório de Pesquisa Interinstitucional da UFRJ, UFPR e Unifesp. Cf. LACERDA, Nara. Movimentos lançam Campanha Despejo Zero por proteção à moradia durante a pandemia.

<sup>52</sup> LACERDA, Nara. Movimentos lançam Campanha Despejo Zero por proteção à moradia durante a pandemia...

participar do tuitaço da Campanha Despejo Zero, 05/10, das 11h às 12h. #DespejoZero #ZeroEvictions #DesalojoCero.<sup>53</sup> (grifos nossos)

Em âmbito nacional, vale destacar a manifestação de Raquel Rolnik, ex-Relatora de Moradia Adequada da ONU, Pedro Mendonça<sup>54</sup> e de diversos outros personagens importantes no cenário brasileiro que apoiam o movimento: Chico Buarque, Padre Júlio Lancellotti, Leonardo Boff, Luís Inácio Lula da Silva, Ermínia Maricato, Guilherme Boulos, Eduardo Suplicy, entre outros. Tal estratégia é muito importante para a aderência/conclamação popular do movimento, que, ao reunir figuras notórias dos mais variados segmentos sociais, encontra apoiadores em diversos espectros sociais, o que, sem dúvidas, tem influência política no Legislativo.

No próprio Poder Legislativo foram desenvolvidas algumas ações de insurgência, com destaque para a elaboração de Nota Pública<sup>55</sup> defendendo a suspensão do cumprimento de medidas, judiciais ou extrajudiciais, que resultem em despejos, desocupações, reintegrações de posse ou remoções durante o estado de pandemia pelo COVID-19. Entre as medidas defendidas na nota, destacam-se a derrubada do veto presidencial à Lei nº 14.010/2020 e a aprovação do Projeto de Lei (PL) nº 827/2020, que deu origem à Lei nº 14.216/2021.

Na linha do que defende este ensaio, essa mobilização dos movimentos sociais, dos acadêmicos, dos membros do Congresso Nacional e de parcela da sociedade civil ligados à defesa da moradia teve caráter insurgente, na medida em que se opôs contra a ordem vigente, tentando subverter a lógica de dominação que estava prestes a se perpetuar com os vetos presidenciais. São insurgentes pelo fato de se oporem às lógicas do cotidiano em prol de uma ampliação das esferas de vida a uma lógica que não seja abstrata, mercadológica e burocrática, buscando a substituição do valor de troca pelo valor de uso dos suportes de vida.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> DIA mundial do habitat: tuitaço: #DespejoZero. **BR Cidades**, 5 out. 2020. Disponível em: <https://www.brcidades.org/post/dia-mundial-do-habitat-tuita%C3%A7o-despejozero>. Acesso em: 15 mar. 2022.

<sup>54</sup> ROLNIK, Raquel; MENDONÇA, Pedro. Inquilinos, enfim, protegidos durante a pandemia no Brasil. **LabCidades**, 21 ago. 2020. Disponível em: <http://www.labcidade.fau.usp.br/inquilinos-enfim-protetidos-durante-a-pandemia-no-brasil/>. Acesso em: 10 jan. 2022.

<sup>55</sup> Para mais detalhes, ver: NOTA pública conjunta: Frente Parlamentar Mista em Defesa da Reforma Urbana e dos Movimentos de Luta por Moradia: Frente Parlamentar Mista em Defesa da Democracia e dos Direitos Humanos com Participação Popular: pela suspensão dos despejos durante a pandemia do Coronavírus. **Câmara dos Deputados**: atividade legislativa: comissões, Brasília, 5 ago. 2020. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/nota-publica-despejos>. Acesso em: 21 fev. 2022.

<sup>56</sup> RANDOLPH, Rainer. Subversão e planejamento como “praxis”: uma reflexão sobre uma aparente impossibilidade. In: LIMONAD, Ester; CASTRO, Edna (org.). **Um novo planejamento para um novo Brasil?** Rio de Janeiro: ANPUR: SBPC: Letra Capital, 2014. p. 51.

Também são práticas contra-hegemônicas, já que são redes, organizações e movimentos centrados nas lutas contra a exclusão social e na ideia de que é possível construir alternativas ao modelo neoliberal.<sup>57</sup> Utilizam-se do Direito – seja pela influência no processo legislativo, seja no âmbito da ADPF nº 828/DF – para desafiar as estruturas e as práticas político-jurídicas.

No caso em análise, a luta institucional caminhou em conjunto com a ação direta, uma vez que a mobilização no Poder Legislativo – ação institucional – foi fundamental para a derrubada do veto. E não poderia ser diferente, já que de nada adiantaria a ação direta se não fossem os votos favoráveis à derrubada do veto no Congresso Nacional. Nesse sentido, o artigo alinha-se ao posicionamento de que a luta institucional pode complementar a ação direta, não substituindo, em hipótese alguma, a ação direta, subordinando-se a ela, assim como a tática se subordina à estratégia, e não o contrário.<sup>58</sup>

Cabe à ação direta encontrar mecanismos para apropriar-se das lacunas e imperfeições do Estado e, a partir disso, utilizar-se da ação institucional em favor dos objetivos defendidos. No caso em tela, a falha do Estado é a provisão de moradia adequada, e tal aspecto se escancarou durante a pandemia, quando todos eram chamados a “ficar em casa”. O movimento se apropria, então, do mecanismo institucional da derrubada do veto e da propositura de ação no STF para atingir os fins almejados. Nesse sentido, assim dispõe Souza:

[...] nem sempre a ação direta visa, simplesmente, a atacar frontalmente o Estado, na perspectiva de uma contribuição sem mediações para a sua negação ou destruição. Muitas vezes, ela pode ter o efeito e mesmo a intencionalidade imediatos de pressionar o Estado. Em alguns casos, pode até mesmo ser um “contra o Estado” que se desdobra, na prática ou mesmo na intenção tática, em um “com o Estado” ao se forçar o Estado não somente a ceder e conceder, mas também sentar-se à mesa de negociações e a instituir novos canais de diálogo.<sup>59</sup>

<sup>57</sup> CARLET, Flávia. *Advocacia popular: práticas jurídicas contra-hegemônicas no acesso ao direito e à justiça no Brasil*. p. 402.

<sup>58</sup> SOUZA, Marcelo Lopes de. *Com o Estado, apesar do Estado, contra o Estado: os movimentos urbanos e suas práticas espaciais, entre a luta institucional e a ação direta*. *Cidades: Grupo de Estudos Urbanos – GEU*, n. 11, v. 7, p. 26, jan. 2010.

<sup>59</sup> SOUZA, Marcelo Lopes de. *Com o Estado, apesar do Estado, contra o Estado: os movimentos urbanos e suas práticas espaciais, entre a luta institucional e a ação direta*. *Cidades: Grupo de Estudos Urbanos – GEU*, n. 11, v. 7, p. 29, jan. 2010.

Por outro lado, a despeito de abrir um amplo leque de possibilidades, a utilização da luta institucional carrega o risco da desmobilização e da cooptação pelo Estado. Na linha do que defende Randolph<sup>60</sup>, o maior perigo das insurgências reside na possibilidade de o sistema acionar seus mecanismos de colonização e tentar absorver essas experiências dentro de sua lógica instrumental e abstrata.

É nesse ponto que se destaca a Campanha Despejo Zero, já que as mobilizações poderiam ter sido neutralizadas pelas derrubadas dos vetos presidenciais, o que, contudo, não aconteceu. As leis foram simbólicas, deixando lacunas importantes e tendo pouca aplicabilidade, o que foi refutado pela mobilização social, especialmente no âmbito da ação no STF.

De acordo com as ideias de Neves<sup>61</sup>, determinadas normativas podem ser tão somente um simbolismo, uma resposta política aos anseios sociais, faltando aparato técnico-jurídico para a sua efetivação. Nesse sentido, prevalece o caráter político do ato em relação ao seu sentido normativo-jurídico.<sup>62</sup> Veja-se como se dá a aplicação de tal teoria às normativas analisadas.

No caso da Lei nº 14.010/2020, defendeu-se que a derrubada do veto presidencial seria essencial para efetivar o direito à moradia e preservar os contratos de locação impactados pela pandemia, quando, na realidade, a situação abarcada pela lei era bastante limitada. É irreal pensar, na prática imobiliária e comercial vigente, a pactuação de contratos de aluguel de imóveis sem qualquer tipo de garantia. Caso existam, representam uma realidade muito excepcional, o que corrobora a afirmação de que a lei teve caráter simbólico, sem grande aplicabilidade prática.

Sendo assim, a normativa respondeu ao anseio político e social à época, podendo ser classificada como uma espécie de legislação-álibi, quando o legislador, na emergência de problemas sociais ou insatisfação popular, edita uma aparente solução, como forma de conter a pressão popular. Vale colacionar o seguinte trecho de Kindermann:

[...] o legislador, muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos,

<sup>60</sup> RANDOLPH, Rainer. Subversão e planejamento como “praxis”: uma reflexão sobre uma aparente impossibilidade. p. 49.

<sup>61</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

<sup>62</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. p. 31.

sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. Através dela, o legislador procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos.<sup>63</sup>

Mesmo após a derrubada do veto presidencial à Lei nº 14.010/2020, a Campanha Despejo Zero não se desmobilizou, continuando sua batalha pela positivação da Lei nº 14.216/2021 (à época, PL nº 827/2020). A pressão política e legislativa não cessou, destacando-se a realização de diversos atos, especialmente *online* e no *Twitter*, o que se justificava pelo contexto de distanciamento social em razão do COVID-19.

Promulgou-se, então, a Lei nº 14.216/2021, após mais uma derrubada de veto presidencial. A legislação, por sua vez, continua insuficiente, já que exclui as situações de moradia em áreas rurais. Tal aspecto vai na linha da legislação simbólica de Neves, uma vez que a normativa freia os anseios sociais e políticos, mas, ao deixar de regulamentar ponto crucial para a questão, acaba falhando no que tange à efetividade.

A Campanha Despejo Zero, que poderia ter se desestabilizado e desmembrado em razão das “vitórias” parciais, entrou em ação novamente. Por meio do pedido liminar no âmbito da ADPF nº 828/DF, o PSOL – representante da organização no âmbito do Judiciário em razão da sua legitimidade constitucional – postulou a extensão dos efeitos às áreas rurais e a prorrogação do prazo, o que foi deferido pelo Ministro Barroso.

A seguir, destaca-se trecho de entrevista de Kelli Malfort, da direção nacional do MST, um dos principais integrantes da Campanha Despejo Zero, que resume os argumentos utilizados no pedido à Suprema Corte:

A vida precisa estar acima da propriedade e a luta por teto, terra e trabalho é justa e necessária, pois estamos diante de duas pandemias, a do vírus e a da fome. A decisão do STF é fundamental para salvar vidas e corrige um erro brutal por parte do Congresso, que aprovou a lei do Despejo Zero, excluindo o campo. Para o STF, não é razoável a distinção prevista na lei entre urbanos e rurais, e por isso, a decisão

<sup>63</sup> KINDERMANN, Harald, 2018, p. 234-238 apud NEVES, Marcelo. A **constitucionalização simbólica**. p. 36-37.

não somente suspende os despejos até março, como também estende os plenos direitos da Lei do Despejo Zero, para os rurais.<sup>64</sup>

Um dos critérios para aferir a efetividade do litígio estratégico pode ser a incorporação dos seus argumentos nos votos dos Ministros do STF, tal como preceitua Guimarães<sup>65</sup>. No acórdão em tela, há várias menções expressas à Campanha Despejo Zero, além da incorporação quase que total dos argumentos aos votos dos Ministros. Para enfatizar a incorporação dos argumentos pró-moradia pelo STF, segue trecho do acórdão:

No contexto da pandemia da COVID-19, o direito social à moradia está diretamente relacionado à proteção da saúde, tendo em vista que a habitação é essencial para o isolamento social, principal mecanismo de contenção do vírus. Diante dessa situação excepcional, os direitos de propriedade, possessórios e fundiários precisam ser ponderados com a proteção da vida e da saúde das populações vulneráveis.<sup>66</sup>

Alcançada mais essa vitória, poderíamos imaginar que a Campanha Despejo Zero iria se desmobilizar e enfraquecer, o que, felizmente, não ocorreu. A mobilização presencial voltou a acontecer, dado o cenário de declínio da pandemia, especialmente no dia 17/03/2022, denominado como o “Ato Nacional Moradia pela Vida – #ProrrogaSTF #DespejoZero”<sup>67</sup>, em que ocorreram manifestações em todas as capitais estaduais e diversas cidades. Vale destacar, ainda, a reunião entre o Ministro Barroso, relator da ADPF nº 828/DF, e os representantes da Campanha Despejo Zero, o que corrobora a importância e influência dessa mobilização social para a temática.<sup>68</sup>

<sup>64</sup> EM RAZÃO da pandemia, STF estende a suspensão de despejos e remoções até março de 2022. **Terra de Direitos**, 9 dez. 2021. Disponível em: <https://terradedireitos.org.br/covid19/noticias/em-razao-da-pandemia-stf-estende-a-suspensao-de-despejos-e-remocoes-ate-marco-de-2022/23689>. Acesso em: 20 fev. 2022.

<sup>65</sup> GUIMARÃES, Livia Gil. Atuação do movimento das mulheres no Supremo Tribunal Federal: litígio estratégico no caso da ADPF 34. p. 28-33.

<sup>66</sup> STF, ADPF 828 TPI/DF, Decisão Monocrática, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 1 dez. 2021

<sup>67</sup> ATO nacional Moradia pela Vida: #ProrrogaSTF: #DespejoZero: 17M. 17 mar. 2022. Instagram: @campanhadespejozero. Disponível em: [https://www.instagram.com/p/CbNE1\\_9u\\_Tm/](https://www.instagram.com/p/CbNE1_9u_Tm/). Acesso em: 4 mar. 2022.

<sup>68</sup> MINISTRO Barroso recebe movimentos e ouve pedido de prorrogação da ADPF 828. Instagram: @campanhadespejozero, 30 mar. 2022. Disponível em: [https://www.instagram.com/p/Cbunw26LM\\_n/](https://www.instagram.com/p/Cbunw26LM_n/). Acesso em: 5 abr. 2022.

Com a persistência do cenário pandêmico, houve novo pedido de prorrogação do prazo de suspensão dos despejos, dessa vez até a declaração do fim da pandemia pela OMS. As manifestações também continuaram a ser feitas de modo *online*, tal como no início da mobilização. No dia 30/03/2022, fim do prazo anterior para a suspensão dos despejos, a *hashtag* #DespejoZero chegou ao topo dos assuntos mais comentados do dia na rede social do *Twitter*, alcançando grande repercussão nacional, sendo, inclusive, notícia em diversos canais de comunicação.<sup>69</sup>

Obteve-se, então, mais uma decisão procedente, dessa vez com a prorrogação do prazo até 30/06/2022. Todavia, o Ministro Barroso vislumbrou a imprescindibilidade de atuação do Legislativo, para o estabelecimento de uma política fundiária de transição, visto que o escopo de atuação do Judiciário está se esgotando. Vale colacionar os seguintes trechos da decisão:

É preciso, portanto, estabelecer um regime de transição, a fim de evitar que a realização de reintegração de posse por todo o país em um mesmo momento conduza a uma situação de crise humanitária. A conjuntura demanda absoluto empenho de todos os órgãos do Poder Público para evitar o incremento expressivo do número de desabrigados.

[...]

Registro que se os dados da pandemia continuarem decrescentes, os limites da jurisdição deste relator em breve se esgotarão. Isso porque embora possa caber ao Tribunal a proteção da vida e da saúde durante a pandemia, não cabe a ele traçar a política fundiária e habitacional do país.<sup>70</sup>

Mesmo com todas essas vitórias, a Campanha Despejo Zero continuou atuante, com o lançamento, inclusive, de um “Guia Prático de Enfrentamento ao Despejo”, no dia 05/04/2022<sup>71</sup>, o que denota o seu estado de latência, resistente ao enfraquecimento e à cooptação. Como resultado dessa mobilização persistente, o

<sup>69</sup> “Hoje (dia 30/03/2022) o povo brasileiro mostrou a força e a importância da luta contra os despejos! Chegamos no top #1 dos assuntos mais comentados do dia no Twitter, como mostra a menção no Programa Encontro, da Fátima Bernardes”. Cf. BRASIL sem despejo. 30 mar. 2022. Instagram: @campanhadespejzero. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CbvXq8KLQyh/>. Acesso em: 4 abr. 2022.

<sup>70</sup> STF, ADPF 828 TPI-SEGUNDA/DF, Decisão Monocrática, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 30 mar. 2022. p. 12-13.

<sup>71</sup> LANÇAMENTO digital: Guia prático de enfrentamento aos despejos. Instagram: @campanhadespejzero, 5 abr. 2022. Disponível em: [https://www.instagram.com/p/Cb\\_TJIgrukx/](https://www.instagram.com/p/Cb_TJIgrukx/). Acesso em: 6 abr. 2022.

STF, em agosto de 2022, decidiu pela manutenção da suspensão dos despejos até 31 de Outubro de 2022, nos moldes e fundamentos das decisões anteriores<sup>72</sup>.

Com o fim desse novo prazo, o STF determinou a criação de um regime transitório para a retomada das desocupações, determinando algumas medidas obrigatórias: a criação pelos Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais de comissões de conflitos fundiários, que deterão a função de apoio operacional e elaboração de estratégias para tal retomada, de maneira gradual e escalonada; a realização de inspeções judiciais e audiências de mediação por tais comissões, como etapa prévia e necessária às ordens de desocupação coletiva; e algumas providências visando resguardar os direitos dos desocupados, com destaque para o reassentamento<sup>73</sup>.

Há que ressaltar, ainda, o Projeto de Lei nº 316, de 2023, do Senador Marcio Bittar, que visa regulamentar as comissões para mediar as desocupações coletivas em razão de cumprimento de ordem de reintegração de posse. Visa acrescentar um artigo no Código de Processo Civil de 2015, dispondo sobre a atuação dessas comissões de conflitos fundiários, que atuariam caso o juiz do litígio entendesse pelo encaminhamento dos autos. Tal construção é passível de críticas, cabendo questionar se a atuação de tais comissões nos conflitos fundiários coletivos não deveria ser uma obrigatoriedade, em razão da relevância da temática<sup>74</sup>.

As comissões de conflitos fundiárias foram – e estão sendo – criadas por todo o Brasil, com destaque para algumas: a do Paraná, que foi a comissão referência para a decisão do STF; a do Piauí, que foi vanguardista ao prever a participação acadêmica, por meio da Universidade Estadual do Piauí; e a do Goiás, a que possui a composição mais plural e ampla até o momento. Todos esses avanços foram importantes, mas ainda insuficientes. O Instituto Pólis – integrante da Campanha Despejo Zero – indica é preciso persistir na mobilização, ao enfatizar que “a luta não se encerra aqui”<sup>75</sup>, já que a busca pela efetivação do direito à moradia adequada está, de fato, longe do fim.

<sup>72</sup> STF, ADPF 828 TPI/DF. Decisão do Tribunal Pleno. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. j. 08 ago. 2022.

<sup>73</sup> STF, ADPF 828 TPI/DF. Decisão do Tribunal Pleno. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. j. 02 nov. 2022

<sup>74</sup> Projeto de Lei nº 316 de 2023.

<sup>75</sup> Nesta quarta-feira, o ministro do STF, Luís Roberto Barroso, decidiu prorrogar a liminar que suspendia os despejos e remoções até 30 de junho de 2022. Essa é uma vitória coletiva, conquistada por movimentos populares, ativistas, organizações sociais, parlamentares e, em especial, pela Campanha Despejo Zero que, desde o início da pandemia, se mobiliza para que nenhuma das 132 mil famílias seja covardemente jogada à rua neste período, caso a liminar não

## 4. Conclusão

É inegável a importância da mobilização social, em especial em tempos de pandemia, seja ela por meio da ação direta ou utilizando-se dos mecanismos de luta institucional. A ação direta é primordial, mas a utilização da institucionalidade é imprescindível, já que reforma urbana e reforma jurídica caminham lado a lado.

A luta institucional apresenta riscos e particularidades. Atentar-se para o risco da cooptação e desmobilização dos movimentos sociais por meio da edição de leis simbólicas é essencial, visto que essa é estratégia recorrente do Poder Legislativo. Leis são editadas, direitos são positivados, mas falta o aparato político para dar efetividade e aplicação prática ao disposto na norma.

Como alerta Miraftab<sup>76</sup>, os ativistas sociais são deixados com um “telefone de brinquedo sem sinal para chegar a lugar nenhum”, metáfora perfeita ao caso analisado, já que os vetos foram derrubados, as leis foram promulgadas tal como os movimentos sociais desejavam, mas a aplicabilidade prática foi restrita ou, no caso da Lei nº 14.010/2020, praticamente nula. A atuação da Campanha Despejo Zero – inclusive junto ao STF – foi primordial para subverter a lógica vigente, sendo necessário destacar a somatória de esforços para a sua mobilização contínua, que não foi descontinuada diante das vitórias parciais. A persistência nas estratégias mobilizadoras igualmente se explica pela justeza e importância da causa, ou seja, em decorrência das consequências sociais devastadoras que um despejo produz na vida de famílias que lutam por condições dignas e pela própria relevância do direito à moradia adequada.

Cabe igualmente destaque ao papel desempenhado pelo STF como guardião dos direitos fundamentais, ao reconhecer que o direito à moradia é suporte indispensável à proteção da vida das populações vulneráveis. Isso significa que o conjunto dos valores constitucionais deve ser protegido, cabendo interpretar que as necessidades sociais decorrentes de uma situação concreta justificam a prevalência do direito à moradia em face do direito de propriedade.

---

fosse prorrogada. Para nós, a notícia de que milhares de famílias estarão, pelo menos, temporariamente protegidas, é reconfortante; mas, sabemos que ainda há um longo caminho para que o direito à moradia seja verdadeiramente efetivado no país. A luta não se encerra aqui! (INSTITUTO PÓLIS. O povo quer morar e com dignidade. *Newsletter Pólis*, abr. 2022).

<sup>76</sup> MIRAFTAB, Faranak. Insurgência, planejamento e a perspectiva de um urbanismo humano. *Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais*, Recife, v. 18, n. 3, p. 363-377, set.-dez. 2016. p. 369.

## Referências

ALVES, Rafael Assis; CARVALHO, Laura Bastos; RIOS, Marcos Camilo da Silva Souza. Fique em casa?: remoções forçadas e COVID-19. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, n. 3, v. 12, p. 2147-2173, 2021.

ATO nacional Moradia pela Vida: #ProrrogaSTF: #DespejoZero: 17M. 17 mar. 2022. Instagram: @campanhadespejzero. Disponível em: [https://www.instagram.com/p/CbNE1\\_9u\\_Tm/](https://www.instagram.com/p/CbNE1_9u_Tm/). Acesso em: 4 mar. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. **Sessão Conjunta nº 019**: 20.20: veto parcial nº 20, de 2020. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/siscon/api/portalcn/pdfResultadoNominalDestaque/13325>. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. Veto nº 42/2021: votação do dispositivo 42.21.000: veto total. **Congresso Nacional**: matérias legislativas: vetos, 27 set. 2021. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/14485/0>. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL sem despejo. 30 mar. 2022. Instagram: @campanhadespejzero. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CbvXq8KLQyh/>. Acesso em: 4 abr. 2022.

CAMPANHA Despejo Zero: balanço dos dados até fevereiro 2022. **Despejo Zero**. Disponível em: <https://uploads.strikinglycdn.com/files/ebb1e782-bb8b-47f9-82d2-1e747cb2bfd/S%C3%ADntese%20Despejo%20Zero%20fevereiro%202022%20-%20final.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2022.

A CAMPANHA Nacional #DespejoZero: em defesa da vida no campo e na cidade. **Despejo Zero**, 23 jul. 2020. Disponível em: <https://www.campanhadespejzero.org/despejzero>. Acesso em: 20 fev. 2022.

CARDOSO, Evorah; FANTI, Fabíola. Movimentos sociais e direito: o Poder Judiciário em disputa. In: SILVA, Rodriguez. **Manual de sociologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 237-254.

CARLET, Flávia. Advocacia popular: práticas jurídicas contra-hegemônicas no acesso ao direito e à justiça no Brasil. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, n. 10, v. 6, p. 377-411, 2015.

DIA mundial do habitat: tuitaço: #DespejoZero. **BR Cidades**, 5 out. 2020. Disponível em: <https://www.brcidades.org/post/dia-mundial-do-habitat-tuita%C3%A7o-despejozero>. Acesso em: 15 mar. 2022.

DUARTE, Madalena. Acesso ao direito e à justiça: condições prévias de participação dos movimentos sociais na arena legal. **Oficina CES**, n. 270, p. 1-16, fev. 2007.

EM RAZÃO da pandemia, STF estende a suspensão de despejos e remoções até março de 2022. **Terra de Direitos**, 9 dez. 2021. Disponível em: <https://terradedireitos.org.br/covid19/noticias/em-razao-da-pandemia-stf-estende-a-suspensao-de-despejos-e-remocoes-ate-marco-de-2022/23689>. Acesso em: 20 fev. 2022.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Déficit habitacional no Brasil 2016-2019**. Belo Horizonte: FJP, 2021.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Por um constitucionalismo difuso**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

GUIMARÃES, Livia Gil. Atuação do movimento das mulheres no Supremo Tribunal Federal: litígio estratégico no caso da ADPF 34. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**: RBEC. v. 40, p. 13-37, 2018.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

HOUTZAGER, Peter. El Movimiento de los Sin Tierra (MST) y el campo jurídico en Brasil. **Revista el Otro Derecho**, Bogotá, n. 35, p. 135-168, 2006.

INSTITUTO PÓLIS. O povo quer morar e com dignidade. **Newsletter Pólis**, abr. 2022.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. **Estudos Históricos**, v. 18, p. 389-402, 1996.

LACERDA, Nara. Movimentos lançam Campanha Despejo Zero por proteção à moradia durante a pandemia. **Brasil de Fato**, São Paulo, 23 jul. 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/07/23/movimentos-lancam-campanha-despejo-zero-por-protexao-a-moradia-em-meio-a-pandemia>. Acesso em: 20 fev. 2022.

LANÇAMENTO digital: Guia prático de enfrentamento aos despejos. Instagram: @campanhadespejzero, 5 abr. 2022. Disponível em: [https://www.instagram.com/p/Cb\\_TJIgrukx/](https://www.instagram.com/p/Cb_TJIgrukx/). Acesso em: 6 abr. 2022.

MAGALHÃES, Breno Baía. O estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito FGV**, n. 2, v. 15, p. 1-37, maio/ago. 2019.

MAPA da vacinação contra Covid-19 no Brasil. **G1**, São Paulo, 27 jan. 2023. Disponível em: <http://especiais.g1.globo.com/bemestar/vacina/2021/mapa-brasil-vacina-covid/>. Acesso em: 5 maio 2023.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Contratos imobiliários: impactos da pandemia do Coronavírus**. Indaiatuba: Foco, 2020.

MINISTRO Barroso recebe movimentos e ouve pedido de prorrogação da ADPF 828. Instagram: @campanhadespejzero, 30 mar. 2022. Disponível em: [https://www.instagram.com/p/Cbunw26LM\\_n/](https://www.instagram.com/p/Cbunw26LM_n/). Acesso em: 5 abr. 2022.

MIRAFTAB, Faranak. Insurgência, planejamento e a perspectiva de um urbanismo humano. **Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais**, Recife, v. 18, n. 3, p. 363-377, set.-dez. 2016.

NANDE, Anjalika *et al.* The effect of eviction moratoria on the transmission of SARS-CoV-2. *Nature Communications*, n. 12:2274, p. 1-13, 2021.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

NOTA pública conjunta: Frente Parlamentar Mista em Defesa da Reforma Urbana e dos Movimentos de Luta por Moradia: Frente Parlamentar Mista em Defesa da Democracia e dos Direitos Humanos com Participação Popular: pela suspensão dos despejos durante a pandemia do Coronavírus. **Câmara dos Deputados**: atividade legislativa: comissões, Brasília, 5 ago. 2020. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/nota-publica-despejos>. Acesso em: 21 fev. 2022.

RANDOLPH, Rainer. Subversão e planejamento como “praxis”: uma reflexão sobre uma aparente impossibilidade. In: LIMONAD, Ester; CASTRO, Edna (org.). **Um novo planejamento para um novo Brasil?** Rio de Janeiro: ANPUR: SBPC: Letra Capital, 2014. p. 40-57.

ROLNIK, Raquel; MENDONÇA, Pedro. Inquilinos, enfim, protegidos durante a pandemia no Brasil. **LabCidades**, 21 ago. 2020. Disponível em: <http://www.labcidade.fau.usp.br/inquilinos-enfim-protegidos-durante-a-pandemia-no-brasil/>. Acesso em: 10 jan. 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CARLET, Flávia. The Movement of Landless rural workers in Brazil and their struggles for access to law and justice. In: GHAI, Yash; COTTRELL, Jill (org.). **Marginalized communities and access do justice.** New York: Routledge, 2010. p. 60-82.

SAULE JÚNIOR, Nelson; FERREIRA, Allan Ramalho. A obrigação mínima essencial do Estado de prevenção aos despejos forçados: o contexto da pandemia da Covid-19. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, n. 96, p. 5-29, jun. 2021.

SOUZA, Marcelo Lopes de. Com o Estado, apesar do Estado, contra o Estado: os movimentos urbanos e suas práticas espaciais, entre a luta institucional e a ação direta. **Cidades: Grupo de Estudos Urbanos – GEU**, n. 11, v. 7, p. 13-47, jan. 2010.

## Jurisprudência citada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 3 de junho de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1206446/false>. Acesso em: 5 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Segunda Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 30 de março de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350451892&ext=.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 1º de dezembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349030455&ext=.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

## Legislação citada

BRASIL. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília: Presidência da República, 2012. Disponível: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18245.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm). Acesso em: 5 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.010, de 14 de junho de 2020**. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/114010.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114010.htm). Acesso em: 5 maio 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 316, de 2023**. Altera a Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre as comissões para mediar as desocupações coletivas em razão de cumprimento de ordens de reintegração de posse. Disponível em: [https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=9254507&ts=1681388818732&disposition=inline&\\_gl=1\\*34vd01\\*\\_ga\\*MTYzMDQ3NzY0LjE2ODM3Mzg1MjI.\\*\\_ga\\_CW3ZH25XMK\\*MTY4MzczODUyMi4xLjAuMTY4MzczODUyMi4wLjAuMA](https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=9254507&ts=1681388818732&disposition=inline&_gl=1*34vd01*_ga*MTYzMDQ3NzY0LjE2ODM3Mzg1MjI.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4MzczODUyMi4xLjAuMTY4MzczODUyMi4wLjAuMA). Acesso em: 10 maio 2023.



## TRADUÇÃO

# *Machine learning e o direito*<sup>1-2</sup>

*Machine learning and law*

*Machine learning y derecho*

**Harry Surden**<sup>3</sup>

University of Colorado Law School (Colorado, EUA)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4434-1926>

*E-mail*: [hsurden@colorado.edu](mailto:hsurden@colorado.edu)

**Saul Tourinho Leal**<sup>4</sup>

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (Brasília, DF, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8816-4514>

*E-mail*: [stourinho@ayresbritto.com.br](mailto:stourinho@ayresbritto.com.br)

**Wilson Seraine da Silva Neto**<sup>5</sup>

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Coimbra, Portugal)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8227-8265>

*E-mail*: [serainenetow@gmail.com](mailto:serainenetow@gmail.com)

---

<sup>1</sup> SURDEN, Harry. Machine learning e o direito. Tradução de Saul Tourinho Leal, Wilson Seraine da Silva Neto. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 3, n. 1, p. 353-389, jan./jun. 2023. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a212>.

<sup>2</sup> A presente tradução foi realizada de forma independente pelos tradutores, com a devida autorização do autor, Harry Surden, e da *Editor-in-Chief da Washington Law Review*, Hannah Garland, sem, contudo, participação, seja de revisão ou de supervisão, desses.

<sup>3</sup> Professor na *University of Colorado Law School*. Foi *law clerk* do juiz Martin J. Jenkins no *United States District Court for the Northern District of California*, em San Francisco. É o diretor associado do *Stanford Center for Legal Informatics (CodeX)*. <https://www.harrysurden.com/wordpress/about>

<sup>4</sup> Pós-doutor em Direito Constitucional pela Universidade Humboldt, sob a orientação de Dieter Grimm. Foi assessor estrangeiro na Corte Constitucional da África do Sul e da vice-presidência da Suprema Corte de Israel. Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3932505807469261>

<sup>5</sup> Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas, com menção em Direito Constitucional, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Currículo Lattes: Advogado. <http://lattes.cnpq.br/4454693212968845>

## Sumário

1. Introdução. 2. Uma breve síntese do *machine learning*. 2.1 O que é *machine learning*? 2.1.1 Filtros de *e-mails spam* como exemplo de *machine learning*. 2.1.2 Detecção de padrões para modelar fenômenos complexos. 3. Resultados inteligentes sem a inteligência. 3.1 *Proxies* e heurísticas para inteligência. 3.1.1 Assemelhando-se à inteligência por *proxy*. 3.1.2 Os desenvolvimentos nas pesquisas de Inteligência Artificial. 4. *Machine learning* e direito. 4.1 *Machine Learning* aplicado ao direito. 4.2 Modelos preditivos. 4.2.1 Previsões judiciais. 4.2.2 Limitações aos modelos preditivos judiciais de *machine learning*. 4.3 Relações ocultas nos dados. 4.3.1 Decisões judiciais e relacionamentos de dados. 4.4 Classificação e agrupamento de documentos. 4.4.1 Classificação automatizada de documentos. 4.4.2 Classificação de documentos de processos contenciosos. 4.4.3 *E-discovery* e classificação de documentos. 4.4.4 Agrupamento de documentos relacionados. 5. Conclusão

## Contents

1. Introduction. 2. Overview of machine learning. 2.1 What is machine learning? 2.1.1 Email spam filters as an example of machine learning. 2.1.2 Detecting patterns to model complex phenomena. 3. Intelligent results without intelligence. 3.1 Proxies and heuristics for intelligence. 3.1.1 Approximating intelligence by proxy. 3.1.2 Developments in AI research. 4. Machine learning and law. 4.1 Machine learning applied to law. 4.2 Predictive Models. 4.2.1 Legal Predictions. 4.2.2 Limitations to machine learning legal predictive models. 4.3 Finding hidden relationships in data. 4.3.1 Judicial decisions and data relationship. 4.4 Document Classification and Clustering. 4.4.1 Automated document classification. 4.4.2 Classification of litigation docket documents. 4.4.3 E-discovery and document classification. 4.4.4 Clustering and grouping of related documents. 5. Conclusion.

## Índice

1. Introducción. 2. Una breve descripción del *machine learning*. 2.1 ¿Qué es el *machine learning*? 2.1.1 Filtros de *e-mails spam* como ejemplo de *machine learning*. 2.1.2 Detección de patrones para modelar fenómenos complejos. 3. Resultados inteligentes sin inteligencia. 3.1 *Proxies* y heurísticas para inteligencia. 3.1.1 Aproximación de la inteligencia por *Proxy*. 3.1.2 Desarrollos en la investigación de Inteligencia Artificial. 4. *Machine learning* y derecho. 4.1 *Machine learning* aplicado al derecho. 4.2 Modelos predictivos. 4.2.1 Pronóstico judiciales. 4.2.2 Limitaciones de los modelos predictivos judiciales de *machine learning*. 4.3 Relaciones ocultas en los datos. 4.3.1 Decisiones judiciales y relaciones de datos. 4.4. Clasificación y agrupación de documentos. 4.4.1 Clasificación automatizada de documentos. 4.4.2 Clasificación de

los documentos del proceso litigioso. 4.4.3 *E-discovery* y clasificación de documentos. 4.4.4 Agrupación de documentos relacionados. 5. Conclusión

## 1. Introdução

Qual o impacto da Inteligência Artificial (IA) sobre a prática do direito? Se atermos a um determinado entendimento, a IA deveria ter pouca influência sobre a *práxis* forense, exceto com avanços técnicos significativos<sup>6</sup>, uma vez que essa requer habilidades cognitivas avançadas, ainda fora da capacidade do atual estágio da IA<sup>7</sup>. Advogados, por exemplo, combinam cotidianamente raciocínio abstrato e habilidades de resolução de problemas em ambientes de incerteza, tanto jurídica quanto factual<sup>8</sup>. Os algoritmos de IA modernos, ao contrário, não conseguem, no estágio atual, replicar a maioria das habilidades intelectuais humanas, ficando muito aquém dos processos cognitivos avançados, como o raciocínio analógico, que é indispensável para a prática jurídica<sup>9</sup>. Diante dessas e outras limitações na atual tecnologia de IA, pode-se concluir que, até que os computadores possam replicar o avançado processo cognitivo rotineiramente exercido por advogados experientes, a IA teria pouco<sup>10</sup> impacto em um domínio tão cheio de abstração e incerteza como o direito.

Contudo, embora haja alguma verdade nesse entendimento, sua conclusão é excessivamente genérica, pois desconsidera uma variedade de tarefas jurídicas para as quais a atual tecnologia de IA pode ter um impacto, mesmo com a sua ainda incapacidade tecnológica, se compararmos ao raciocínio humano. Considere que, fora do direito, técnicas de IA não cognitivas foram aplicadas com sucesso em atividades que antes se pensava ser necessária a inteligência humana – como por

---

<sup>6</sup> Ver, e.g., “Symposium, Legal Reasoning and Artificial Intelligence: How Computers “Think” Like Lawyers”, 8 U. Chi. L. Sch. Roundtable 1, 19 (2001) (Cass Sunstein afirma que: “No atual estado da arte, a Inteligência Artificial não consegue se empenhar em um raciocínio analógico ou raciocínio jurídico”).

<sup>7</sup> Ver, e.g., Karl Okamoto, Teaching Transactional Lawyering, 1 Drexel L. Rev. 69, 83 (2009) (“A essência da advocacia é a “resolução criativa de problemas” sob condições de incerteza e complexidade. Essa concepção de advocacia como solução de problemas tornou-se senso comum.”).

<sup>8</sup> Karl Okamoto, Teaching Transactional Lawyering, p. 83

<sup>9</sup> Karl Okamoto, Teaching Transactional Lawyering, p. 83

<sup>10</sup> Ver: Harry Surden, Computable Contracts, 46 U.C. Davis L. Rev. 629, 646 (2012) (discute-se como as mudanças de linguagem, que são normalmente triviais para os humanos entenderem, podem confundir os algoritmos do computador).

exemplo, tradução de idiomas<sup>11</sup>. Embora os resultados desses esforços automatizados às vezes sejam imperfeitos, o ponto interessante é que esses resultados gerados por computador muitas vezes se mostram úteis para tarefas específicas, em que um certo grau de aproximação é aceitável.<sup>12</sup> Nessa mesma linha, este artigo irá sugerir que há um subconjunto limitado, mas não insignificante, de tarefas jurídicas que podem ser parcialmente automatizadas, a partir das técnicas atuais de IA, apesar de suas limitações quando comparada à cognição humana.

Em particular, este artigo dedica-se a uma classe específica de IA, conhecida como *machine learning* [em português, aprendizado (ou aprendizagem) de máquina<sup>13</sup>], e o seu potencial impacto na prática jurídica. Em poucas palavras, o *machine learning* consiste em algoritmos de computador que têm a capacidade de “aprender” ou aperfeiçoar, ao longo do tempo, o seu desempenho em alguma atividade.<sup>14</sup> Sabendo-se das várias vertentes da IA, por que destacar o *machine learning* em particular? Nas últimas décadas, os pesquisadores usaram, com sucesso, o *machine learning* para automatizar uma variedade de tarefas sofisticadas que anteriormente se presumia exigir a cognição humana. Essas aplicações variam desde carros autônomos até a tradução de idiomas, previsão, reconhecimento da fala e visão computadorizado.<sup>15</sup> Não diferentemente, os pesquisadores também começaram a aplicar essas técnicas no contexto do direito.<sup>16</sup>

Para ser claro, não estou sugerindo que todas as tarefas, ou mesmo a maioria, executadas rotineiramente pelos advogados sejam automatizáveis, haja vista o estado atual da tecnologia de IA, pois muitos dos trabalhos executados pelos advogados exigem o tipo de habilidades intelectuais que estão além da capacidade das tecnologias vigentes. Em vez disso, estou sugerindo que existem subconjuntos de atividades jurídicas que, provavelmente, são automatizáveis, sob o atual estado da

---

<sup>11</sup> Ver: David Bellos, “Is that a fish in your ear? Translation and the meaning of everything”, 253–57 (2011); Find Out How Our Translations Are Created, GOOGLE, <http://translate.google.com/about> (last visited Feb. 24, 2014).

<sup>12</sup> David Bellos, *Is That A Fish In Your Ear?*...

<sup>13</sup> N.T: Em razão da notoriedade e da familiaridade do termo estrangeiro na literatura brasileira, optou-se por utilizar a nomenclatura original.

<sup>14</sup> Peter Flach, “Machine learning: the art and science of algorithms that make sense of data 3” (2012).

<sup>15</sup> Burkhard Bilger, “Auto Correct: Has the Self-Driving Car at Last Arrived?”, *NEW YORKER*, Nov. 25, 2013, em 96, 106; Parag Kulkarni, “Reinforcement and systemic machine learning for decision making”, p. 1–2 (2012) (discute-se a visão computadorizada).

<sup>16</sup> Ver, e.g., Daniel Martin Katz, “Quantitative Legal Prediction—or—How I Learned to Stop Worrying and Start Preparing for the Data-Driven Future of the Legal Services Industry”, 62 *Emory L.J.* 909, 936 (2013) (discutem-se aplicações no direito, como automação na descoberta de documentos e previsão legal quantitativa).

arte, de modo a auxiliar nos afazeres mais relevantes, com a devida compreensão e contabilização das limitações de sua precisão. Em outras palavras, mesmo com as limitações atuais da IA, em comparação com a cognição humana, consegue-se produzir resultados que são “bons o suficiente” para determinados contextos jurídicos.

Nessa toada, a primeira parte deste artigo explicará os conceitos básicos subjacentes ao *machine learning*. Em seguida, transmitirá um princípio mais geral: algoritmos de computador não inteligentes podem, às vezes, produzir resultados inteligentes em tarefas complexas por meio do uso de determinados *proxies* detectados nos dados. E, por fim, demonstrar-se-á como certas tarefas jurídicas podem ser passíveis de automação parcial, sob esse princípio, através de *machine learning*. Ademais, também enfatizará as limitações significativas desses métodos automatizados em comparação com as capacidades de advogados em situações semelhantes.

## 2. Uma breve síntese do *machine learning*

### 2.1 O que é *machine learning*?

“*Machine Learning*” refere-se a um subcampo da ciência da computação que concerne em programas de computador capazes de aprender com a experiência e, assim, melhorar seu desempenho ao longo do tempo<sup>17</sup>. Como será discutido, a ideia de que os computadores estão “aprendendo” é, em grande parte, uma metáfora e não implica que os sistemas de computadores estejam replicando artificialmente os sistemas cognitivos avançados que há no aprendizado humano.<sup>18</sup> Na verdade, consideramos esses algoritmos como sendo aprendizes no sentido *funcional*: eles são capazes, a partir da mudança do seu comportamento, de melhorar o desempenho na realização de alguma tarefa por meio da experiência.<sup>19</sup>

Geralmente, os algoritmos do *machine learning* são usados para detectar padrões em dados, com o escopo de automatizar tarefas complexas ou fazer previsões.<sup>20</sup> Atualmente, esses algoritmos são usados em uma variedade de aplicativos

<sup>17</sup> Stuart Russell & Peter Norvig, “Artificial intelligence: a modern approach”, 693 (3d ed. 2010).

<sup>18</sup> I. H. Witten, “Data mining: practical machine learning tools and techniques”, § 1.3 (3d ed. 2011).

<sup>19</sup> I. H. Witten, “Data mining...”, § 1.3

<sup>20</sup> David E. Sorkin, “Technical and Legal Approaches to Unsolicited Electronic Mail”, 35 U.S.F. L. Rev. 325, 326 (2001).

comerciais do mundo real, incluindo resultados de pesquisa na Internet, reconhecimento facial, detecção de fraude e mineração de dados.<sup>21</sup> O *machine learning* está mais intimamente associado à sua aplicação em “análises preditivas”, pois os pesquisadores geralmente empregam esses métodos algorítmicos para analisar dados existentes com o objetivo de prever a probabilidade de resultados futuros incertos.<sup>22</sup> Se obtiverem um bom desempenho, os algoritmos de *machine learning* podem produzir resultados automatizados que se aproximam daqueles que teriam sido alcançados por uma pessoa em situação semelhante. Logo, esse subcampo da computação é, portanto, frequentemente considerado um ramo da inteligência artificial, uma vez que um algoritmo de bom desempenho pode produzir resultados automatizados que parecem “inteligentes”.<sup>23</sup>

Assim, o objetivo desta primeira parte é demonstrar alguns princípios básicos do *machine learning* de maneira acessível ao público não técnico, a fim de expressar um ponto mais amplo sobre a possível aplicabilidade dessas técnicas a tarefas dentro do direito.

### 2.1.1 Filtros de *e-mails spam* como exemplo de *machine learning*

Para uma melhor explicação, utilizemos, como um exemplo familiar que ilustrará alguns recursos básicos comuns às técnicas de *machine learning*, os filtros de “*spam*” dos *e-mails*. O “*spam*” consiste em *e-mails* comerciais não solicitados e indesejados, que podem interferir no acesso dos usuários a mensagens tidas como mais importantes.<sup>24</sup> Em tese, o próprio usuário poderia gerenciar o *spam* manualmente ao ler cada *e-mail* e, ao identificar se uma determinada mensagem é ou não *spam*, excluí-la. No entanto, dado que essa tarefa é trabalhosa, seria desejável automatizar a identificação de *spam*. Assim, para executar essa filtragem automatizada, os programas de *software* de *e-mail* frequentemente usam algoritmos de *machine learning*.<sup>25</sup>

Contudo, indaga-se: como os algoritmos de *machine learning* identificam automaticamente um *spam*? Esses algoritmos são projetados para detectar padrões entre os dados. Em um processo típico, esses algoritmos são “treinados” para

<sup>21</sup> H. Witten, *Data Mining*, p. 12, no § 1.3.

<sup>22</sup> Ver, e.g., Lawrence Maisel, “Predictive business analytics: forward looking capabilities to improve business performance”, 27–30 (2014).

<sup>23</sup> Stuart Russell & Peter Norvig, *Artificial Intelligence*, p. 3–5.

<sup>24</sup> David E. Sorkin, *Technical and Legal Approaches to Unsolicited Electronic Mail*, p. 325–30.

<sup>25</sup> David E. Sorkin, *Technical and Legal Approaches to Unsolicited Electronic Mail*, p. 325–30

reconhecer tais *e-mails* através de exemplos, possibilitando-os realizar uma análise de padrões. Isso ocorre, por exemplo, quando uma pessoa identifica um determinado *e-mail* como *spam* ao sinalizá-lo através do seu *software* de leitura de *e-mail*. Dessa forma, podemos pensar nesse ato de sinalizar como uma indicação para o algoritmo do computador de que esse é um exemplo verificado de que um *e-mail* é *spam*, devendo-se avaliar esse determinado padrão.<sup>26</sup>

Dessa maneira, ao analisar o *e-mail* de *spam*, o algoritmo de *machine learning* irá tentar detectar as características que indicam que um determinado *e-mail* tem mais probabilidade de ser um *spam*. Depois de analisar vários desses exemplos, o algoritmo pode traçar um padrão e inferir uma “regra”<sup>27</sup> geral, como, por exemplo, os *e-mails* com a frase “Ganhe dinheiro extra” tendem a ser estatisticamente mais prováveis de serem *spam* do que outras mensagens. Com isso, ele pode então usar tais indícios aprendidos para fazer avaliações automatizadas sobre a probabilidade de um novo *e-mail* recebido ser ou não *spam*.<sup>28</sup>

Em geral, os algoritmos de *machine learning* são capazes de construir automaticamente esses resultados ao inferir as informações por meio da detecção de padrões nos dados. Se esses processos heurísticos estiverem corretos, eles permitirão que os algoritmos façam previsões ou decisões automatizadas envolvendo dados futuros.<sup>29</sup> No exemplo citado, o algoritmo detectou um padrão nos dados fornecidos (ou seja, o conjunto de exemplos de *e-mails* de *spam*). Muitos dos *e-mails* que foram sinalizados como *spam* continham a frase: “Ganhe dinheiro extra”. Assim, a partir desse padrão, ele consegue deduzir que *e-mails* com o texto “Ganhe dinheiro extra” tinham maior probabilidade de ser *spam*. Essa generalização pode, portanto, ser aplicada daqui para frente para categorizar, automaticamente, novos

<sup>26</sup> Em muitos casos, os algoritmos de *machine learning* são treinados através de conjuntos de dados validados, os quais foram cuidadosamente triados e categorizados por pessoas. Ver, e.g., David Barber, “Bayesian reasoning and machine learning”, 290–96 (2011).

<sup>27</sup> O termo “regra” é usado aproximadamente no sentido de “*rule of thumb*” (que significa um princípio ou critério bastante utilizado e que advém das experiências). Isso é importante, porque o *machine learning* é uma técnica indutiva e não dedutiva. Em uma abordagem dedutiva, as regras lógicas gerais (afirmações), que caracterizam o estado do mundo, são expressamente articuladas, e a informação é extraída pela combinação de afirmações de acordo com operações lógicas. Em contraste, em uma abordagem indutiva, modelos do mundo são desenvolvidos ao observar o passado e expressar o estado do mundo (muitas vezes) em probabilidades induzidas pela observação, em vez de como regras gerais. Ver: Daniel Martin Katz, Quantitative Legal Prediction—or—How I Learned to Stop Worrying and Start Preparing for the Data-Driven Future of the Legal Services Industry, p. 946.

<sup>28</sup> Para ser claro, isto é uma extrema simplificação do *machine learning* para fins ilustrativos. Além dessas, há muitas outras estratégias diferentes. Ver: Mehryar Mohri Et Al., “Foundations of machine learning”, (2012).

<sup>29</sup> Toby Segaran, “Programming collective intelligence: building smart web 2.0 applications 3”, (2007).

*e-mails* recebidos, contendo tal frase, como *spam*. Dessa maneira, o algoritmo tentará detectar outros padrões semelhantes que são comuns entre tais *e-mails* que podem ser usados como uma forma para distingui-los dos outros.

É importante ressaltar que os algoritmos de *machine learning* são projetados para melhorar o seu desempenho ao longo do tempo à medida que recebem mais dados, com o objetivo de construir um modelo interno que consiga solucionar algum fenômeno complexo – como os *e-mails* de *spam* – que, em última análise, permite que o computador tome decisões de classificação precisas e automatizadas. No exemplo, o modelo interno incluiria, cada vez mais, outros exemplos práticos sobre as prováveis características de novos tipos de *spam* que foram recebidos ao longo do tempo – para além do “Ganhe dinheiro extra” –, permitindo que o computador siga classificando novos *e-mails*.

A título de exemplificação, tal algoritmo poderia inferir, a partir de novos exemplos de *spam*, que *e-mails* originários da Bielorrússia<sup>30</sup> tendem a ter maior probabilidade de ser *spam* do que *e-mails* recebidos de outros países. Da mesma forma, o algoritmo pode aprender que os *e-mails* enviados por partes com as quais o leitor-usuário já se correspondeu têm menos probabilidade de ser *spam* do que aqueles de remetentes estranhos. Essas descobertas que o algoritmo aprende com a análise de dados adicionais permitem que ele tome melhores decisões automatizadas sobre o que é ou não *spam*.

Conforme ilustrado, os conjuntos de regras<sup>31</sup> que formam o modelo interno são inferidos a partir do exame e da detecção de padrões dos dados. Por essa razão, tais conjuntos tendem a ser construídos cumulativamente ao longo do tempo, à medida que mais dados são adicionados. Os algoritmos de *machine learning* geralmente desenvolvem métodos heurísticos paulatinamente, examinando cada novo exemplo e comparando-o com os anteriores para identificar semelhanças genéricas que possam ser observadas de forma mais ampla. Por exemplo, um algoritmo pode ter que analisar milhares de exemplos de *spam* antes de detectar um padrão sólido, como perceber que o texto “Ganhe dinheiro extra” é um indício estatístico de provável *spam*.

<sup>30</sup> Paul Ducklin, “Dirty Dozen Spam Sending Nations”, NAKED SECURITY (Oct. 17, 2013), <http://nakedsecurity.sophos.com/2013/10/17/dirty-dozen-spam-sending-nations-find-where-you-finished-in-our-q3-spampionship-chart/>.

<sup>31</sup> É importante notar que esses conjuntos de regras são, muitas vezes, funções matemáticas ou alguma outra estrutura de dados representando o objeto a ser modelado, em vez de uma série de regras formais e gerais. Ver Parag Kulkarni, “Reinforcement and systemic machine learning for decision making...”, p. 2–10.

Por esse motivo, um algoritmo de *machine learning* pode ter um desempenho ruim no início quando possuir apenas alguns poucos exemplos de um determinado fenômeno (como no caso dos *e-mails* de *spam*) para detectar padrões relevantes. Em um momento bem incipiente, seu conjunto de regras internas provavelmente estará bastante subdesenvolvido. No entanto, a capacidade de detectar padrões úteis tende a melhorar à medida que o algoritmo é capaz de examinar mais exemplos do fenômeno em questão. Frequentemente, um algoritmo precisará de dados com muitas centenas ou milhares de exemplos do fenômeno para produzir um modelo interno útil (ou seja, um conjunto robusto de regras preditivas de computador).<sup>32</sup>

O exemplo anterior ilustra o que significa “aprender” no contexto do *machine learning*: é a capacidade de melhorar o seu desempenho por meio da detecção de padrões novos ou melhores, a partir da adição de novos dados. Assim, um algoritmo de *machine learning* pode se tornar mais preciso para uma tarefa (como classificar *e-mails* como *spam*) ao longo do tempo pelo fato de que sua configuração permite-lhe aperfeiçoar continuamente seu modelo interno, com a análise de mais exemplos e com a dedução de novos padrões úteis a partir da adição de novos dados.

Logo, é essa capacidade de melhorar o desempenho ao longo do tempo, a partir da análise contínua de dados para detectar padrões úteis, que consiste no principal atributo que caracteriza os algoritmos do *machine learning*. Dessa forma, com base nesse modelo produzido de forma incremental, é que se pode afirmar que esse algoritmo, no seu bom desempenho, pode executar automaticamente uma tarefa - como classificar *e-mails* recebidos como *spam* ou não - com um alto grau de precisão que se aproxima das classificações que um revisor humano em situação semelhante poderia fazer.<sup>33</sup>

### 2.1.2 Detecção de padrões para modelar fenômenos complexos

Há alguns pontos a serem enfatizados sobre o exemplo acima. Primeiro, o *machine learning* geralmente (mas não exclusivamente) desenvolve a sua aprendizagem a partir de um conjunto de exemplos verificados de um determinado fenômeno. Assim, no exemplo anterior, o algoritmo recebeu explicitamente uma série de *e-mails* a qual um ser humano predeterminou como *spam*, possibilitando-o

<sup>32</sup>Christopher D. Manning, “Introduction to information retrieval”, 335 (2008).

<sup>33</sup>William S. Yerazunis, “The spam-filtering accuracy plateau at 99.9 percent accuracy and how to get past it.”, (Dec. 2004), available at <http://www.merl.com/reports/docs/TR2004-091.pdf> (noting that many spam filters have achieved accuracy rates at over 99.9%).

aprender as suas características através da análise dos exemplos fornecidos. Essa abordagem é conhecida como aprendizagem “supervisionada”, e os exemplos fornecidos, em relação aos quais o algoritmo está sendo treinado para reconhecer padrões, são conhecidos como “conjunto de treino”<sup>34</sup>. O objetivo desse treinamento é permitir que o algoritmo crie um modelo de cálculo interno, a partir de um determinado fenômeno, de modo que se possa generalizar o aprendizado para se aplicar a novos exemplos nunca vistos desse fenômeno.

Em segundo lugar, esses algoritmos de *machine learning* são capazes de desenvolver, automaticamente, modelos precisos de algum fenômeno – aqui as características do *e-mail* de *spam* –, sem serem explicitamente programados.<sup>35</sup> A maioria dos *softwares* são desenvolvidos manualmente, de uma maneira em que os programadores consigam especificar claramente uma série de regras para o computador no intuito de fazê-lo seguir um determinado comportamento desejado. Por exemplo, ao projetar um filtro de *spam* por esse método manual, um programador pode primeiro considerar características que acredita serem típicas de *spam* e, em seguida, programar um modelo com uma série de regras correspondentes a fazerem distinções automatizadas.

Contudo, muitos fenômenos são tão complexos e dinâmicos que são difíceis modelá-los manualmente.<sup>36</sup> O problema em uma abordagem manual *bottom-up* para modelar fenômenos complexos e mutáveis (como o *spam*) é a dificuldade de especificar um conjunto de regras *ex-ante* que seja robusto e preciso o suficiente para direcionar um computador a tomar decisões úteis e automatizadas. Por exemplo, um programador pode não pensar em incluir uma regra de que um *e-mail* com origem na Bielorrússia deve ser considerado mais provável como *spam*. Isso demonstra a dificuldade em programar, expressamente, um conjunto de regras para o computador no intuito de produzir automação útil quando se lida com fenômenos complexos e em constante mudança.

Os algoritmos de *machine learning*, por outro lado, são capazes de construir modelos complexos ao detectar, de forma automática, padrões à medida que os dados chegam. Esses algoritmos são poderosos porque, de certa forma, eles se autoprogramam ao longo do tempo, de modo a desenvolver regras para

<sup>34</sup>Peter Flach, “Machine Learning...”, p. 2.

<sup>35</sup>Pedro Domingos, “A Few Useful Things to Know About Machine Learning”, COMM. ACM, Oct. 2012, p. 80.

<sup>36</sup>Pedro Domingos, “A Few Useful Things to Know...”, p. 80.

realizar uma tarefa, em vez de serem programados manualmente com uma série de regras predeterminadas.<sup>37</sup> Dessa forma, as regras inferidas a partir de dados analisados possibilitam que o modelo se (re)construa à medida que novos dados são verificados. Utilizando-se do exemplo acima, quando o algoritmo encontra novos exemplos de *spam* em diferentes formas, ele adiciona ao seu modelo interno marcadores adicionais de *spam* com capacidade de detectá-los (como os *e-mails* originários da Bielorrússia). Esse processo incremental, adaptativo e iterativo permite a criação de modelos variados ante fenômenos complexos que, de certa maneira, podem ser muito difíceis para os programadores os predefinirem manualmente.<sup>38</sup>

Em terceiro lugar, o que tornou o algoritmo de filtragem de *spam* em um algoritmo de *machine learning* foi a sua capacidade de melhorar sua precisão à medida que recebia mais exemplos para analisar. Nesse sentido, estamos usando um significado funcional de “aprendizagem”. Em vez de os algoritmos estarem aprendendo no sentido cognitivo tipicamente associado ao aprendizado humano, eles aprendem a potencializar o seu comportamento no intuito de terem um desempenho melhor à medida que recebem mais dados.<sup>39</sup> Assim, no exemplo acima, o algoritmo se tornou mais preciso na identificação de *spam*, pois, ao receber mais exemplos, refinou seu conjunto de regras internas. Dessa forma, podemos conceituar essa mudança como “aprendizagem”, em uma perspectiva funcional, de forma análoga àquela quando associamos o aprendizado humano com a melhoria do desempenho em alguma tarefa.

Em quarto lugar, nota-se que o algoritmo de filtragem acima usou técnicas estatísticas para classificar um *e-mail* como *spam*, de modo a denotar que os algoritmos de *machine learning* são geralmente (embora não exclusivamente) de natureza estatística. Assim, em certo sentido, o *machine learning* não é muito diferente das inúmeras técnicas estatísticas já amplamente utilizadas nos estudos empíricos do direito.<sup>40</sup> Contudo, uma distinção importante é que muitas das abordagens estatísticas existentes envolvam modelos estatísticos fixos ou de mudança lenta, enquanto

---

<sup>37</sup> Tom Mitchell, “The discipline of machine learning”, Report No. MI-06-Cmu-108 § 1 (2006), disponível em <http://www.cs.cmu.edu/~tom/pubs/MachineLearning.pdf> (“O *machine learning* se concentra em . . . como fazer com que os computadores se programem (a partir da experiência, além de alguma estrutura inicial).”).

<sup>38</sup> Tom Mitchell, “The discipline of machine learning...”. (“A precisão do reconhecimento de voz é maior se se treinar o sistema, do que se se tentar programá-lo à mão.”).

<sup>39</sup> I. H. Witten, “Data mining: practical machine learning tools and techniques”, 8 (2d ed. 2005).

<sup>40</sup> Ver, e.g., David L. Schwartz, “Practice Makes Perfect? An Empirical Study of Claim Construction Reversal Rates in Patent Cases”, 107 Mich. L. Rev. 223 (2008).

o *machine learning* é baseado em algoritmos de computador expressamente projetados para serem dinâmicos e capazes de mudar e se adaptar a cada nova e diferente circunstância à medida que o ambiente de dados muda.

### 3. Resultados inteligentes sem a inteligência

#### 3.1 *Proxies* e heurísticas para inteligência

O exemplo anterior destinava-se a ilustrar um ponto mais amplo: em alguns cenários é possível realizar tarefas associadas à inteligência humana com algoritmos de computador não inteligentes. Existem certas tarefas, evidentemente, que exigem a inteligência humana porque envolvem habilidades cognitivas de ordem superior, como raciocínio, compreensão, metacognição ou percepção contextual de conceitos abstratos. No entanto, a pesquisa mostrou que algumas dessas tarefas podem ser automatizadas – até certo ponto – por meio do uso de técnicas computacionais não cognitivas que empregam heurísticas ou *proxies* (por exemplo, correlações estatísticas) para a produção útil de resultados “inteligentes”. Por *proxy* ou heurística, refiro-me a algo que pode realizar as funções de outrem ou d’outro sistema eficazmente, substituindo-o, satisfatoriamente, em algum conceito, recurso ou fenômeno subjacente.

Em outras palavras, algoritmos de computador não cognitivos às vezes podem produzir resultados “inteligentes” em tarefas complexas, mesmo sem atingir o nível de cognição humano. Para empregar uma visão funcional da inteligência, tais resultados automatizados podem ser considerados “inteligentes” na medida em que se aproximam daqueles que teriam sido produzidos por uma pessoa em situação semelhante. Essa é uma visão de inteligência orientada para resultados, a partir de uma avaliação baseada em se os resultados produzidos eram sensatos e úteis, e não em se o processo que os produziram foi por meio “cognitivo” *in nature*.

O exemplo de filtragem de *spam* por intermédio de *machine learning* ilustrou essa ideia. Facilmente, podemos auferir que a identificação de um *e-mail* como *spam* por uma pessoa pode envolver uma série de processos cognitivos avançados, pois um usuário humano, para realizar essa tarefa, deve: processar visualmente o *e-mail*, ler, absorver e entender o idioma do texto, contextualizar o significado

do seu conteúdo, raciocinar se o *e-mail* é ou não útil, para, assim, com base nessas avaliações, determinar se o *e-mail* constitui um *spam*.<sup>41</sup>

Pode-se, então, concluir que, como a determinação de *spam* envolveu inteligência quando realizada por humanos, a tarefa é inerentemente cognitiva, de modo que, em termos de automação, a maioria dos processos cognitivos complexos descritos acima não são artificialmente replicados por sistemas de computador, em nenhum grau significativo.<sup>42</sup> Logo, em razão de a identificação de *e-mails* de *spam* envolver cognição e de os computadores não serem capazes de replicar processos cognitivos avançados em nível humano – como, no caso, entender texto arbitrariamente escrito por uma pessoa alfabetizada –, pode-se presumir que não seria possível automatizar um tarefa tão abstrata quanto a de identificar *e-mails* de *spam*.<sup>43</sup>

Contudo, conforme o exemplo descrito anteriormente, o algoritmo de *machine learning* foi capaz de automatizar a tarefa de filtragem de *spam* por meio de processos não cognitivos, pois, ao utilizar-se do modelo de detecção de padrões, ele conseguiu inferir marcadores de *proxy* eficazes em constatar *e-mails* de *spam*: aqueles com o texto “Ganhe dinheiro extra” ou enviados da Bielorrússia eram, estatisticamente, mais propensos a serem *spam*. Dessa forma, o algoritmo foi capaz de fazer classificações automatizadas úteis e “inteligentes”, aproximando-se do que um usuário humano teria feito depois de ler e compreender o *e-mail*.

No entanto, notavelmente, o algoritmo não se debruçou sobre o significado ou o conteúdo do texto do *e-mail* como faria uma pessoa em situação semelhante, pois, em verdade, nem precisaria,<sup>44</sup> isto é, o algoritmo não necessita entender conceitos abstratos como “*e-mail*”, “ganhar dinheiro”, “Bielorrússia” ou “*spam*” – da

---

<sup>41</sup> Ver, e.g., Argye E. Hillis & Alfonso Caramazza, “The Reading Process and Its Disorders”, in COGNITIVE NEUROPSYCHOLOGY IN CLINICAL PRACTICE 229, 229–30 (David Ira Margolin ed., 1992) (“Um processo cognitivo, como a leitura, envolve uma série de transformações das representações mentais... Nesta visão, mesmo tarefas cognitivas muito simples, envolverão vários mecanismos de processamento...”)

<sup>42</sup> Stuart Russell & Peter Norvig, “Artificial intelligence:...”, p. 3–10.

<sup>43</sup> Para explicações detalhadas dos limites do Processamento de Linguagem Natural (PNL), a partir da redação deste artigo, ver Stuart Russell & Peter Norvig, “Artificial intelligence:...”, p. 860–67; Robert Dale, “Classical Approaches to Natural Language Processing”, in HANDBOOK OF NATURAL LANGUAGE PROCESSING 1, 1–7 (Nitin Indurkha & Frederick J. Damerou eds., 2d ed. 2010); Richard Socher *et al.*, “Semantic Compositionality through Recursive Matrix-Vector Spaces”, in CONFERENCE ON EMPIRICAL METHODS IN NATURAL LANGUAGE PROCESSING § 1 (2012) (notem-se que abordagens particulares de PNL são limitadas e “não captam... a importante qualidade da linguagem natural que permite aos falantes determinarem o significado de uma expressão mais longa com base no significado de suas palavras e nas regras usadas para combiná-las”).

<sup>44</sup> Toby Segaran, “Programming collective intelligence:...”, p. 4.

maneira como uma pessoa deve – para realizar as classificações automáticas de *spam* de forma precisa. Em vez disso, foi capaz de detectar *proxies* estatísticos em *e-mails* de *spam* e, com isso, produzir resultados úteis e precisos, sem se envolver nos significados ou nos conteúdos subjacentes das palavras constituintes do *e-mail*.

Assim, esse exemplo do filtro de *spam* de *machine learning* ilustrou um ponto bastante profundo: muitas vezes é possível realizar uma tarefa tipicamente associada à cognição sem a necessidade de realizar simulações artificiais de processos intelectuais humanos, mas por meio de algoritmos que empregam heurísticas e *proxies* – como as correlações estatísticas aprendidas por meio de análises de padrões de dados –, que, em última caso, chegam aos mesmos resultados ou a resultados próximos aos que seriam produzidos por uma pessoa inteligente em situação semelhante, através de processos e treinamentos cognitivos avançados.

### 3.1.1 Assemelhando-se à inteligência por *proxy*

De modo mais geral, o exemplo é ilustrativo de uma estratégia mais ampla que provou ser bem-sucedida na automatização de várias tarefas complexas: detectar *proxies*, padrões ou heurísticas que produzem resultados úteis e de forma confiável em tarefas complexas que, em humanos, normalmente requerem inteligência.<sup>45</sup> Para um determinado subconjunto de tarefas, pode ser possível detectar *proxies* ou heurísticas que rastreiam de perto o fenômeno subjacente, sem realmente se envolver em toda a sua gama de abstrações, como na maneira como o algoritmo de *machine learning* foi capaz de identificar *e-mails* de *spam* sem a necessidade de entender totalmente o conteúdo e o contexto do texto. Como será discutido na Parte III, esse é o princípio que pode permitir a automatização de certas tarefas abstratas dentro do direito que, quando realizadas por advogados, exigem cognição de ordem superior.

É importante enfatizar, entretanto, que tal abordagem baseada em *proxy* pode ter limitações significativas. Primeiro, essa estratégia pode ser apropriada apenas para certas tarefas para as quais as aproximações são adequadas, sem colocar em risco uma atividade principal, pois muitos problemas complexos – particularmente aqueles que os advogados enfrentam rotineiramente – podem não ser passíveis de tal técnica baseada em heurística. Por exemplo, quando um advogado assiste um cliente corporativo sobre uma possível fusão, que consiste em uma tarefa de tal escala, complexidade e nuances, com tantas considerações, que uma simples abordagem de *proxy* poderia ser inadequada.

<sup>45</sup>Toby Segaran, “Programming collective intelligence...”, p. 1–3.

Em segundo lugar, uma estratégia baseada em *proxy* geralmente pode ter limitações de precisão significativas, em razão de que, como os *proxies* são substitutos de algum outro fenômeno subjacente, eles necessariamente são sub e super abrangidos em relação a uma tarefa a ser desenvolvida perante o fenômeno que estão representando, de modo a, inevitavelmente, poderem produzir falsos positivos e negativos. Ao empregar *proxies* para analisar ou classificar um texto com significado essencial para uma tarefa abstrata, por exemplo, tais algoritmos podem produzir mais falsos positivos ou negativos do que uma pessoa em situação semelhante ao empregar processos cognitivos, conhecimento de domínio e experiência. Assim, permanecendo no exemplo, os filtros de *spam* automatizados podem fazer um trabalho razoavelmente preciso de classificação, mas muitas vezes cometem erros em casos bastante complexos que, contudo, seriam triviais para uma pessoa detectar.<sup>46</sup> No entanto, sendo as limitações devidamente compreendidas<sup>47</sup>, para certos propósitos (v.g., classificação de *e-mails*), nos quais a eficiência da automação é mais importante do que a precisão, os resultados aproximados podem ser suficientes e úteis.

### 3.1.2 Os desenvolvimentos nas pesquisas de Inteligência Artificial

A estratégia que acabamos de descrever faz um paralelo com as mudanças na pesquisa sobre inteligência artificial dentro da ciência da computação nas últimas décadas. Na era inicial da pesquisa de IA – dos anos 1950 aos anos 1980 –, muitos pesquisadores se concentravam em tentar replicar os processos cognitivos humanos nos programas de computador. Isso porque acreditavam que, como os humanos utilizam vários processos neurais avançados para enfrentar problemas complexos e abstratos, a maneira de fazer com que os computadores possuíssem inteligência artificial seria criar versões artificiais das funcionalidades do cérebro.<sup>48</sup>

No entanto, mais recentemente, os pesquisadores obtiveram sucesso na automação de tarefas complexas, concentrando-se não na inteligência dos próprios processos automatizados, mas nos resultados que produzem.<sup>49</sup> Sob essa visão alternativa, se um sistema de computador é capaz de produzir resultados que as pessoas considerariam precisos, apropriados, úteis e vantajosos, poderiam considerá-los “inteligentes” – mesmo que não tenha sido exitoso por meio de versões artificiais dos processos cognitivos humanos.

<sup>46</sup> William S. Yerazunis, “The spam-filtering accuracy...”, p. 1–5.

<sup>47</sup> Ver, e.g., Stuart Russell & Peter Norvig, “Artificial intelligence:...”, p. 3–10.

<sup>48</sup> Stuart Russell & Peter Norvig, “Artificial intelligence:...”, p. 3–10

<sup>49</sup> Harry Surden, “Computable Contracts”, p. 685–86.

Em geral, essa tem sido a abordagem seguida por muitos sistemas de sucesso de IA dos últimos anos. Esses sistemas usaram *machine learning* e outras técnicas para desenvolver combinações de modelos estatísticos, heurísticas e sensoriais, que não são considerados de natureza cognitiva (na medida em que não replicam a cognição humana), mas que produzem resultados que são úteis e precisos o suficiente para cumprir uma determinada tarefa.<sup>50</sup> Como já dito, essas abordagens baseadas em *proxy* podem carecer de precisão ou têm outras limitações em comparação com os humanos, para o cumprimento de certas tarefas complexas ou abstratas. No entanto, o principal *insight* é que, para muitas tarefas, as abordagens algorítmicas, como *machine learning*, podem produzir sistemas úteis e automatizados que são “bons o suficiente” para tarefas específicas.

Um bom exemplo desse princípio vem da tarefa de traduzir idiomas. Por muitos anos, a tradução de línguas estrangeiras foi considerada uma tarefa profundamente ligada aos processos cognitivos humanos de ordem superior.<sup>51</sup> Os tradutores humanos fruem de um profundo conhecimento das línguas e de uma grande capacidade de compreensão de conceitos abstratos para traduzir documentos em línguas estrangeiras. Muitos dos primeiros projetos de IA buscavam replicar em computadores várias regras de linguagem que se acredita residirem no cérebro humano,<sup>52</sup> contudo, utilizando-se de regras *bottom-up*, produziram resultados ruins nas traduções.<sup>53</sup>

De maneira diversa, as pesquisas mais recentes adotaram uma abordagem diferente a partir do uso de *machine learning* estatístico e do acesso a grandes quantidades de dados, o qual resultou em traduções surpreendentemente boas, sem a necessidade de qualquer tentativa de replicar os processos linguísticos humanos.<sup>54</sup> O “Google Tradutor”, por exemplo, funciona, em parte, com base nos enormes *corpus* de documentos que os especialistas já traduziram de um idioma para outro, como o caso da Organização das Nações Unidas (ONU), que, ao longo dos anos, empregou tradutores profissionais para traduzir cuidadosamente milhões de seus documentos em vários idiomas, de modo a torná-los disponíveis livremente em

<sup>50</sup> Stuart Russell & Peter Norvig, “Artificial intelligence:...”, p. 3–10.

<sup>51</sup> Ekaterina Ovchinnikova, “Integration of world knowledge for natural language understanding”, 215–20 (2012).

<sup>52</sup> Mathias Winther Madsen, “The Limits of Machine Translation”, 5–15 (Dec. 23, 2009) (unpublished Master thesis, University of Copenhagen), disponível em <http://www.math.ku.dk/~m01mwm/The%20Limits%20of%20Machine%20Translation%20%28Dec.%202023,%202009%29.pdf>.

<sup>53</sup> Mathias Winther Madsen, “The Limits of Machine Translation...”

<sup>54</sup> ENCYCLOPEDIA OF MACHINE LEARNING 912–13 (Claude Sammut & Geoffrey I. Webb eds., 2011).

formato eletrônico,<sup>55</sup> o que possibilitou que os desenvolvedores os aproveitassem para melhorar a tradução automática.

Dessa forma, utilizando-se de correlações estatísticas e de um enorme corpo de dados cuidadosamente traduzidos, os algoritmos automatizados são capazes de criar modelos estatísticos sofisticados sobre o provável significado das frases, produzindo, assim, traduções automáticas de boa qualidade.<sup>56</sup> Contudo, é importante frisar que os algoritmos que realizam as traduções automáticas não têm nenhuma concepção profunda das palavras que estão traduzindo, nem são programados para entender o significado e o contexto da língua, como um tradutor humano. Em vez disso, esses algoritmos são capazes de usar *proxies* estatísticos extraídos de uma grande quantidade de documentos previamente traduzidos para produzir traduções úteis, sem realmente se envolverem profundamente no idioma.

Embora essa tradução automática muitas vezes fique aquém daquelas feitas por pessoas experts, em termos de precisão e nuances em variados contextos, não sendo suficiente para tarefas que exigem altos graus de precisão (v. g., tradução de contratos jurídicos), o ponto interessante é que, para muitos outros propósitos, o nível de precisão alcançado pela tradução automática pode ser perfeitamente suficiente (v. g., obter uma ideia aproximada do conteúdo de uma página de *web* estrangeira).<sup>57</sup> Assim, essa automação permite traduções próximas ao que seria realizado por humanos capacitados, sendo úteis naqueles contextos nos quais nenhuma tradução estava disponível anteriormente.

Em síntese, o exemplo de tradução ilustra uma grande estratégia que provou ser bem-sucedida na recente automação da IA: a aplicação de análise de *machine learning* a grandes corpos de dados existentes, para extrair padrões sutis, mas úteis, que podem ser utilizados para automatizar certas tarefas complexas. Dessa forma, essa detecção de padrões em grandes quantidades de dados pode ser usada para criar modelos de computador complexos e diferenciados, no intuito de serem aplicados em problemas que antes eram intratáveis em abordagens manuais de programação.

---

<sup>55</sup> Ver: Find Out How Our Translations Are Created, GOOGLE, <http://translate.google.com/about> (último acesso: Feb. 24, 2014).

<sup>56</sup> Find Out How Our Translations Are Created

<sup>57</sup> Mathias Winther Madsen, "The Limits of Machine Translation,,," p. 10 (citando Google Translate FAQ, GOOGLE, [http://www.google.com/-intl/en/help/faq\\_translation.html](http://www.google.com/-intl/en/help/faq_translation.html) (last visited Mar. 25, 2009)).

## 4. *Machine learning* e direito

### 4.1 *Machine learning* aplicado ao direito

Como o *machine learning* tem sido utilizado com sucesso em várias áreas complexas, antes consideradas exclusivas do domínio da inteligência humana, surge a seguinte questão: até que ponto essas técnicas podem ser aplicadas na prática do direito?<sup>58</sup> Vimos que os algoritmos de *machine learning* geralmente são capazes de construir modelos computadorizados úteis para fenômenos complexos, ao detectar padrões e ao inferir regras a partir de dados. De modo mais geral, também percebemos que as técnicas de *machine learning* são capazes de produzir resultados “inteligentes” em tarefas complexas e abstratas, muitas vezes não por envolvimento direto com o conteúdo conceitual subjacente da informação, mas indiretamente, detectando *proxies* e padrões em dados que levam a resultados úteis. A partir desses princípios, esta última parte do artigo sugere que há um subconjunto de tarefas jurídicas frequentemente executadas manualmente por advogados que, em parte, são potencialmente automatizáveis, com base em técnicas como *machine learning*, devendo-se compreender e contabilizar, contudo, as suas limitações.

Ressalta-se, novamente, que essas tarefas podem ser *parcialmente* automatizáveis, pois o objetivo geral dessas automações não é substituir um advogado, mas sim auxiliá-lo, como, por exemplo, com algoritmos que filtram prováveis dados irrelevantes com intuito de trazer mais eficiência ao labor do jurista. Essa dinâmica será discutida a seguir no caso da automação na revisão de documentos probatórios de litígios, no qual os algoritmos de *machine learning* não são usados para substituir (nem são capazes disso) tarefas cruciais do advogado, como determinar se certos documentos ambíguos são relevantes sob uma determinada normal legal ou se terão significativo valor estratégico em um litígio. Em vez disso, em muitos casos, os algoritmos podem ser capazes de filtrar, de forma confiável, uma grande quantidade de documentos que provavelmente serão irrelevantes, permitindo que o advogado não precise desperdiçar seus recursos cognitivos limitados, analisando-os. Além disso, esses algoritmos podem destacar certos documentos eventualmente relevantes com o escopo de chamar uma maior atenção do advogado. Assim, o algoritmo não substitui o advogado, mas automatiza certos “casos fáceis”, de modo que os seus esforços cognitivos e o seu tempo possam ser

---

<sup>58</sup> Isto não quer dizer que outras técnicas de IA não terão impacto sobre a lei. Como escrevi em outro lugar, a IA baseada na lógica está impactando domínios legais, como a contratação. Ver: Harry Surden, “Computable Contracts...”.

conservados para aquelas tarefas que provavelmente exigirão habilidades jurídicas de ordem superior.

Nesse sentido, existem tarefas específicas para as quais os algoritmos de *machine learning* são mais adequados do que outras. Logo, identificando os tipos de tarefas que os algoritmos de *machine learning* executam particularmente bem, podemos, assim, conjecturar sobre situações em que esses algoritmos podem impactar na prática jurídica.

## 4.2 Modelos preditivos

### 4.2.1 Previsões judiciais

Os algoritmos de *machine learning* têm sido usados com sucesso para gerar modelos preditivos de certos fenômenos, possibilitando, não obstante, que os resultados desses modelos sejam replicados na prática do direito.<sup>59</sup>

A capacidade de fazer previsões inteligentes e úteis sobre possíveis resultados e responsabilizações legais é uma das principais habilidades da advocacia,<sup>60</sup> de modo que os advogados são, rotineiramente, provocados a fazerem previsões dentro de uma grande diversidade de cenários jurídicos possíveis. Em geral, quando um cliente apresenta ao advogado um problema jurídico que envolve um conjunto complexo de fatos e finalidades,<sup>61</sup> exige-se do profissional uma combinação de visão crítica, experiência e conhecimento da lei para que se consiga prever, de maneira fundamentada e verossímil, as probabilidades dos resultados em relação a um determinado problema jurídico ou concernente a uma questão geral de responsabilidade, muitas vezes em contextos de considerável incerteza jurídica e factual.<sup>62</sup> Assim, com base nessas previsões – e em alguns outros fatores –, o advogado consegue responder, de forma adequada, ao cliente sobre as medidas cabíveis.

<sup>59</sup> Stephen Marsland, “Machine learning: an algorithmic perspective”, 103 (2011).

<sup>60</sup> Ver, e.g., Tanina Rostain, “Ethics Lost: Limitations of Current Approaches to Lawyer Regulation”, 71 S. Cal. L. Rev. 1273, 1281–82 (1998); Brian Z. Tamanaha, “Understanding Legal Realism”, 87 Tex. L. Rev. 731, 749–52 (2009).

<sup>61</sup> Ver, e.g., Paul Brest & Linda Hamilton Krieger, “Problem solving, decision making and professional judgment”, 29–30 (2010).

<sup>62</sup> Paul Brest & Linda Hamilton Krieger, “Problem solving...”, p. 29–30 (2010).

Essa habilidade de avaliar de maneira geral a probabilidade de resultados jurídicos e os níveis relativos ao risco da responsabilização, em ambientes de considerável incerteza jurídica e factual, é uma das principais funções que agregam valor a um bom advogado. Como dito, os advogados produzem tais estimativas a partir do uso de uma visão crítica profissional, do conhecimento, da experiência, do treinamento e raciocínio adquiridos ao longo dos anos, além de outras habilidades cognitivas e de intuições.<sup>63</sup> No entanto, como escreveu Daniel Katz, tal aptidão estará cada vez mais sujeita a automatização a partir das análises computacionais,<sup>64</sup> pois, segundo o autor, já existem dados conhecidos que, se bem aproveitados, podem prever melhor os resultados em contextos legais.<sup>65</sup> Nesse cenário, Katz sugere que a combinação da inteligência humana com as análises computacionais se mostrará, provavelmente, bem superior à análise feita sozinha por uma pessoa ante a grande variedade de questões preditivas.<sup>66</sup>

Nesse sentido, esta parte esboçará uma visão geral de como pode ser essa tarefa preditiva baseada no *machine learning*. Em geral, esse método envolveria o uso de algoritmos de *machine learning* para, a partir de padrões percebidos de dados relativos a cenários jurídicos anteriores, prever resultados em cenários jurídicos futuros. Dessa forma, por meio desse processo, um algoritmo pode ser capaz de detectar *proxies* úteis ou indícios e probabilidades de determinados resultados.

Uma técnica relevante a ser aplicada a esse processo é o método de “aprendizagem supervisionada” discutido anteriormente.<sup>67</sup> Conforme explicado, a aprendizagem supervisionada consiste em inferir informações, a partir da associação entre dados que foram previamente categorizados por humanos.<sup>68</sup> Contudo, indaga-se: de onde surgiria esse conjunto de dados? Este surgiria através da criação, pelos escritórios de advocacia, de uma base de dados própria, a partir dos casos vistos anteriormente. Assim, a partir desse levantamento e coleção de informações de clientes anteriores, combinado com outras informações relevantes, como decisões judiciais publicadas, os escritórios poderiam usar algoritmos

<sup>63</sup> Ver, e.g., Patrick E. Longan, “The Shot Clock Comes to Trial: Time Limits for Federal Civil Trials”, 35 Ariz. L. Rev. 663, 687 (1993) (“Advogados que possuem mais experiência em julgamentos, e a consequente capacidade de prever resultados com maior precisão, podem cobrar valores de honorários mais vantajosos”).

<sup>64</sup> Daniel Martin Katz, “Quantitative Legal Prediction...”, p. 912.

<sup>65</sup> Daniel Martin Katz, “Quantitative Legal Prediction...”, p. 912.

<sup>66</sup> Daniel Martin Katz, “Quantitative Legal Prediction...”, p. 912.

<sup>67</sup> Daniel Martin Katz, “Quantitative Legal Prediction...”, p. 912.

<sup>68</sup> Daniel Martin Katz, “Quantitative Legal Prediction...”, p. 912.

de *machine learning* para construir modelos preditivos referentes a determinados tópicos, como, por exemplo, a probabilidade de responsabilização. Logo, se esses modelos preditivos superaram àquelas feitas pelos advogados em alguns pontos percentuais, eles consistiriam, portanto, em uma valiosa ferramenta para a atividade advocatícia. Dessa forma, a partir da análise de vários exemplos de dados anteriores dos clientes, um algoritmo de *machine learning* conseguiria identificar padrões entre diferentes tipos de informações dos casos judiciais para, com isso, realizar um prognóstico específico.

Para melhor ilustrar, imagine que um escritório de advocacia, que representa demandantes em um caso trabalhista, tenha registrado informações importantes de seus clientes anteriores, em situação semelhante, num banco de dados próprio, de modo que há referências sobre a natureza do incidente e da reclamação, bem como o tipo de empresa onde ocorreu o caso. O escritório, ainda, a partir dos parâmetros citados, analisa aspectos diferentes, como o resultado do caso, se foi resolvido, quanto custou a demanda, qual o juiz do processo, as leis envolvidas e se foi a julgamento etc. Esse conjunto de dados de casos anteriores que o escritório armazenou ao longo dos anos, combinado com outras informações, como demais decisões judiciais ou dados de casos adquiridos por fontes diversas, seria o “conjunto de treinamento”. E, semelhante ao exemplo do filtro de *spam*, o algoritmo de *machine learning* poderia ser treinado, a partir dos exemplos anteriores, para aprender as características mais importantes que indicariam prováveis resultados futuros. Assim, com o passar do tempo e depois de examinar exemplos suficientes de casos de clientes anteriores, um algoritmo de *machine learning* poderia, potencialmente, construir um modelo preditivo, de modo a apontar a influência de fatores que possuem a capacidade de prever determinados resultados.

Com o intuito de melhor esclarecer, imaginemos um algoritmo de aprendizagem que, ao se deparar com casos de discriminação no local de trabalho, em que há um epíteto racial expresso por escrito em um *e-mail*, percebe que, nesses fatos, há uma probabilidade de acordo inicial de 98%, contra um patamar de 60% de acordos nas demais demandas trabalhistas. Embora um advogado possa ter uma intuição profissional semelhante quanto ao acordo antecipado nesses casos, essa informação, amparada por um conjunto de dados, demonstra ser um guia bastante útil para a atividade jurídica.

Portanto, de forma mais eficiente, esses algoritmos podem identificar, diante de uma complexa mistura de fatores no banco de dados, resultados específicos que são muito difíceis ou impossíveis para um advogado detectar usando alguns

típicos métodos de análise jurídica. Nesse sentido, por exemplo, um algoritmo, ao analisar um banco de dados, pode revelar que os casos em que há vários *e-mails* hostis enviados a um funcionário a cada três semanas tendem a ter 15% mais probabilidade de resultar em responsabilização, em comparação aos casos em que *e-mails* semelhantes são enviados em uma periodicidade mais longa, de um ano. Essa conclusão, que observa o período, pode ser difícil para um advogado detectar casualmente, mas é facilmente revelada por meio da análise de padrão de dados. Dessa forma, como o algoritmo recebeu mais e mais exemplos do conjunto de treinamento, ele pode, potencialmente, refinar seu modelo interno, encontrando mais padrões úteis que poderiam melhorar a capacidade do advogado de fazer previsões fundamentadas.

Em suma, aqueles escritórios de advocacia ou entidades litigantes que anseiam por um determinado resultado judicial poderiam, a princípio, alavancar dados de cenários anteriores, tanto dos seus clientes quanto outros dados públicos e privados, para construir modelos preditivos de *machine learning*, estipulando prováveis resultados para complementar o serviço judicial prestado. Em verdade, isso seria transformar, em estatística, o que os advogados costumam fazer intuitivamente<sup>69</sup>, tendo em vista que, ao ficarem perante casos semelhantes repetidas vezes, eles desenvolvem uma compreensão interna e intuitiva de prováveis resultados para esses processos, uma vez que levam em consideração determinados fatores preditivos, em razão de os advogados conseguirem amalgamar sua visão crítica, treinamento, raciocínio, análise, intuição e cognição para compreender os fatos e, assim, realizarem previsões estipuladas para seus clientes. Até certo ponto, os algoritmos de *machine learning* podem desempenhar um papel semelhante, mas complementar, baseado nos dados analisados.

#### 4.2.2 Limitações aos modelos preditivos judiciais de *machine learning*

Existem algumas limitações nos modelos preditivos que devem ser observadas. De um modo geral, o objetivo do uso de *machine learning* é analisar dados anteriores para desenvolver regras que sejam generalizáveis para o futuro. Ou seja, a heurística que um algoritmo detecta ao analisar exemplos passados deve ser útil o

---

<sup>69</sup> Isto lembra a citação do grande matemático Pierre-Simon Laplace, que disse há várias centenas de anos: “A teoria das probabilidades nada mais é do que senso comum reduzido ao cálculo; ela nos permite apreciar com exatidão aquilo que as mentes exatas sentem com uma espécie de instinto pelo qual, muitas vezes, elas não são capazes de prestar contas”. (H. C. Tijms, “Understanding probability”, 3-4, (3d ed. 2012), citando LaPlace).

suficiente para produzir resultados precisos em cenários futuros nunca vistos. No exemplo citado, o objetivo era analisar os dados de cenários dos clientes anteriores para associar variáveis (*e-mails* hostis) a resultados específicos (aumento da probabilidade de acordo), com intuito de criar um conjunto de heurísticas que sejam eficazmente preditivas para casos futuros com características um pouco diferentes daquelas do conjunto de treinamento. Dessa forma, o modelo de aprendizagem só é, portanto, útil, à medida que a heurística inferida de casos anteriores possa auxiliar na predição dos novos casos.

Existem, no entanto, alguns problemas bem conhecidos com esse tipo de generalização. Primeiro, um modelo só será útil se a classe de casos futuros tiver características em comum com os casos analisados anteriormente no conjunto de treinamento,<sup>70</sup> pois se aqueles apresentarem fatos únicos ou incomuns em comparação com estes, o modelo preditivo será menos eficiente. Nesse contexto, as técnicas de *machine learning* podem não ser adequadas para o trabalho de previsão, uma vez que, como no exemplo, nem todo escritório de advocacia terá um fluxo de casos suficientemente semelhantes entre si, de modo que os dados de casos anteriores catalogados contenham elementos que serão úteis para prever resultados futuros. O grau de relacionamento entre casos futuros e passados dentro de um conjunto de dados é uma dimensão importante a ser considerada em relação à extensão em que os modelos preditivos de *machine learning* serão úteis, tendo em vista que tais algoritmos exigem uma amostra relativamente grande de exemplos anteriores para que generalizações robustas possam ser inferidas. Logo, se o número de exemplos (*v.g.*, dados de casos anteriores) é muito pequeno, o algoritmo pode não ser capaz de detectar padrões que sejam preditores confiáveis.

Outro problema comum envolve a supergeneralização, a qual é, essencialmente, o mesmo problema conhecido no campo estatístico, como o *overfitting*.<sup>71</sup> A ideia geral dessa problemática consiste na premissa de que é indesejável que um algoritmo de *machine learning* consiga detectar padrões nos dados de treinamento, pois estes são tão bem ajustados às idiosincrasias ou vieses do conjunto de treinamento, que prejudicam a previsão de novos cenários futuros. Por exemplo, voltando ao exemplo do filtro de *spam*, imagine que os *e-mails* usados como

---

<sup>70</sup> Existem outros problemas bem conhecidos com a indução. A indução depende da análise de exemplos do passado para generalizar sobre o futuro. No entanto, sob o chamado problema do “Cisne Negro”, podem nunca ter sido vistos de antemão cenários salientes que podem surgir no futuro. Em tal caso, um modelo treinado sobre dados passados pode não ser suficientemente robusto para lidar com cenários futuros raros ou imprevistos. Ver, *e.g.*, Nassim Nicholas Taleb, “The black swan: the impact of the highly improbable”, 1–10 (2d ed. 2010).

<sup>71</sup> Ver Stuart Russell & Peter Norvig, “Artificial intelligence...”, p. 705.

conjunto de treinamento sejam sistematicamente tendenciosos de alguma forma: todos foram enviados de um servidor de dados localizado na Bielorrússia. Um algoritmo de *machine learning* pode inferir, incorretamente, a partir desses dados de treinamento tendenciosos, que os *e-mails* de *spam* são originários apenas da Bielorrússia, ignorando os *e-mails* de *spam* de outros países. Essa inferência é precisa, mas apenas com base nos dados de treinamento específicos usados, o que, contudo, conforme aplicada em todo o mundo (generalização), produz resultados imprecisos já que os dados de treinamento não eram representativos de *e-mails* de *spam* de maneira geral.

Da mesma forma, no contexto da previsão no direito, os dados de casos anteriores, sobre os quais um algoritmo de *machine learning* é treinado, podem ser, sistematicamente, tendenciosos, de forma a produzir resultados preditivos imprecisos. A preocupação, em outras palavras, recai sobre a confiabilidade em um algoritmo que está muito sintonizado com as idiosincrasias dos dados de casos anteriores usados para o treinamento de sua função preditiva. Assim, o algoritmo pode ser capaz de detectar padrões e inferir regras a partir de dados do conjunto de treinamento (v.g., ao examinar os casos anteriores de um escritório de advocacia), mas as regras inferidas podem não ser úteis para fins preditivos, se os dados dos quais os padrões foram detectados foram tendenciosos de alguma forma e não refletindo suficientemente a diversidade de casos futuros que provavelmente aparecerão no mundo real.

Uma questão final que vale a pena mencionar envolve a captura de informações em dados. Em geral, os algoritmos de *machine learning* são apenas tão bons quanto os dados que recebem para analisar, já que constroem modelos estatísticos internos com base nos dados fornecidos. No entanto, em muitos casos de tentativa de previsão no direito, pode haver fatores sutis que são altamente relevantes e que os advogados empregam rotineiramente em suas avaliações profissionais, mas que podem ser de difíceis capturas nos dados formais e analisáveis.

Por exemplo, imagine que existe um conselho administrativo que julga processos disciplinares e que, recentemente, tenha passado por mudança no seu quadro de conselheiros. Um advogado experiente, que trabalhou em uma determinada área por muitos anos, pode estar familiarizado com a composição do conselho e os tipos de casos com que esses indivíduos simpatizam. Assim, tal advogado pode fazer uma recomendação quanto a uma ação em curso para o seu cliente, com base em uma compreensão detalhada dos conselheiros e suas inclinações particulares. Essa informação, percebida por um advogado experiente e que é, frequentemente,

usada em um assessoramento jurídico, é difícil capturar, de forma consistente e precisa, em um modelo de dados. Logo, um modelo de dados que não inclua essas informações de difícil captura, apenas aquelas preditivas, irá produzir resultados inferiores aos produzidos por um advogado.

Da mesma forma, existem certas questões jurídicas cujos resultados podem se voltar à análise de abstrações – como a compreensão da política pública de uma lei e a sua aplicação a um conjunto de fatos –, para os quais pode não haver nenhuma *proxy* de dados adequada. Assim, em geral, se existem certos tipos de informações importantes que são difíceis de quantificar nos dados, e cuja avaliação requer uma análise diferenciada, essas considerações importantes podem estar além do alcance das técnicas de previsão do estado atual de *machine learning*.

### 4.3 Relações ocultas nos dados

Técnicas de *machine learning* também são úteis para descobrir relações ocultas entre dados existentes que, de outra forma, poderiam ser difíceis de detectar, de modo a permitir que os advogados possam usar o *machine learning* para destacar informações úteis desconhecidas que existem dentro das bases de dados atuais, mas que são ocultadas devido à complexidade. Por exemplo, considere um escritório de advocacia que rastreia dados de clientes e resultados em casos de responsabilidade civil ao longo de vários anos. Um algoritmo de *machine learning* pode detectar correlações sutis, mas importantes, que passariam despercebidas por uma análise humana. Agora imagine, por exemplo, que o algoritmo detecta que a probabilidade de um acordo antecipado é significativamente maior quando o demandado, em um caso de danos pessoais, é um hospital, em comparação com outros tipos de réus. Esse é o tipo de assimilação que um algoritmo de *machine learning* pode detectar, e que pode ser relevante para a prática jurídica, mas que pode ser sutil o suficiente para escapar de uma análise de dados.

Em geral, a mineração de dados existentes em escritórios de advocacia pode dar aos advogados novas informações sobre fatores importantes que afetam os resultados (como aquele sobre o hospital ser o demandado), as quais podem, de outra forma, escapar da análise profissional tradicional. Isso, na verdade, representa um desvio normal da avaliação de informações legais, pois os advogados normalmente confiam na sua intuição interna e na sua experiência para determinar os fatores que tendem a ser relevantes para que se atinja determinados resultados em um caso específico. O *machine learning*, como uma técnica – desde

que se destaque nas correlações de *ferreting* –, pode ajudar a complementar as intuições dos advogados e destacar fatores sutis que poderiam escapar de serem notados. A descoberta de tais informações implícitas, combinada com a análise tradicional dos advogados, pode, potencialmente, impactar e melhorar a prestação do serviço advocatício aos clientes.

### 4.3.1 Decisões judiciais e relacionamentos de dados

Existem algumas outras aplicações potencialmente profundas dos modelos de *machine learning* que podem revelar relações não óbvias, particularmente na análise de decisões judiciais. Uma premissa do sistema de *common law* dos Estados Unidos é que os juízes são, em geral, obrigados a explicar suas decisões ao emitirem seus julgamentos.<sup>72</sup> Nesses instrumentos, os juízes normalmente explicam por que decidiram daquela forma ao fazer referência à lei, aos fatos, às políticas públicas e outras considerações sobre as quais o resultado foi baseado.<sup>73</sup>

Implícito nesse sistema de decisões está a seguinte premissa: o juiz chegou a um determinado resultado pelas razões lá expostas, ou seja, as justificativas que um juiz manifesta explicitamente em uma decisão devem corresponder às motivações reais que o levou a chegar àquele resultado. Logicamente, as decisões judiciais não devem ocorrer por razões diferentes daquelas que foram expressamente declaradas e articuladas ao público. Assim, são indesejáveis as decisões judiciais que não refletem as suas reais motivações, em virtude da probabilidade de haver certas motivações que são consideradas impróprias, ilegais ou indecorosas. Por exemplo, decisões baseadas em animosidade racial são ilegais, e resultados judiciais movidos por puro partidarismo sobre o conteúdo julgado podem ser percebidos como impróprios ou inconvenientes. Além disso, é desejável que as razões judiciais declaradas correspondam às razões reais, porque em um sistema de *common law*, os atores sociais (e advogados) confiam nas decisões judiciais e nas suas justificações declaradas, de modo a permitir fazer previsões sobre resultados legais futuros e para compreender e cumprir a lei.

Como algoritmos de *machine learning* podem ser muito eficientes para detectar relações difíceis de observar entre dados, poderiam, portanto, ser capazes de detectar associações ocultas entre certas variáveis de casos e resultados legais

<sup>72</sup>Jonathan R. Macey, “Promoting Public-Regarding Legislation Through Statutory Interpretation: An Interest Group Model”, 86 Colum. L. Rev. 223, 253–54 (1986).

<sup>73</sup>Jonathan R. Macey, “Promoting Public-Regarding Legislation...”

específicos, como, por exemplo, o *machine learning* trazer evidências sugerindo que os juízes estavam baseando suas decisões em considerações que não suas razões declaradas. Isto é, dados analisados dinamicamente poderiam questionar se certos resultados legais foram motivados por fatores diferentes daqueles que foram expressos na decisão judicial.

Em uma pesquisa, que bem ilustra o que foi dito, Theodore Ruger, Andrew Martin e colaboradores construíram um modelo estatístico de resultados da Suprema Corte dos Estados Unidos baseado em vários fatores, incluindo a orientação política da decisão recorrida (isto é, liberal ou conservadora) e o circuito de origem do recurso.<sup>74</sup> Não apenas o modelo estatístico superou vários especialistas em termos de previsão dos resultados da Suprema Corte, mas também destacou relações de dados subjacentes que não eram completamente percebidos anteriormente.<sup>75</sup>

Por exemplo, a Suprema Corte lida com recursos advindos de muitos Circuitos de Apelação diferentes, de modo que muitos especialistas consideravam o circuito de origem (por exemplo, o Nono ou Sexto Circuitos) da decisão prolatada como menos importante que outros fatores (*v. g.*, o conteúdo de direito do caso) em relação a resultados específicos. Entretanto, a análise dos dados mostrou uma forte correlação entre o circuito de origem e o resultado que a maioria dos especialistas esperavam, com base em sua intuição e discernimento.<sup>76</sup> Embora essa pesquisa não envolvesse algoritmos de *machine learning* em particular, ela utilizava algumas técnicas estatísticas similares às que poderiam ser usadas em uma abordagem de aprendizagem de máquina.

Essa pesquisa ilustra um ponto básico: a análise estatística das decisões poderia trazer à tona correlações que conseguiriam minar suposições básicas do sistema legal. Se, por exemplo, a análise de dados destacar que as decisões estão altamente correlacionadas com fatores não relacionados com as razões nelas escritas, isso diminuiria a sua legitimidade.<sup>77</sup> Isso também demonstra, de forma geral, que a heurística

---

<sup>74</sup> Andrew D. Martin *et al.*, “Competing Approaches to Predicting Supreme Court Decision Making”, 2 *Persp. On Pol.* 761, 761–68 (2004); Ver também: Theodore W. Ruger *et al.*, “The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decision-Making”, 104 *Colum. L. Rev.* 1150, 1151–59 (2004).

<sup>75</sup> Andrew D. Martin *et al.*, “Competing Approaches...”, p. 761–68.

<sup>76</sup> Andrew D. Martin *et al.*, “Competing Approaches...”, p. 761–68.

<sup>77</sup> Para ser claro, isto não é para sugerir que a correlação implica uma causalidade. Ela é perfeitamente consistente para que as decisões da Suprema Corte sejam correlacionadas com um fator não do direito estritamente (por exemplo, circuito de origem) e ainda sejam baseadas em tal determinação. Assim, por exemplo, se um tribunal de circuitos

estatística pode ser preditiva e informativa em um domínio tão abstrato e cheio de incertezas, como o direito, mesmo quando os computadores não se envolvem de fato com o conteúdo jurídico subjacente (por exemplo, o significado e objetivos das leis, doutrinas ou políticas públicas), que é o foco principal dos advogados.

## 4.4 Classificação e agrupamento de documentos

A prática do direito está entrelaçada com a produção, análise e organização de documentos. Estes incluem decisões judiciais, documentos probatórios, contratos, resumos e muitos outros tipos de documentos jurídicos escritos. Fora do direito, os algoritmos de *machine learning* têm se mostrado úteis na organização, agrupamento e análise automática de documentos para uma série de tarefas.<sup>78</sup> Esta subseção explorará dois métodos de *machine learning* que podem ser relevantes para a análise e organização automática de documentos jurídicos: 1) a classificação de documentos; e 2) o agrupamento de documentos.

### 4.4.1 Classificação automatizada de documentos

Em uma tarefa de classificação de documentos, o objetivo de um algoritmo de *machine learning* é classificar, automaticamente, um documento em uma categoria específica e predefinida,<sup>79</sup> baseada, geralmente, no texto e em outras características do documento.<sup>80</sup>

O exemplo anterior de filtragem de *spam* ilustrava essa ideia de classificação automatizada de documentos, de modo que o algoritmo de *machine learning* tentava classificar um determinado documento de *e-mail* recebido em uma das duas categorias: ou como *spam* indesejado ou *e-mail* desejado. Como vimos, o algoritmo foi capaz de fazer tais classificações automáticas com base nos vários indícios de *e-mails* de *spam* que tinha detectado a partir de exemplos anteriores (v. g., aqueles que possuíam a frase “Ganhe dinheiro extra” ou que o país remetente era

---

estava consistentemente cometendo erros em sua interpretação da lei, um resultado (invertido) poderia estar altamente correlacionado com um circuito específico, mas esse resultado não significaria, necessariamente, que a decisão estava sendo tomada com base na consideração do circuito de origem.

<sup>78</sup> Toby Segaran, “Programming collective intelligence...”, p. 6–9.

<sup>79</sup> Ver, e.g., Kevin D. Ashley & Stefanie Brüninghaus, “Automatically Classifying Case Texts and Predicting Outcomes”, 17 *Artificial Intelligence & L.* 125, 125–65 (2009).

<sup>80</sup> Kevin D. Ashley & Stefanie Brüninghaus, “Automatically Classifying...”

Bielorrússia). Além disso, o algoritmo foi capaz de “aprender” – refinar seu modelo interno de caracterização dos *e-mails* de *spam* ao examinar mais exemplos – e melhorar sua capacidade de classificação à medida que seu modelo interno e o conjunto de regras de *spam* se tornaram mais sofisticados. Assim, consideramos essa tarefa como “classificação” porque um usuário humano, ao examinar um *e-mail*, estaria essencialmente realizando a mesma tarefa de classificação – decidindo se um determinado *e-mail* recebido está ou não na categoria “*spam*”.

Dentro do direito, há inúmeras tarefas similares que podem ser consideradas como uma questão de classificação de documentos. Para estas, os algoritmos de *machine learning* podem ser úteis e, em alguns casos, já foram implantados.

#### 4.4.2 Classificação de documentos de processos contenciosos

Desde cerca de 2002, os documentos associados a ações judiciais normalmente estão contidos em *websites*, acessíveis eletronicamente, como o sistema de registros “PACER”, que coleciona decisões das Cortes Federais.<sup>81</sup> O núcleo dessas decisões inclui o objeto, as múltiplas partes, o resumo, e as ordens e sentenças emitidas pelo tribunal, podendo haver várias centenas de documentos associados a um caso, como os processos mais complexos. No entanto, ocultos dentro de centenas de documentos do processo, pode haver alguns especialmente importantes – como a petição inicial emendada – cujo acesso é fundamental, mas difíceis de localizar manualmente. Os documentos eletrônicos do tribunal podem se tornar muito longos, com várias páginas de acesso, podendo um documento particularmente importante ser localizado, por exemplo, apenas na página 146 de um total de 300. Assim, encontrar um documento importante, dentro de inúmeras páginas, com documentos de menor interesse, passa a ser bastante difícil.

Ante a tarefa de encontrar e organizar os documentos centrais do caso – que consiste numa classificação de documentos –, podemos, analogamente, utilizar o exemplo da filtragem de *spam*, uma vez que um algoritmo de *machine learning* pode ser treinado para aprender as características que indicam que um determinado documento é uma petição inicial e não, digamos, um simples requerimento da parte. Assim, o algoritmo poderia ser treinado para automatizar as

---

<sup>81</sup> Ver: Administrative Office of the U.S. Courts, 25 Years Later, PACER, Electronic Filing Continue to Change Courts, THE THIRD BRANCH NEWS (Dec. 9, 2013), <http://news.uscourts.gov/25-years-later-pacer-electronic-filing-continue-change-courts>; Amanda Conley *et al.*, “Sustaining Privacy and Open Justice in the Transition to Online Court Records: A Multidisciplinary Inquiry”, 71 Md. L. Rev. 772 (2012).

classificações dos documentos com base em características, como o texto do documento, e outras meta informações, como os comentários descritivos do *clerk* do tribunal. Dessa forma, os principais documentos eletrônicos do tribunal poderiam ser automaticamente identificados, como “petições iniciais”, “requerimentos” ou “decisões”, por algoritmos de *machine learning*, facilitando às partes a localização de documentos importantes.

Alguns projetos, como o de *Stanford Intellectual Property Litigation Clearinghouse*, empregaram técnicas semelhantes à de *machine learning* a fim de automatizar a organização de documentos de casos muito longos e complexos, com o escopo de facilitar o acesso de documentos cruciais do tribunal.<sup>82</sup> Logo, de forma mais abrangente, os algoritmos de *machine learning* seriam capazes de fornecer uma classificação inteligente de documentos para ajudar na organização geral.

#### 4.4.3 *E-discovery* e classificação de documentos

Da mesma forma, certos aspectos da produção de provas em litígios podem ser considerados como um problema de classificação de documentos. Nessa fase, cada parte é frequentemente confrontada a um volumoso conjunto de documentos, incluindo *e-mails*, memorandos e outros documentos internos que podem ser relevantes para o direito e para os fatos em questão. Uma tarefa crucial é classificar esses documentos a fim de encontrar aqueles poucos que são realmente relevantes para alguma questão em específico. Assim, por exemplo, em um caso envolvendo fraude de títulos do mercado de capital, alguns *e-mails* que demonstram a intenção de defraudar podem ser extremamente cruciais para provar um elemento da lei. O maior problema é que, nos litígios modernos, o número de documentos apresentados durante a fase de produção de prova pode ser enorme, variando entre as dezenas de milhares e os milhões.

Apenas uma fração extremamente pequena desses documentos é provável que seja relevante para uma questão específica ou para o caso. Em certo sentido, a tarefa é semelhante à de encontrar uma agulha (*v. g.*, *e-mail* com uma prova cabal do ilícito) no palheiro (*v. g.*, entre os milhões de documentos probatórios). Esta tarefa pode ser pensada como uma tarefa de classificação, pois o objetivo é catalogar cada um dos documentos em categorias baseadas na relevância, como, por exemplo,

---

<sup>82</sup>Stanford IP Litigation Clearinghouse, STAN. L. SCH., <http://www.law.stanford.edu/organizations/programs-and-centers/stanford-ip-litigation-clearinghouse> (último acesso Jan. 27, 2014).

(para simplificar), altamente relevante, possivelmente relevante, provavelmente irrelevante, altamente irrelevante.

Antigamente, grande parte dessas provas era conduzida manualmente por advogados juniores que faziam a leitura de *e-mails* e usavam seu julgamento para classificá-las, assim como outros documentos, como provavelmente relevantes ou não relevantes.<sup>83</sup> Em essência, isso se assemelha à tarefa de classificação de *e-mails spam*, mas com a diferença de que estes consistem em uma classificação dicotômica e binária – um *e-mail* é ou não um *spam*. No entanto, a classificação de um determinado documento probatório de litígio, como relevante ou não relevante, muitas vezes existe após um julgamento contínuo. Alguns documentos podem ser um tanto relevantes, outros altamente relevantes e outros nada relevantes. É nesta última categoria que a automação tem se mostrado altamente útil.<sup>84</sup>

Atualmente, certos aspectos da produção de provas de litígios estão sendo automatizados em parte, muitas vezes por algoritmos de *machine learning*. Similar às tarefas de categorização discutidas anteriormente, em alguns casos, os algoritmos podem categorizar os documentos por probabilidade de relevância (muitas vezes referida como “codificação preditiva” ou “*Technology Assisted Review*”), de modo a serem capazes de filtrar documentos que provavelmente são irrelevantes com base em datas ou nas partes envolvidas, como, por exemplo, quando o algoritmo infere que os *e-mails* que antecederam em dois anos o incidente principal do processo são altamente prováveis de serem irrelevantes. No entanto, há limitações ao que essas técnicas automatizadas podem fazer. Como discutido, os algoritmos não são os mais adequados ou destinados a aplicar o discernimento jurídico em áreas matizadas e incertas. Ao contrário, o papel dos algoritmos, muitas vezes, é de filtrar, para menos, o tamanho da pilha de documentos que, em última análise, necessita de revisão por parte de um advogado, pois, uma vez assinalados, muitos dos documentos ainda requerem a atenção de um jurista a fim de conduzir uma análise jurídica quanto à sua relevância.

<sup>83</sup> Ver, *e.g.*, John Markoff, “Armies of Expensive Lawyers, Replaced by Cheaper Software”, N. Y. TIMES (Mar. 4, 2011), <http://www.nytimes.com/2011/03/05/science/05legal.html>.

<sup>84</sup> Ver, *e.g.*, Vincent Syracuse *et al.*, “E-Discovery: Effects of Automated Technologies on Electronic Document Preservation and Review Obligations”, INSIDE COUNSEL (Dec. 18, 2012), <http://m.insidecounsel.com/2012/12/18/e-discovery-effects-of-automated-technologies-on-e>.

#### 4.4.4 Agrupamento de documentos relacionados

Em um exemplo anterior, o algoritmo de *machine learning* descrito foi usado para classificar documentos em categorias bem compreendidas e predefinidas, tais como “petições iniciais, “requerimentos” ou “decisões”. Em alguns casos, entretanto, os documentos podem ter características em comum, mas as características de unidade dos documentos podem ser desconhecidas ou não óbvias. Neste caso, em que há pontos em comum ocultos ou desconhecidos entre itens, como os documentos, uma abordagem de *machine learning* conhecida como “*clustering* [agrupamento]” pode ser útil.<sup>85</sup>

No agrupamento, um algoritmo de *machine learning* tenta reunir, automaticamente, itens que são similares, por alguma razão, com base em alguma característica comum que se tenha detectado. Em outras palavras, o algoritmo tenta detectar, automaticamente, relações ocultas ou não óbvias entre documentos, que de outra forma não seriam facilmente descobertos, e agrupá-los.

Dessa forma, o algoritmo pode ser usado para descobrir que documentos legais, aparentemente não relacionados, possuem uma ligação uns com os outros de uma forma essencial ou útil. Por exemplo, imagine que existem duas decisões judiciais em duas áreas fundamentalmente diferentes do direito: direito de família e direito de registro de patente. Imagine ainda que as duas decisões compartilham alguma sutileza subjacente referente a um longo debate sobre as melhores estratégias de prática em direito administrativo. Tal conexão entre esses dois casos poderia passar despercebida pelos advogados, uma vez que haveria poucas possibilidades de os profissionais de cada área lerem decisões concernentes a outro campo jurídico. Entretanto, um algoritmo de agrupamento pode ser capaz de encontrar, automaticamente, tal associação e agrupar os documentos através dessa relação não óbvia, detectando um padrão entre um grande conjunto de dados – decisões judiciais.

Agora, considere um outro exemplo em que o agrupamento e a reunião automatizados de documentos podem ter usos dentro do direito. No direito de registro de patentes, os auditores e advogados dessa área tentam, com muito esforço, encontrar documentos publicados que descrevem invenções similares a uma outra patente existente.<sup>86</sup> Nessa seara jurídica, há uma exigência, por exemplo,

<sup>85</sup> Ver Rui Xu & Don Wunsch, “Clustering”, p. 2–6 (2008).

<sup>86</sup> Janice M. Mueller, “Patent Law”, p. 30-40 (4th ed. 2012).

de que um instituto de patente é proibido de emitir uma nova marca, se a invenção reivindicada não for nova.<sup>87</sup> E uma forma pela qual se determina que uma invenção não é inédita é buscando documentos, ou outras provas, de “estado da técnica”, o qual descreve a invenção, mas que antecede o pedido de patente e que consiste, geralmente, em artigos publicados anteriormente em revistas científicas, patentes ou pedidos de patente que indicam que aquela determinada invenção foi criada anteriormente, portanto, não é nova.

No entanto, diante do enorme volume de patentes publicadas e de revistas científicas, é uma tarefa difícil encontrar documentos específicos de “estado da técnica”, em um cenário muito amplo, que provariam que uma invenção foi concebida anteriormente. Contudo, a problemática centra em encontrar esse documento, o qual é necessário para determinar, automaticamente, a relação entre um pedido de patente e o documento anterior do “estado da técnica”. Assim, o agrupamento de documentos de *machine learning* pode, potencialmente, ajudar a tornar a busca de documentos relacionados ao estado da técnica mais automatizada e eficiente, por meio da reunião de documentos relacionados ao pedido de patente em questão. Em verdade, e de modo mais geral, o agrupamento automático de documentos poderia ser útil em outras áreas do direito, nas quais a busca de documentos relevantes, em grandes amontoados, é crucial.

## 5. Conclusão

O artigo buscou uma abordagem da ciência da computação, conhecida como *machine learning*, e seu potencial impacto sobre a prática jurídica. Consistiu, na verdade, em uma visão geral de que, como a tecnologia atual de IA não pode corresponder à análise abstrata e às habilidades cognitivas avançadas, mostradas rotineiramente por advogados treinados, as técnicas atuais de IA podem ter pouco impacto sobre o direito, exceto por avanços tecnológicos significativos. No entanto, este artigo mostrou que, fora do direito, as técnicas de IA – particularmente a *machine learning* – têm sido aplicadas com sucesso a problemas que, tradicionalmente, se pensava que exigiam cognição humana.

Nesse sentido, sugeriu-se que, da mesma forma que ocorre em outros ramos, há uma série de tarefas dentro da prática jurídica em relação às quais as avaliações

---

<sup>87</sup> 35 U.S.C. § 102(a) (2006 & Supp. V 2011).

estatísticas, dentro do âmbito das técnicas de *machine learning*, são susceptíveis de terem impactos, apesar da incapacidade de replicar tecnologicamente a cognição avançada dos advogados. Assim, em percepção geral, conclui-se que as avaliações estatísticas e outras avaliações automatizadas de dados baseadas em heurística podem, às vezes, produzir resultados em tarefas complexas que, embora potencialmente menos precisas que os resultados produzidos pelos processos cognitivos humanos, podem na verdade ser suficientemente precisas para certos propósitos que não exigem níveis extremamente altos de precisão e exatidão.

## Referências

Administrative Office of the U.S. Courts, 25 Years Later, PACER, Electronic Filing Continue to Change Courts, THE THIRD BRANCH NEWS (Dec. 9, 2013), <http://news.uscourts.gov/25-years-later-pacer-electronic-filing-continue-change-courts>

Amanda Conley *et al.*, “Sustaining Privacy and Open Justice in the Transition to Online Court Records: A Multidisciplinary Inquiry”, 71 Md. L. Rev. 772 (2012)

Andrew D. Martin *et al.*, “Competing Approaches to Predicting Supreme Court Decision Making”, 2 Persp. On Pol. 761, (2004)

Argye E. Hillis & Alfonso Caramazza, “The Reading Process and Its Disorders”, in COGNITIVE NEUROPSYCHOLOGY IN CLINICAL PRACTICE 229, (David Ira Margolin ed., 1992)

Brian Z. Tamanaha, “Understanding Legal Realism”, 87 Tex. L. Rev. 731, (2009)

Burkhard Bilger, “Auto Correct: Has the Self-Driving Car at Last Arrived?”, NEW YORKER, Nov. 25, 2013

Cass R. Sunstein, Kevin Ashley, Karl Branting & Howard Margolis, “Symposium: Legal Reasoning and Artificial Intelligence: How Computers Think Like Lawyers”, 8 University of Chicago Law School Roundtable 1 (2001)

Christopher D. Manning, “Introduction to information retrieval”, (2008)

Daniel Martin Katz, “Quantitative Legal Prediction—or—How I Learned to Stop Worrying and Start Preparing for the Data-Driven Future of the Legal Services Industry”, 62 Emory L.J. 909 (2013)

David Barber, “Bayesian reasoning and machine learning”, (2011)

David Bellos, “Is that a fish in your ear? Translation and the meaning of everything”, (2011)

David E. Sorkin, “Technical and Legal Approaches to Unsolicited Electronic Mail”, 35 U.S.F. L. Rev. 325 (2001)

David L. Schwartz, “Practice Makes Perfect? An Empirical Study of Claim Construction Reversal Rates in Patent Cases”, 107 Mich. L. Rev. 223 (2008)

Ekaterina Ovchinnikova, “Integration of world knowledge for natural language understanding”, (2012)

ENCYCLOPEDIA OF MACHINE LEARNING, (Claude Sammut & Geoffrey I. Webb eds., 2011)

Find Out How Our Translations Are Created, GOOGLE, <http://translate.google.com/about> (ultimo acesso: Feb. 24, 2014)

H. C. Tijms, “Understanding probability”, (3d ed. 2012)

Harry Surden, “Computable Contracts”, 46 U.C. Davis L. Rev. 629 (2012)

I. H. Witten, “Data mining: practical machine learning tools and techniques”, (3d ed. 2011)

I. H. Witten, “Data mining: practical machine learning tools and techniques”, (2d ed. 2005)

Janice M. Mueller, “Patent Law”, (4th ed. 2012)

John Markoff, “Armies of Expensive Lawyers, Replaced by Cheaper Software”, N. Y. TIMES (Mar. 4, 2011), <http://www.nytimes.com/2011/03/05/science/05legal.html>

Jonathan R. Macey, “Promoting Public-Regarding Legislation Through Statutory Interpretation: An Interest Group Model”, 86 Colum. L. Rev. 223, (1986)

Karl Okamoto, “Teaching Transactional Lawyering”, 1 Drexel L. Rev. 69 (2009)

Kevin D. Ashley & Stefanie Brüninghaus, “Automatically Classifying Case Texts and Predicting Outcomes”, 17 Artificial Intelligence & L. 125, 125–65 (2009)

Lawrence Maisel, “Predictive business analytics: forward looking capabilities to improve business performance”, (2014)

Mathias Winther Madsen, “The Limits of Machine Translation”, 5–15 (Dec. 23, 2009) (unpublished Master thesis, University of Copenhagen), disponível em <http://www.math.ku.dk/~m01mwm/The%20Limits%20of%20Machine%20Translation%20%28Dec.%2023,%202009%29.pdf>.

Mehryar Mohri *Et Al.*, “Foundations of machine learning”, (2012)

Nassim Nicholas Taleb, “The black swan: the impact of the highly improbable”, (2d ed. 2010)

Parag Kulkarni, “Reinforcement and systemic machine learning for decision making 1–2”, (2012)

Patrick E. Longan, “The Shot Clock Comes to Trial: Time Limits for Federal Civil Trials”, 35 Ariz. L. Rev. 663, (1993)

Paul Brest & Linda Hamilton Krieger, “Problem solving, decision making and professional judgment”, (2010)

Paul Ducklin, “Dirty Dozen Spam Sending Nations”, NAKED SECURITY (Oct. 17, 2013), <http://nakedsecurity.sophos.com/2013/10/17/dirty-dozen-spam-sending-nations-find-where-you-finished-in-our-q3-spampionship-chart/>.

Pedro Domingos, “A Few Useful Things to Know About Machine Learning”, COMM. ACM, Oct. 2012

Peter Flach, “Machine Learning: The art and science of algorithms that make sense of data 3”, (2012)

Richard Socher *et al.*, “Semantic Compositionality through Recursive Matrix-Vector Spaces”, in CONFERENCE ON EMPIRICAL METHODS IN NATURAL LANGUAGE PROCESSING, (2012)

Robert Dale, “Classical Approaches to Natural Language Processing”, in HANDBOOK OF NATURAL LANGUAGE PROCESSING 1, 1–7 (Nitin Indurkha & Frederick J. Damerau eds., 2d ed. 2010)

Rui Xu & Don Wunsch, “Clustering”, (2008)

Stanford IP Litigation Clearinghouse, STAN. L. SCH., <http://www.law.stanford.edu/organizations/programs-and-centers/stanford-ip-litigation-clearinghouse> (último acesso Jan. 27, 2014)

Stephen Marsland, “Machine learning: an algorithmic perspective”, (2011)

Stuart Russell & Peter Norvig, “Artificial intelligence: a modern approach”, (3d ed. 2010)

Tanina Rostain, “Ethics Lost: Limitations of Current Approaches to Lawyer Regulation”, 71 S. Cal. L. Rev. 1273, (1998)

Theodore W. Ruger *et al.*, “The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decision-Making”, 104 Colum. L. Rev. 1150, (2004)

Toby Segaran, “Programming collective intelligence: building smart web 2.0 applications 3”, (2007)

Tom Mitchell, “The discipline of machine learning”, Report No. ML-06-Cmu-108 § 1 (2006), available at <http://www.cs.cmu.edu/~tom/pubs/MachineLearning.pdf>

Vincent Syracuse *et al.*, “E-Discovery: Effects of Automated Technologies on Electronic Document Preservation and Review Obligations”, INSIDE COUNSEL (Dec. 18, 2012), <http://m.insidecounsel.com/2012/12/18/e-discovery-effects-of-automated-technologies-on-e>.

William S. Yerazunis, “The spam-filtering accuracy plateau at 99.9 percent accuracy and how to get past it”, (Dec. 2004), available at <http://www.merl.com/reports/docs/TR2004-091.pdf> (noting that many spam filters have achieved accuracy rates at over 99.9%).

## Legislação citada

35 U.S.C. § 102(a) (2006 & Supp. V 2011).





# Smart dispute resolution: artificial intelligence to reduce litigation<sup>1-2</sup>

*Resolução inteligente de conflitos: inteligência artificial para reduzir litigiosidade*

*Smart dispute resolution: inteligencia artificial para reducir demandas judiciales*

**Gilson Jacobsen<sup>3</sup>**

Universidade do Vale do Itajaí (Itajaí, SC, Brasil)  
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-8250-8902>  
*E-mail:* giljacobsen@gmail.com

**Bruno de Macedo Dias<sup>4</sup>**

Universidade do Vale do Itajaí (Itajaí, SC, Brasil)  
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-3519-4904>  
*E-mail:* bruno@pge.sc.gov.br

## Abstract

Artificial intelligence, despite still being a developing technology, can be considered an inevitability in law, as it is in any other field. Described in Germany as part of a 4<sup>th</sup> Industrial Revolution, it confirms no battle against evolution would be fruitful. Nevertheless, given AI is a certainty in the future of law, the applications should

---

<sup>1</sup>JACOBSEN, Gilson; DIAS, Bruno de Macedo. Smart dispute resolution: artificial intelligence to reduce litigation. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 3, n. 1, p. 391-414, jan./jun. 2023. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a215>.

<sup>2</sup>The research and doctorate are sponsored by Fundo de Estudos Jurídicos e Reaparelhamento – FUNJURE/PGE/SC. It does not compromise the impartiality of the findings and conclusions, that were freely achieved by the authors.

<sup>3</sup>Gilson Jacobsen is Professor of the SJD and LLM programs and of Civil Procedure at UNIVALI (Itajaí/SC/Brazil). Visiting Professor at Widener University – Delaware Law School (Wilmington/DE/USA). Trainer of Trainers at the National School for Training and Improvement of Magistrates - ENFAM (Brasília/DF/Brazil). Doctor in Judicial Science (SJD) and Master of Laws by UNIVALI (Itajaí/SC/Brazil). Federal Judge in Florianópolis/SC. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1795999831131084>

<sup>4</sup>Bruno de Macedo Dias is a Doctorate in Juridical Science (SJD) Candidate at Delaware Law School (Wilmington/DE, USA) and UNIVALI (Itajaí/SC, Brazil). Master of Laws (LLM) en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad at Alicante University (Alicante, Spain) and Master of Laws (LLM) at UNIVALI (Itajaí/SC, Brazil). State Attorney for Santa Catarina State (PGE/SC/Brazil). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3026733972888923>

be debated. The objective here is to exam applications of AI in Law in Brazil and in the United States of America, and to evaluate its use to resolve conflicts outside the Judicial System, instead of through Justice. With the assistance of the comparative and deductive methods and the Cartesian doubt to process the data, the main conclusion is that AI is more useful for simple and repetitive litigation, and it could deliver benefits through dispute resolution outside the Judicial System, with smart technologies, resulting on a Smart Dispute Resolution alternative.

### Keywords

Artificial intelligence; Smart Dispute Resolution; Reducing litigation; Comparative method; Civil procedure.

### Contents

1. Introduction. 2. The concept of artificial intelligence and its applications and liabilities. 3. The use of artificial intelligence on judicial cases. 4. The use of technology and artificial intelligence on alternative dispute resolution (ADR). 5. Disadvantages of resolving conflicts through litigation. 6. Advantages and possibilities of reducing litigation through implementing artificial intelligence. 7. Conclusion.

### Resumo

A inteligência artificial, embora uma tecnologia em constante desenvolvimento, já é uma inevitabilidade no Direito, como nas demais áreas. Descrito na Alemanha como parte da 4ª Revolução Industrial, é confirmação de que nenhuma batalha contra a evolução é promissora. De todo modo, se IA é uma certeza no futuro do Direito, suas aplicações merecem discussão. O objetivo é examinar usos de IA no Direito brasileiro e dos Estados Unidos da América, e avaliar seu uso para solução de conflitos fora do Poder Judiciário. Através dos métodos comparativo, dedutivo e cartesiano, a conclusão central é de que, como a IA funciona melhor em conflitos simples e repetitivos, muitos benefícios podem ser obtidos pela aplicação de tecnologias inteligentes fora do sistema judicial, chegando-se a Smart Dispute Resolution.

### Palavras-chave

Inteligência artificial; Smart Dispute Resolution; Redução de litigiosidade; Método comparativo; Processo Civil.

## Sumário

1. Introdução. 2. O conceito de inteligência artificial e suas aplicações e problemas. 3. O uso de inteligência artificial em processos judiciais. 4. O uso de tecnologia e inteligência artificial em métodos alternativos de resolução de controvérsias. 5. Desvantagens da resolução de conflitos por via judicial. 6. Vantagens e possibilidades de redução de litígios por meio da implementação de inteligência artificial. 7. Conclusão.

## Resumen

La inteligencia artificial, todavía una tecnología en desarrollo, puede considerarse una inevitabilidad en derecho, como lo es en cualquier otro campo. Descrito en Alemania como parte de una cuarta revolución industrial, confirma que ninguna batalla contra la evolución sería fructífera. Sin embargo, dado que la IA es una certeza en el futuro de lo Derecho, las aplicaciones deben debatirse. El objetivo aquí es examinar las aplicaciones de la IA en el Derecho en Brasil y en los Estados Unidos de América, y evaluar su uso para resolver conflictos fuera del Sistema Judicial. Con la ayuda de los métodos comparativo, deductivo y cartesiano, la principal conclusión es que la IA es más útil para litigios simples y repetitivos, y podría brindar beneficios por la resolución de disputas fuera del Sistema Judicial, con tecnologías inteligentes: una Resolución Inteligente de Disputas.

## Palabras clave

Inteligencia artificial; Smart Dispute Resolution; Reducción de demandas judiciales; Método comparativo; Procedimiento Civil.

## Índice

1. Introducción. 2. El concepto de inteligencia artificial y sus aplicaciones y defectos. 3. El uso de inteligencia artificial en casos judiciales. 4. El uso de la tecnología y la inteligencia artificial en la resolución alternativa de disputas. 5. Desventajas de resolver los conflictos mediante litigios. 6. Ventajas y posibilidades de reducción de litigios mediante la implementación de inteligencia artificial. 7. Conclusión.

## 1. Introduction

The use of artificial intelligence in law, as well as in almost any other science, is inevitable. It is not a question of if it will be used. It is a question of when, where and to which extent.

History demonstrates that sciences cannot shield themselves from technology, as human knowledge from other fields evolve, revolutionizing how simple or complex tasks can be performed.

The implement of artificial intelligence, machine learning, robotics and similar concepts in production was described as *industrie 4.0* as it was adopted as a strategical idea by the German Government<sup>5</sup>. It is considered the fourth industrial revolution. To better understand how the new technologies take over, it is useful to remember the three previous ones.

The first industrial revolution is related to the introduction of mechanical procedures in production, with the guidance of steam. The second involved divisions of work and mass production aided by electricity. Finally, the third revolution brought use of electronics and informatics in production<sup>6</sup>.

All those evolutions influenced or revolutionized how law was practiced.

The main focus of this study is to evaluate the impact of technology and artificial intelligence in conflict resolution, how it can impact legal science professionals and mostly the best way to use it to achieve better results, with more reliability and greater gain for the society.

In a context of an overburden of the Judicial System that is easily recognized in Brazil and in the United States, one decision becomes crucial: artificial intelligence would be best used to help with judicial resolution or to avoid a judicial case to even begin.

To achieve this task, the first step is to better understand and establish a concept for artificial intelligence, exam its limits and liabilities and finally evaluate in which tasks it excels or struggles.

---

<sup>5</sup> GERMAN TRADE & INVEST. **INDUSTRIE 4.0: Smart manufacturing for the future**. Berlin: Germany, 2014. Available in: <[https://www.gtai.de/GTAI/Content/CN/Invest/\\_SharedDocs/Downloads/GTAI/Brochures/Industries/industrie4.0-smart-manufacturing-for-the-future-en.pdf](https://www.gtai.de/GTAI/Content/CN/Invest/_SharedDocs/Downloads/GTAI/Brochures/Industries/industrie4.0-smart-manufacturing-for-the-future-en.pdf)>. Last visited in 27 June 2019.

<sup>6</sup> ASSAD NETO, Anis. *Et al. A busca de uma nova identidade para a indústria 4.0*. *Brazilian Journal of Development*. Vol. 4. Curitiba: July/Set. 2018.

Over the following chapter, projects and known uses of artificial intelligence respectively on judicial resolution and alternative dispute resolution are analyzed both in Brazil and in the United States.

Finally, the third chapter will address the risks and disadvantages of using artificial intelligence in judicial resolution and the last one will approach the advantages and possibilities of using artificial intelligence on alternative dispute resolutions and avoid conflicts going to court.

The artificial intelligence will reach legal science professionals. Nevertheless, the way it will be used will determined whether it can be a source of conflicts and disputes or a tool to ease the burden that impacts many professionals.

## 2. The concept of artificial intelligence and its applications and liabilities

The general understanding of artificial intelligence and its real capability is seldomly misunderstood or overvalued, as it can be expected in any groundbreaking technology that can cause a revolution on our way of life or work.

Many tend to believe, without proper knowledge, that artificial intelligence is ready to take the place of lawyers and judges and it will result in perfect solutions to anything that can presented to it. AI would not commit mistakes and it would offer better results than humans.

Nevertheless, the concept of artificial intelligence is not easy to determine nor unanimous. It can even involve a difference between what AI can achieve now and what it could achieve in the future.

Harry Surden<sup>7</sup> offers a wide notion:

What is AI? There are many ways to answer this question, but one place to begin is to consider the types of problems that AI technology is often used to address. In that spirit, we might describe AI as using technology to automate tasks that “normally require human

---

<sup>7</sup>SURDEN, Harry. *Artificial intelligence and law: an overview*. Georgia State University Law Review. Vol. 35, 2019.

intelligence.” This description of AI emphasizes that the technology is often focused upon automating specific types of tasks: those that are thought to involve intelligence when people perform them.

Iria Giuffrida<sup>8</sup> adopts a concept from McKinsey & Co., in which “in its most basic sense, AI refers to ‘the ability of a machine to perform cognitive functions we associate with human minds, such as perceiving, reasoning, learning, interacting with the environment, problem solving, and even exercising creativity’”<sup>9</sup>.

While “machine intelligence” is frequently related to “human intelligence, this proximity is troublesome. While machines can process great volume of information and evolve its capacity of processing them, achieving better results than humans would in some complex tasks, it functions in a very different way than human intelligence in many aspects”.

A vision of AI with human-level cognition, referred to as Strong AI or Artificial General Intelligence is still not a reality. Surden offers a very useful input for this research:

Although Strong AI has long been a goal of research efforts, even the most state-of-the-art AI technology does not meaningfully resemble Artificial General Intelligence. Today’s AI systems cannot, nor are they necessarily designed to, match higher-order human abilities, such as abstract reasoning, concept comprehension, flexible understanding, general problem-solving skills, and the broad spectrum of other functions that are associated with human intelligence. Instead, today’s AI systems excel in narrow, limited settings, like chess, that have particular characteristics—often where there are clear right or wrong answers, where there are discernible underlying patterns and structures, and where fast search and computation provides advantages over human cognition<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> GIUFFRIDA, Iria. **Liability for AI Decision-Making: Some Legal and Ethical Considerations.** Fordham Law Review, Vol. 88, 2019.

<sup>9</sup> MCKINSEY & CO. **An Executive’s Guide to AI.** Available in: <<https://www.mckinsey.com/capabilities/quantumblack/our-insights/an-executives-guide-to-ai>>. Last visited in 07 Nov. 2022.

<sup>10</sup> SURDEN, Harry. **Artificial intelligence and law: an overview.**

This is the first challenge when it comes to apply AI to law: while undoubtedly useful, it should not be used to perform every single task. While AI excels and produces great result in finding patterns, evaluating scenarios and possibilities and processing a volume of data that would not be advisable for a human mind, it will struggle when dealing with emotions, undetermined/abstract concepts or ideas, subjective interpretation and other actions that are not limited to a narrow logical conclusion.

A machine would not be able, for instance, to achieve a role-reversing process, through which a juror or a judge can figuratively place himself on the same position of the plaintiff or defendant, to fulfill a guarantee of trial by a jury of peers<sup>11</sup>. Or, in a closer analysis to the Brazilian system, the trial by the natural judge. Not only those tasks through Strong AI are not yet achievable, but also seems ill advised to consider handling such extent of power to machines<sup>12</sup>.

Another very relevant concept for artificial intelligence is machine learning. While a machine can have an extended core and many programmed information or rely more on future information, it is essential to consider that, when dealing with AI, the machine will learn from the content it is exposed to. In contrast to a simpler program, that will behave strictly and in the exact way it was designed, AI machines can adjust according to the data they receive.

That increases the complexity and the risks/liabilities when dealing with AI. In simple terms, (a) the machine will receive its initial programming, (b) it will go through a period of learning by being exposed to data, (c) AI will continue to learn when executing its function according to the new data it receives; (d) it will act according to its purpose; (e) a result will be produced due to this action, that might harm someone.

From this basic description, a few risks emerge that might recommend caution on some possible uses of AI. Iria Giuffrida<sup>13</sup> indicates some of those risks:

---

<sup>11</sup> BRENNAN-MARQUEZ, Kiel. HENDERSON, Stephen E. **Artificial Intelligence and Role-Reversible Judgment**. *Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol 109, 2019. pp. 137-169.

<sup>12</sup> HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. *Inteligência artificial e direito: convergência ética e estratégica*. Curitiba: Alteridade Editora, 2020.

<sup>13</sup> GIUFFRIDA, Iria. **Liability for AI Decision-Making: Some Legal and Ethical Considerations**. LIN, Tom C. W. *Artificial Intelligence, Finance, and the Law*. *Fordham Law Review*, Vol. 88, 2019. pp. 531-552.

- a) **error on the coding of the machine:** related to the process of designing the core code of the machine.
- b) **problems occurred on the training:** after being design, the machine should be taught (exposed to data) to be able to execute its functions.
- c) **self-modifications that can happen when receiving data:** when the AI machine starts working, it is exposed to new and uncontrolled data and can adapt to better execute its tasks. The exposure to bias, corrupt, incorrect or offensive data can affect the way the machine will work<sup>14</sup>.
- d) **difficulty or impossibility to reverse engineering the process of decision-making:** since the machine way of performing changes over time because of the data it is exposed, it is almost impossible to walk back the steps that led to a bad decision.
- e) **defining who should be liable for damages cause by the AI system:** for all those factors, if a machine malfunction or harms someone, it is challenging to define who is responsible for the failure and for repairing those damages.

While artificial intelligence can offer great, promising results, it is essential to understand its strengths and weakness, as well as the risks and liabilities that can derive from its use before any strategic and perhaps unsupervised application.

Surden<sup>15</sup> offers a great overview of good applications:

Other areas where AI tends to be successful involve problems where fast computation, search, or calculation provides a strong advantage over human capacity. Chess, once again, provides a good example of AI providing an advantage. One of the reasons that automated chess systems routinely beat grandmasters is the ability of the automated systems to use their incredibly fast hardware to search through billions of possible chess positions to find those most likely to produce a positive result. Another example involves credit card fraud detection. Although in principle, a human could manually inspect credit card transactions looking for signals of fraud, in practice, due to the billions of credit card transactions per day, this analysis by humans is impossible. Here, the advantage given by the incredible computing

<sup>14</sup>GIUFFRIDA, Iria. LEDERER, Fredric. VERMEYS, Nicolas. **A Legal Perspective on the Trials and Tribulations of AI:** How Artificial Intelligence, the Internet of Things, Smart Contracts, and Other Technologies Will Affect the Law. *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 68-3, 2018. pp. 747-781.

<sup>15</sup>SURDEN, Harry. *Artificial intelligence and law: an overview*.

power of today's computer hardware, combined with machine learning's ability to automatically detect anomalies indicative of fraud, makes such a process amenable for automation with AI. By contrast, for many other types of problems, raw computation provides little to no advantage over human-based analysis.

He also warns ineffective/inappropriate applications:

Finally, as mentioned, current AI technologies do not generally perform well, or at all, in problem areas that involve abstract concepts or ideas, such as “reasonableness” or “goodwill,” that involve actually understanding the underlying meaning of words. Similarly, these automated technologies tend not to do well in many problem areas that require common sense, judgment, or intuition. Finally, the use of AI automation tends to be both ineffective and possibly inappropriate in many problem areas that are explicitly and fundamentally about public policy, are subjective interpretation, or involve social choices between contestable and differing value sets. Understanding these limitations will help us understand where current AI is potentially applicable and where it is less applicable in law<sup>16</sup>.

It is essential to recognize that there are limits to the understanding a machine can achieve – at least at this moment. For instance, Lee points out that while the algorithm could be even more efficient than human beings on identifying diseases or providing the treatments, they would not replace the care, warmth and love good professionals or family members can offer<sup>17</sup>. On the other hand, Sandra Mayson raises the complex risk of biased conclusions<sup>18</sup>.

Therefore, the use of artificial intelligence on dispute resolution can raise many questions. The first one is whether it is appropriated to provide judicial or non-judicial decisions, or it should be limited to assist legal professionals. This issue will be address on chapter five.

---

<sup>16</sup> SURDEN, Harry. *Artificial intelligence and law: an overview*.

<sup>17</sup> LEE, Kai-fu. *AI Superpowers: China, Silicon Valley and the New World Order*. Noston: Houghton Mifflin Harcourt, 2018.

<sup>18</sup> MAYSON, Sandra G.. *Bias in, bias out*. The Yale Law Journal. Vol. 128, p. 2218-2300, 2019.

Furthermore, considering that machines work better with volume of information, patterns and logical conclusions, but not as well with unprecise or abstract concepts, it is possible to identify which conflict resolutions AI machines could reach more accurate results. At the current state of the art, AI is tailored for repetitive/patterned cases with previous similar solutions and well-established judicial terms. In those cases, there are less complex juridical discussions. On the other hand, cases with dubious or overlapped statutes or precedents, requests of distinguishing cases or overruling precedents or application of new legal theories seem ill-advised.

Just as important is to identify when a task an AI machine can perform by itself ends and where the need for human supervision becomes necessary<sup>19</sup>. The failure to draw this line accordingly can be the difference maker between a good and a bad use on artificial intelligence.

### 3. The use of artificial intelligence on judicial cases

The use of AI on Judicial cases follows very different steps in Brazil and in the United States. While the latter focus on using AI to help lawyers and judges with their analysis, without reducing their role on procedures, in Brazil the focus was shifted to automatize procedures and decisions, that result in little to none participation of lawyers and judges.

On one side, it is interesting to have those differences that provide the opportunity to evaluate very distinguished uses of available technology. On the other, it is worrisome to verify that the judicial system, essential part of democracy, could have their role or functionality relegated to AI machines.

It should be reminded that there is a thin line between AI assisting toward a decision or deciding the case itself. These are two opposed sides. In one, the judge receives data, for instance, of the likelihood of criminal offender to flee or to commit another crime, and, with that information, freely decides on bail. AI is only assisting. There would be situations in which AI would “suggest” a few hundred decisions to a judge to sign in a few hours. It is undeniable that the judge will not be able to review all those “propositions”. AI is deciding, even if a human is signing.

---

<sup>19</sup>FREITAS, Juarez. FREITAS, Thomas Bellini. *Direito e Inteligência Artificial: em defesa do humano*. Belo Horizonte: Forum, 2020.

Between those two scenarios, there are AI proposed analysis or decisions that are suggested to a judge, with reasonable time to decide. At the end of the day, it comes down to this: is it feasible for the judge to truly exam the case and the proposed decision or is he just working as a validator for the AI machine?

In those short lines, the idea is to present some of the possible uses of AI on Judicial cases, with no intent to address every single situation, something that one demand – and likely exceed – the full extent of a paper.

### 3.1 Initiatives in Brazil

Brazil has a relatively new civil procedure statute that applies to federal and civil court. It was approved in 2015 and came into effect the following year. This statute is extremely important to understand the Brazilian judicial system as it consolidated the focus of Justice in Brazil: mass production in decisions and settling repetitive/similar cases.

Brazil has a legal system always aligned with civil law, with deep Latin and Italian roots. In recent years, a shift closer to common law became evident, with enforceability of previous decisions of Superior Courts, mainly if produced to address mass litigation. The recent most noticeable changes were not to better decide complex cases. It was to resolve frequent conflicts with fast – automatic, if possible – decisions.

Even though this decision can and should receive heavy criticism, it is not a random measure. The number of cases in Brazil is clearly absurd and has grown substantially decade after decade, year after year<sup>20</sup>. The average number of cases a judge must decide every year to clear his docket or to even keep up with the new cases is worrisome.

---

<sup>20</sup> This problem was detailed and address in length on DIAS, Bruno de Macedo. *A constitucionalidade de filtros ao Acesso à Justiça para assegurar o funcionamento sustentável do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. It would not be possible to detail here. The proposed solution was to demand that litigators, whenever possible, would be required to look for alternative dispute resolution options and that Justice would only review those cases if a severe violation occurred.

In a study<sup>21</sup> produced from data of the Nacional Council of Justice – CNJ indicated that, from 2004 to 2013, the number of pending cases went from 30.961.430 to 66.319.205 (114% increase), while the new cases per year jumped from 20.012.222 to 27.742.054 (38,62%), on first and second degree of jurisdiction. On the same period, the population have grown only 10,71%.

Therefore, the volume of litigation in Brazil is a real, well documented problem and simple, similar/repetitive cases represent a great part of those cases.

The critic is deserved, however, because instead of investing/empowering alternative solution to litigation – even mandatory alternatives – Brazilian Justice decided to morph itself into a mass production system, focused on numbers and instantaneous resolutions, instead of a forum for complex legal analysis.

A very recent study from Fundação Getúlio Vargas (FGV), a well-respected institution in Brazil, released its primary analysis<sup>22</sup> on December, 2020 about the projects to use artificial intelligence in Brazilian Courts. Seventy-two projects were founded and evaluated. Approximately half of the Courts had an initiative that involved AI since the first edition. The second edition was released in April, 2022<sup>23</sup>. The first edition, however, had a more detailed presentation, that allowed to better understand the applications.

The most relevant data, according to the first edition, comes next: those projects were organized in 101 functionalities and inserted in familiarity classes. Five of the six most common classes were related to mass litigation. A total of sixty-four, only on those categories, out of the total 101 functionalities<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> DIAS, Bruno de Macedo. *A constitucionalidade de filtros ao Acesso à Justiça para assegurar o funcionamento sustentável do Poder Judiciário*.

<sup>22</sup> FGV. **Report on Artificial Intelligence**: technology Applied to conflict management within the Brazilian Judiciary. 2nd Edition. 2022. Available in: <[https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/report\\_ia\\_2edition.pdf](https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/report_ia_2edition.pdf)>. Last visited in 05 Jan. 2023.

<sup>23</sup> FGV. **Report on Artificial Intelligence**: technology Applied to conflict resolution in the Brazilian Judiciary. 1st Edition. 2020. Available in: <[https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/report\\_ai\\_ciapj.pdf](https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/report_ai_ciapj.pdf)>. Last visited in 05 Jan. 2023.

<sup>24</sup> Check: FGV. **Artificial Intelligence**: *First Forum on Law and Technology*. Available in: <[https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/anais\\_ia\\_ingles.pdf](https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/anais_ia_ingles.pdf)>. 2020. Last visited in 20 Dec. 2022. Those categories were: Identifying cases for immediate denial (27), suggestion of decisions (12), grouping by similarity (9), admission of appeals (9), and treatment of mass litigation (7).

The most famous project in Brazil is the Brazilian Supreme Court' (STF) robot, Victor. Since in Brazil every litigant has the right to appeal to the Court if it can claim a constitutional violation and some other requirements, one of the biggest purpose of Victor is to evaluate which cases should be received by the Supreme Court<sup>25</sup>.

In another paradigmatic case, a State Court (MG) ruled over 280 cases in less than a second, only with the press of a button using its robot Radar. While that fact was celebrated, it does raises serious questions<sup>26</sup>.

The use of artificial intelligence in Brazil is not to produce better or faster evidence. It is not even to provide better data for lawyers or judges to produce higher quality briefs or decisions. It is design to address mass litigation, providing a line of production of decisions.

### 3.2 Initiatives in the United States

If in Brazil the sole focus in recent years is on mass litigation due to an overburden of cases, studies in the United States indicate that not only the number of cases is not adequate, but also it takes too much time and it is very expensive.

Ryan Newell<sup>27</sup> examined the number of cases filed in Delaware in 2012 and 2013. Federal judges averaged 594 case filings in 2012, while in State Courts, in 2013, each member of Delaware Court of Chancery averaged 831 case filings, 971 case filing for each member of Delaware Superior Court judge; 2963 case filings per member of Delaware Family Court judge and 13.528 case filings per judge of Delaware Court of Common Pleas.

---

<sup>25</sup> BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. *Projeto VICTOR do STF é apresentado em congresso internacional sobre tecnologia*. Published in 26 set 2018. Available in: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=390818>>. Last visited in 27 June 2019.

<sup>26</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual*. Published in 07 nov. 2018. Available in: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-artificial-em-julgamento-virtual.htm#.XA1B2ntKiM8>>. last visited in 07 nov. 2022.

<sup>27</sup> NEWELL, Ryan P. *E-Discovery Promised Land: The Use of E-Neutrals to Aid the Court, Counsel, and Parties*. Delaware Law Review, Vol. 15, 2014.

Litigation is also considered very expensive<sup>28</sup>, especially if procedure takes too much time with discovery and trials, due to billable hours of involved attorneys, not even considering the costs that could result of the conflict per se, both in reparatory and punitive damages.

While studies indicate that big companies have a high cost with litigation<sup>29</sup>, conflicts involving regular citizens can also have a prohibitive cost. A survey for the National Center for State Courts in 2013<sup>30</sup> estimated a median cost of US\$ 43.238,00 on automobile tort cases. Contract cases would have a median cost of US\$ 90.575,00 and professional malpractice had a median cost of US\$ 122.140,00.

One of the most promising and expected results from using artificial intelligence, therefore, is to improve discovery and reduce the time it demands from lawyers. With the increased amount of data that migrates from paper to computer files<sup>31</sup>, it becomes even easier for AI machines to read those files in a speed that would be impossible to a human. Nevertheless, its work could be limited to select a quantity of data for the lawyer to exam<sup>32</sup>. This would reduce the time spend on files that are likely not useful and ensure a focused analysis on the most important ones.

AI can also assist lawyers with their research and briefing, or even to try to predict decisions, to identify the probability of success on the case or not, which could impact the decision to start a lawsuit. If there is data available of previous cases of the Courts, adding the characteristics of the new case can help predict the likelihood of a favorable outcome<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> For more information: MILLER, Arthur. **Widening the Lens**: Refocusing the Litigation Cost-and-Delay Narrative. *Cardozo Law Review*, vol. 40, 2018.

<sup>29</sup> Survey presented in 2010 by Lawyers for Civil Justice to the Committee on Rules of Practice and Procedure Judicial Conference of the United States after contacting all Fortune 200 companies. 36 of the participants that chose to disclose their litigation cost on 2008 on litigation was a total of US\$ 4.1 billion. Most of this cost was with litigation in the United States. Source: U.S. CHAMBER INSTITUTE FOR LEGAL REFORM. **LAWYERS FOR CIVIL JUSTICE. CIVIL JUSTICE REFORM GROUP. Litigation Cost Survey of Major Companies**. Delivered to Committee on Rules of Pactice and Procedure Judicial Conference of the United States. Duke Law School, May, 2010. Available in <[https://www.uscourts.gov/sites/default/files/litigation\\_cost\\_survey\\_of\\_major\\_companies\\_0.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/litigation_cost_survey_of_major_companies_0.pdf)>. Last visited in 29.10.2022.

<sup>30</sup> HANNAFORD-AGOR, Paula. **Measuring the cost of civil litigation**: Findings from a survey of trial lawyers. *Voir Dire*, Primavera, 2013.

<sup>31</sup> NEWELL, Ryan P. **E-Discovery Promised Land: The Use of E-Neutrals to Aid the Court, Counsel, and Parties**.

<sup>32</sup> SURDEN, Harry. **Artificial intelligence and law: an overview**.

<sup>33</sup> SURDEN, Harry. **Artificial intelligence and law: an overview**.

## 4. The use of technology and artificial intelligence on alternative dispute resolution (ADR)

If substantial differences can be founded on the use of artificial intelligence in Brazil and in the United States, which recommended a separated analysis for the initiatives, the same cannot be said about alternative dispute resolutions (ADR).

Different statutes, cultures and treatments from the Judicial system can obviously impact the way ADR should be conducted in each country have the best results and to be attractive.

Nevertheless, with the implementation of technology, the concept of ADR in several cases started shifting to a notion of online dispute resolution (ODR), that involves several different principles, like a reduction of the face-to-face policy and, therefore, can involve parties from any place of the globe<sup>34</sup>.

Under this distinction, three concepts for alternative dispute resolution need to be separated:

- a) Traditional alternative dispute resolution (ADR): with preferably face-to-face meetings;
- b) Online dispute resolution (ODR): that involve online mechanisms for filling, arguments, negotiation and/or decisions; and
- c) Smart dispute resolution (SDR): a new step on online dispute resolutions, that add artificial intelligence components to facilitate agreements or decisions.

The growth of ODRs and SDRs tend to diminish boundaries. Although different legal systems impose complex distinctions on analysis, procedures are flexible. Even rules can be settled on private relations.

While several initiatives can already be found, most of the use of AI thus far seems more procedural, to help filling a request, open opportunities for defenses or manifestations or even to clarify questions with chatbots.

---

<sup>34</sup> KATSH, Ethan. RABINOVICH-EINY, Orna. *Digital Justice: Reshaping Boundaries in an Online Dispute Resolution Environment*. International Journal of Online Dispute Resolution, v. 1, n. 1, 2014.

In Brazil, federal agencies took several initiatives towards ODR. The most famous is ANATEL<sup>35</sup>, the agency responsible for telephones and internet services. They provide a system that allows the user to file a complaint that will have to be addressed by the company in five days. Furthermore, whenever a company fails their legal duties, they can receive legal penalties from the agency.

Another great initiative is the portal “consumidor.gov.br”<sup>36</sup>. This platform is design for consumers to file complaints against companies and allows the latter to explain its position or to propose a solution to the consumer.

Finally, Federal<sup>37</sup> and State Administrations recently created chambers of conflict resolution for cases involving the Administration. While those structures have great potential, they seem centered so far in classic ADR methods, based on face-to-face meetings and mediation.

In the United States, Ethan Katsh and Colin Rule<sup>38</sup> highlights the initiative from e-bay on this field. Not only they decided to implement an ODR system, but they also collected data from the experience. The results indicated that not only those that won disputes, but also those that lost increased their shopping activity. The only ones that were not stimulated were the ones that considered the resolution took too long.

There are also initiatives of AI machines for legal, pro-bono online assistance. Those tools can provide legal information online. As an example, “a Stanford law graduate developed an online chat bot called DoNotPay that has helped over 160,000 people resolve parking tickets, and is now being expanded to help refugees with their legal problems”.<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Registrar reclamação*. Available in: <<https://www.gov.br/anatel/pt-br/consumidor/quer-reclamar/reclamacao>>. Last visited in 06 Apr. 2023. (Website from Brazilian federal agency Anatel for conflict resolution).

<sup>36</sup> BRAZIL. *Ministério da Justiça*. *Consumidor.gov.br* (online). Available in: <<https://www.consumidor.gov.br>>. Last visited in 02 Nov. 2022.

<sup>37</sup> Brazil has 26 States and one Federal District. Therefore, it is not possible to discuss all different models available. For those interested, we recommend reading the underlying statute: BRAZIL. *Lei* nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Published in 17 mar. 2015. Available in: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Last visited in 04 May 2022.

<sup>38</sup> KATSH, Ethan. RULE, Colin. *What We Know and Need to Know about Online Dispute Resolution*. South Carolina Law Review. Vol. 67, 2016.

<sup>39</sup> MARCHANT, Gary E. *Artificial Intelligence and the Future of Legal Practice*. Southern Methodist University Science and Technology Law Review. Vol, 14, 2017.

The applications of AI on alternative dispute resolution are infinite and seems to be only beginning.

## 5. Disadvantages of resolving conflicts through litigation

As established earlier, AI is most efficient on resolving conflicts that are less complex or that follow patterns<sup>40</sup> and less reliable when the conflict presents more juridical complexity and abstract concept.

Therefore, the biggest question should be if those simpler cases need to be resolved in the Judicial system or not. In recent decades, the access to Justice principle gained great relevance and created a troublesome culture that judicial resolution is the best answer and first possibility. Judicial resolution is essential on a Democratic State, but it does not have to (nor should) be the first option.

Several disadvantages have already been established to resolve conflicts in the Judicial system, even with AI, when it could be solved by ADR/ODR/SDR:

- a) Judges and lawyers are suffering from an **overburden workload**: the prohibitive number of new and pending cases, with a great variety of complexity, turns the Judicial system into a more difficult forum to resolve both simple and complex cases.
- b) **Judicial resolution takes time**: due to the number of cases and the characteristics of civil procedure, it usually takes longer to resolve a conflict in Justice. Prolonging conflict, furthermore, is a source of animosity between those involved. While the conflict is not resolve, it is more likely for new conflicts arise between those involved than to achieve a peaceful coexistence.
- c) **The cost of litigation** can be high and even disproportional do the case: while in the United States litigation implicate unreasonable costs for those involved, in Brazil lawsuits represent a relevant cost for the Administration. In both situations, it is clear that a judicial resolution is not cheap and, when applied to repetitive or simpler cases, can even exceed the value in dispute.
- d) Applying AI in Judicial resolution can create **vulnerabilities to essential procedural guarantees**: a properly functioning Judicial system must ensure

---

<sup>40</sup>To obtain a deeper knowledge on this matter, Rebecca Williams provides great output and examples of applications and problems regarding AI decision-making: WILLIAMS, Rebecca A. **Rethinking Deference for Algorithmic Decision-Making**. Oxford Legal Studies Research Paper n. 07, 2019.

several procedural guarantees, such as the right of defense, to contradict opposing arguments, of fast resolutions and of a decision by a proper authority (natural judge in Brazil, jury of peers, in many cases, in the United States). The use of AI, self-learning machines can confront several of those guarantees.

e) Greater **risks if an AI machine commits a failure**: it is evident that a machine, especially a self-learning machine, can make errors. Human supervision can help diminishing those mistakes, but investing too much time supervising the AI machines contradicts its purpose of reducing the time and the costs of a conflict. If an AI machine commits an error on an alternative resolution, even if a solution is not reached within that forum, there is always the Judicial possibility. But what can litigants do if this error happens in the Judicial system, or even in a Superior Court?

It seems as evidence that simple conflicts should be solved outside the Judicial system as it is that this solution should involve the help of artificial intelligence. The Judicial resolution is more complex, expensive and time-consuming. Justice's time should be preserved for cases that involve great legal complexity.

The opposite could result in a search for a judicial system that resolves conflicts faster, cheaper and without much effort. This is precisely the fear that Garth and Cappelletti when they advocated in favor of access to justice:

The reforms we enact must be thoughtful ones, reflecting an appreciation of the risks involved, as well as full awareness of the limits and potentialities of the regular courts, regular procedures, and regular attorneys. This is what is really meant here by the access-to-justice approach. **The goal is not to make justice “poorer”, but to make it accessible to all, including the poor.** And, if it is true that effective, not merely formal, equality before the law is the basic ideal of our epoch, the access-to-justice approach can only lead to a judicial product of far greater “beauty” – or better quality – than that we now have (highlight included in bold)<sup>41</sup>.

Furthermore, if an ADR/ODR/SDR forum fails to execute its function correctly, there will still be the Judicial solution. But preferably only in cases of severe failures. If alternative systems serve only as a first step to an inevitable judicial litigation, it will have little to no purpose and it is doomed to fail.

<sup>41</sup> CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Access to Justice**: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective. *Buffalo Law Review*, vol. 27, 1978. p. 292.

## 6. Advantages and possibilities of reducing litigation through implementing artificial intelligence

On the other hand, the use of artificial intelligence to turn ADR into ODR or SDR can help solving conflicts that could otherwise reach the Judicial system, reducing the workload for legal professionals and the cost and time-delay for litigants.

After the first step on bring alternative dispute resolutions (ADR) to the internet, with online dispute resolutions (ODR), AI machines can now be used to assist negotiations or even to formulate decisions as arbitrator or an administrative judge on public agencies, administrative courts. A concept that perhaps would be better describe as smart dispute resolutions.

Several advantages can be described:

- a) **Reducing litigation:** with mass resolutions through AI outside of the Judicial system, a step reduction of conflicts that would result in litigation can be expected. Furthermore, Justice will be able to focus on more complex cases.
- b) **Faster resolution:** non-judicial resolution, especially with the increment of AI, can reach faster solution to conflicts.
- c) **More peaceful mentality:** pending conflicts stimulates animosity among parties. Once they are solved faster, it becomes more likely that this relation can be amended or that it won't deteriorate more.
- d) **Possibility of judicial review:** if AI commits an error, the path for a judicial review would be still available.

Among those advantages, the relieve that could be provided to the Judicial System, preferably if the conflict is not even filled, is a remarkable one. Nevertheless, it might require further explanation, as one might deduce it would endanger access to justice or reduce the number of cases that reach trial. Once a conflict is properly resolved through an ADR/ODR/SDR, Justice is not blocked, it becomes unnecessary. Furthermore, regarding reduction of the percentage of cases that reach trials<sup>42</sup> – not a bad outcome *per se* – that is no evidence that alternative solutions is a negative factor on this matter. Since the greatest problems highlighted are the cost of litigation, the duration of the dispute or concern of

<sup>42</sup>GALANTER, Marc. **The Vanishing Trial:** an Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 1, Issue 3, p. 459-570, November, 2004.

damaging reputation, alternative solutions are happily embraced by interested parties to avoid those problems. Therefore, ADR/ODR/SDR provide positive answers to liabilities of the Judicial System, rather than diminishing the value of Justice. One concerned with trial reduction should consider the problems within the system, rather than criticize a great option to avoid them.

Those ODR (or SDR) solutions should follow some essential characteristics: simplicity/accessibility, efficiency, fast resolutions and reliability. While possibilities can be limitless, a few could be suggested here:

- a) **Administrative/Agency Courts:** for conflicts involving the Administration;
- b) **Technical courts:** with professionals from other fields for conflicts involving scientific/technical problems;
- c) **Consumer SDR:** to resolve conflicts involving consumers;
- d) **Mediation conducted by AI:** an online platform can receive complains and intermediate offers of negotiation from parties, with minimum and maximum acceptable values to negotiate a final price. This can be very helpful in conflicts involving insurance companies, like automobile accidents.

These are just some suggestions for those conflicts. Several others could be considered. They only serve to offer other possibilities for the use of AI other than Judicial resolution. And they seem more effective and appropriated to resolve conflicts with AI without risks to due process and other procedural rights<sup>43</sup>, granted the issue of digital exclusion is properly addressed<sup>44</sup>.

## 7. Conclusion

Artificial intelligence, much like other technologies before, will likely change the way legal science professionals address conflict resolution. It is not a matter of if this will happen. It is a question of when, where and how. This study was focused on those questions.

---

<sup>43</sup> CITRON, Danelle Keats. **Technological due process**. Washington University Law Review. Vol. 85, p. 1249-1313, 2008. p. 1300.

<sup>44</sup> MELO, Lilian M. Cintra de. **Enduring issues of digital exclusion, emerging pressures of internet regulation in Brazil**. *Suprema: Revista de estudos constitucionais*, v. 2, n. 1, p. 287-326. Jan./Jun. 2022.

AI, at its current state, is clearly better suited for patterned or simpler cases that have little to no legal discussion. In Brazil, the Judicial system is adapting fast to provide mass solution for those situations, through Judicial resolution. This is the improper part. Those cases could be dealt with out of the Judicial System.

Smart resolution inside the Judicial System would result in decisions with more participation from machines than humans. It would be an attempt to create a cheaper, faster and narrower Justice. With the rise of the principle of access to Justice, important authors warned about the risk that the effort to create a fast and more accessible Justice could result in a poorer and worst Justice<sup>45</sup>.

Justice should refrain to decide on a mass production basis, using AI. That would not be granting access to Justice. That would be failing it. Those conflicts that seem perfect for resolution with the assistance of AI should be address in smart alternative dispute resolution systems that would result in reducing litigation.

## References

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Registrar reclamação**. Available in: < <https://www.gov.br/anatel/pt-br/consumidor/quer-reclamar/reclamacao>>. Last visited in 06 Apr. 2023.

ASSAD NETO, Anis. Et al. **A busca de uma nova identidade para a indústria 4.0**. *Brazilian Journal of Development*. Vol. 4. Curitiba: July/Set. 2018.

BRAZIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Published in 17 mar. 2015. Available in: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Last visited in 04 May 2022.

BRAZIL. **Ministério da Justiça**. **Consumidor.gov.br** (online). Available in: <<https://www.consumidor.gov.br>>. Last visited in 02 Nov. 2022.

BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. **Projeto VICTOR do STF é apresentado em congresso internacional sobre tecnologia**. Published in 26 set 2018. Available in: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=390818>>. Last visited in 27 June 2019.

---

<sup>45</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004. CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective**.

BRENNAN-MARQUEZ, Kiel. HENDERSON, Stephen E. **Artificial Intelligence and Role-Reversible Judgment.** *Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol 109, 2019. pp. 137-169.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Access to Justice:** The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective. *Buffalo Law Review*, vol. 27, 1978. pp. 181-292.

CITRON, Danelle Keats. **Technological due process.** *Washington University Law Review*. Vol. 85, p. 1249-1313, 2008.

DIAS, Bruno de Macedo. **A constitucionalidade de filtros ao Acesso à Justiça para assegurar o funcionamento sustentável do Poder Judiciário.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FGV. **Artificial Intelligence: First Forum on Law and Technology.** Available in: <[https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/anais\\_ia\\_ingles.pdf](https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/anais_ia_ingles.pdf)>. 2020. Last visited in 20 Dec. 2022.

FGV. **Report on Artificial Intelligence:** technology Applied to conflict management within the Brazilian Judiciary. 2nd Edition. 2022. Available in: <[https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/report\\_ia\\_2edition.pdf](https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/report_ia_2edition.pdf)>. Last visited in 05 Jan. 2023.

FGV. **Report on Artificial Intelligence:** technology Applied to conflict resolution in the Brazilian Judiciary. 1st Edition. 2020. Available in: <[https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/report\\_ai\\_ciapj.pdf](https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/report_ai_ciapj.pdf)>. Last visited in 05 Jan. 2023.

FREITAS, Juarez. FREITAS, Thomas Bellini. **Direito e Inteligência Artificial: em defesa do humano.** Belo Horizonte: Forum, 2020.

GALANTER, Marc. **The Vanishing Trial:** an Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 1, Issue 3, p. 459-570, November, 2004.

GIUFFRIDA, Iria. LEDERER, Fredric. VERMEYS, Nicolas. **A Legal Perspective on the Trials and Tribulations of AI:** How Artificial Intelligence, the Internet of Things, Smart Contracts, and Other Technologies Will Affect the Law. *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 68-3, 2018. pp. 747-781.

GIUFFRIDA, Iria. **Liability for AI Decision-Making:** Some Legal and Ethical Considerations. *Fordham Law Review*, Vol. 88, 2019.

HANNAFORD-AGOR, Paula. **Measuring the cost of civil litigation:** Findings from a survey of trial lawyers. Voir Dire, Primavera, 2013.

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. **Inteligência artificial e direito: convergência ética e estratégica.** Curitiba: Alteridade Editora, 2020.

GERMAN TRADE & INVEST. **INDUSTRIE 4.0: Smart manufacturing for the future.** Berlin: Germany, 2014. Available in: <[https://www.gtai.de/GTAI/Content/CN/Invest/\\_SharedDocs/Downloads/GTAI/Brochures/Industries /industrie4.0-smart-manufacturing-for-the-future-en.pdf](https://www.gtai.de/GTAI/Content/CN/Invest/_SharedDocs/Downloads/GTAI/Brochures/Industries /industrie4.0-smart-manufacturing-for-the-future-en.pdf)>. Last visited in 27 June 2019.

KATSH, Ethan. RABINOVICH-EINY, Orna. **Digital Justice: Reshaping Boundaries in an Online Dispute Resolution Environment.** International Journal of Online Dispute Resolution, v. 1, n. 1, 2014.

KATSH, Ethan. RULE, Colin. **What We Know and Need to Know about Online Dispute Resolution.** South Carolina Law Review. Vol. 67, 2016.

LEE, Kai-fu. **AI Superpowers: China, Silicon Valley and the New World Order.** Noston: Houghton Mifflin Harcourt, 2018.

LIN, Tom C. W. **Artificial Intelligence, Finance, and the Law.** Fordham Law Review, Vol. 88, 2019. pp. 531-552.

MARCHANT, Gary E. **Artificial Intelligence and the Future of Legal Practice.** 14 Southern Methodist University Science and Technology Law Review. Vol, 14, 2017.

MAYSON, Sandra G. **Bias in, bias out.** The Yale Law Journal. Vol. 128, p. 2218-2300, 2019.

MELO, Lilian M. Cintra de. **Enduring issues of digital exclusion, emerging pressures of internet regulation in Brazil.** Suprema: Revista de estudos constitucionais, v. 2, n. 1, p. 287-326. Jan./Jun. 2022.

MCKINSEY & CO. **An Executive's Guide to AI.** Available in: <<https://www.mckinsey.com/capabilities/quantumblack/our-insights/an-executives-guide-to-ai>>. Last visited in 07 Nov. 2022.

MILLER, Arthur. **Widening the Lens:** Refocusing the Litigation Cost-and-Delay Narrative. Cardozo Law Review, vol. 40, 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual**. Published in 07 Nov. 2018. Available in: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-artificial-em-julgamento-virtual.htm#.XAIB2ntKiM8>>. last visited in 07 Nov. 2022.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEWELL, Ryan P. **E-Discovery Promised Land**: The Use of E-Neutrals to Aid the Court, Counsel, and Parties. Delaware Law Review, Vol. 15, 2014.

SURDEN, Harry. **Artificial intelligence and law**: an overview. Georgia State University Law Review. Vol. 35, 2019.

U.S. CHAMBER INSTITUTE FOR LEGAL REFORM. LAWYERS FOR CIVIL JUSTICE. CIVIL JUSTICE REFORM GROUP. **Litigation Cost Survey of Major Companies**. Delivered to Committee on Rules of Practice and Procedure Judicial Conference of the United States. Duke Law School, May, 2010. Available in <[https://www.uscourts.gov/sites/default/files/litigation\\_cost\\_survey\\_of\\_major\\_companies\\_0.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/litigation_cost_survey_of_major_companies_0.pdf)>. Last visited in 29 Oct. 2022.

WILLIAMS, Rebecca A. **Rethinking Deference for Algorithmic Decision-Making**. Oxford Legal Studies Research Paper n. 07, 2019.



# Inteligência artificial judicial e a representação do suporte fático hipotético<sup>1</sup>

*Judicial Artificial Intelligence and the representation of hypothetical factual support*

*Inteligencia Artificial judicial y la representación del soporte fático hipotético*

Sérgio Rodrigo de Pádua<sup>2</sup>

Centro Universitário Autônomo do Brasil (Paraná, PR, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0859-6497>

E-mail: [paduajuridico@gmail.com](mailto:paduajuridico@gmail.com)

## Resumo

O presente artigo analisa a caracterização do suporte fático através de sistemas de Inteligência Artificial (IA) de apoio à decisão judicial. A problemática passa por uma abordagem da teoria do suporte fático, dos fatores (*factors*) e dos conceitos jurídicos intermediados (*ILCs*). Foram utilizadas categorias teóricas do pensamento de Alexy, Bulygin, Bench-Capon, Sartor e Ashley, entre outros. Este estudo se pauta em pesquisa bibliográfica inerente ao Direito e à Ciência da Computação, para fins de estudo qualitativo do suporte fático hipotético surgido da relação entre Direito e Inteligência Artificial. Os resultados demonstram a oportunidade de utilização de sistemas de Inteligência Artificial judicial para a representação do suporte fático necessário ao auxílio à interpretação jurídica. Nesse cenário, o reconhecimento do suporte fático hipotético apresenta visão que busca conciliar a Teoria do Direito e a Inteligência Artificial, focando-se no desenvolvimento de sistemas que auxiliem a decisão judicial.

<sup>1</sup>PÁDUA, Sérgio Rodrigo de. Inteligência artificial judicial e a representação do suporte fático hipotético. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 3, n. 1, p. 415-438, jan./jun. 2023. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a224>.

<sup>2</sup>Doutor e Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo UniBrasil – Centro Universitário Autônomo do Brasil (Curitiba). Professor de Direito no UniBrasil – Centro Universitário Autônomo do Brasil e no Unifatec – Centro Universitário de Tecnologia de Curitiba, lecionando as disciplinas de Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Eleitoral, Teoria do Direito e Hermenêutica Jurídica. É pesquisador na área de Direito, Tecnologia e Inteligência Artificial. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). Membro da Associação Ibero-Americana de Direito e Inteligência Artificial (AID-IA). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1395906943127786>.

## Palavras-chave

Inteligência artificial; Decisão judicial; Suporte fático hipotético; Fatores; Conceitos Jurídicos Intermediados.

## Sumário

1. Introdução. 2. O suporte fático percebido pela Inteligência Artificial. 3. Fatores (*factors*) e a representação do suporte fático. 4. Conceitos jurídicos intermediados (*ILCs*), o suporte fático hipotético e a abordagem híbrida. 5. Conclusão.

## Abstract

This article analyzes the characterization of factual support through Artificial Intelligence (AI) systems to support judicial decision-making. The problem involves an approach to the theory of factual support, factor and intermediate legal concepts (*ILCs*). The research used theoretical categories of thought by Alexy, Bulygin, Bench-Capon, Sartor and Ashley, among others. This study uses the bibliographic analysis about Law and Computer Science, for the purpose of qualitative study about the hypothetical factual support arising from the relationship between Law and Artificial Intelligence. The results demonstrate the opportunity to use judicial Artificial Intelligence systems to represent the factual support necessary to support the legal interpretation. In this scenario, the recognition of hypothetical factual support presents a vision that reconciles the Theory of Law and Artificial Intelligence, focusing on the development of support systems for judicial decision-making.

## Keywords

Artificial intelligence; Judicial decision; Hypothetical factual support; Factors; Intermediate Legal Concepts.

## Contents

1. Introduction. 2. The factual support perceived by Artificial Intelligence. 3. Factors and the representation of factual support. 4. Intermediate Legal Concepts (*ILCs*), the hypothetical factual support and the hybrid approach. 5. Conclusion.

## Resumen

Este artículo analiza la caracterización del soporte fático a través de sistemas de Inteligencia Artificial (IA) de apoyo a decisiones judiciales. El tema implica un acercamiento a la teoría del soporte fático, los factores (*factors*) y los conceptos jurídicos intermediados (*ILCs*). El estudio utilizó categorías teóricas de Alexy, Bulygin, Bench-Capon, Sartor y Ashley, entre otros. Este estudio parte de una

investigación bibliográfica propia del Derecho y la Informática, con el fin de realizar un estudio cualitativo del soporte fáctico hipotético que surge de la relación entre el Derecho y la Inteligencia Artificial. Los resultados demuestran la oportunidad de utilizar los sistemas de Inteligencia Artificial para representar el soporte fáctico necesario para apoyo a la interpretación jurídica. En este escenario, el reconocimiento del soporte fáctico hipotético presenta una visión que concilia la Teoría del Derecho y la Inteligencia Artificial, centrándose en el desarrollo de sistemas de apoyo a la decisión judicial.

### Palabras clave

Inteligencia artificial; Decisión judicial; Soporte fáctico hipotético; Factores; Conceptos Jurídicos Intermediados.

### Índice

1. Introducción. 2. El soporte fáctico percibido por la Inteligencia Artificial. 3. Factores (*factors*) y la representación del soporte fáctico. 4. Conceptos jurídicos intermediados (*ILCs*), el soporte fáctico hipotético y el enfoque híbrido. 5. Conclusión.

## 1. Introdução

De início, percebe-se que a abordagem do presente estudo, pautada na delimitação e na percepção do suporte fático pelos sistemas de Inteligência Artificial desenvolvidos pelo Poder Judiciário, é tema de destacada relevância e tem caráter inovador, pois os estudos anteriores (que pela grande diversidade não cabem nos limites deste artigo) focam em visões delimitadas com base na IA jurídica ou na Teoria do Direito.

O problema desenvolvido é a representação do suporte fático necessário à interpretação jurídica com o auxílio de sistemas de Inteligência Artificial judicial, o que se faz presente no atual momento histórico de maior entrelaçamento entre o Direito e a tecnologia.

Perceba-se que o desenvolvimento de sistemas de Inteligência Artificial voltados à finalidade de auxílio à atividade jurisdicional, para a realização de atos de impulso do processo<sup>3</sup> ou para o auxílio à decisão judicial, tem crescido

<sup>3</sup> PÁDUA, Sérgio Rodrigo de; BERBERI, Marco Antonio Lima. Robô processual: inteligência artificial, atos processuais e regras padrão. *Revista da AGU*, v. 20, n. 3, 29 jun. 2021. DOI: 10.25109/2525-328X.v.20.n.03.2021.2744.

rapidamente. Esse aumento da aplicação da Inteligência Artificial ao Direito e, em especial, ao Poder Judiciário é uma realidade fruto de um histórico de implementação de tecnologias, com destaque para o processo judicial eletrônico, o que criou o espaço tecnológico adequado e proveu sólida base de dados que servem como uma passagem para a nova fase de desenvolvimento do processo, marcada pela Inteligência Artificial jurisdicional.

É relativamente recente no Brasil a inclusão de Inteligência Artificial nas rotinas jurídicas, especialmente com a finalidade de apoio ao Poder Judiciário. Dessa forma, destaca-se o crescimento acelerado do número de projetos de aplicação de inteligência artificial ao Poder Judiciário. Conforme pesquisa da Fundação Getúlio Vargas, no ano de 2022 existiam 64 projetos de Inteligência Artificial judicial sendo desenvolvidos.<sup>4</sup> Com um enfoque mais amplo, foram catalogados 97 projetos de Inteligência Artificial no judiciário brasileiro.<sup>5</sup> No ano de 2020, os diversos tribunais brasileiros informaram que 72 projetos estavam em desenvolvimento para a aplicação de Inteligência Artificial pelo Poder Judiciário.<sup>6</sup> Entre todos os casos, o exemplo mais destacado se trata do projeto *Victor* do Supremo Tribunal Federal.<sup>7</sup>

Nesse caminho, a inovação advinda das potenciais aplicações da Inteligência Artificial judicial expõe diversos problemas jurídico-epistêmicos antes não experimentados, como, por exemplo, o respeito aos Direitos Fundamentais, a adequada conformação da Teoria do Direito ao fenômeno da IA jurídica, a adequação da justificação das decisões e a correção da aplicação do Direito com o auxílio de sistemas de Inteligência Artificial. Um dos pressupostos para esse enfoque é uma leitura possível da teoria do suporte fático e de como esta se relaciona com a IA integrada ao Direito, haja vista o papel central do suporte fático no desenvolvimento de

---

<sup>4</sup> SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). **Inteligência artificial**: tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. 2. ed. [Rio de Janeiro]: FGV Conhecimento, Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário, 2022. Disponível em: [https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/relatorio\\_ia\\_2fase.pdf](https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/relatorio_ia_2fase.pdf). Acesso em: 9 abr. 2023.

<sup>5</sup> RAMOS, Janine Vilas Boas Gonçalves. **Inteligência artificial no Poder Judiciário brasileiro**: projetos de IA nos tribunais e o sistema de apoio ao processo decisório judicial. São Paulo: Dialética, 2022, p. 267. E-book. Edição Kindle.

<sup>6</sup> FREITAS, Hyndara. Judiciário brasileiro tem ao menos 72 projetos de inteligência artificial nos tribunais: ferramentas são usadas para auxiliar agrupamento de demandas repetitivas a até para sugerir minutas. **Jota**, Brasília, 9 jul. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/judiciario-brasileiro-tem-ao-menos-72-projetos-de-inteligencia-artificial-nos-tribunais-09072020>. Acesso em: 20 ago. 2020.

<sup>7</sup> PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Projeto Victor: relato do desenvolvimento da inteligência artificial na Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Inteligência Artificial e Direito**, v. 1, n. 1, jan-abr. 2020.

sistemas de Inteligência Artificial que levem em consideração a experiência epistêmica da argumentação jurídica.

O marco teórico passa por categorias desenvolvidas por Robert Alexy, Eugenio Bulygin, Trevor Bench-Capon, Giovanni Sartor e Kevin Ashley, a fim de caracterizar a relação entre a teoria do suporte fático e a Inteligência Artificial jurídica.

Os resultados indicam que, nos sistemas de Inteligência Artificial judicial, pode existir uma adequada representação do suporte fático necessário à interpretação do Direito, considerando-se os aspectos jurídico-normativos e a pretensão de correção que se manifesta através de fatores (*factors*) e conceitos jurídicos intermediados (*ILCs*) considerados no desenvolvimento dos sistemas de IA jurídica.

O primeiro capítulo traz os elementos da teoria do suporte fático como uma sólida base jurídica a ser considerada no desenvolvimento de sistemas de IA judicial. O segundo capítulo trata dos fatores (*factors*) como forma de representação do suporte fático. Já o terceiro capítulo foca nos conceitos jurídicos intermediados (*ILCs*) e demonstra a existência de um suporte fático hipotético nascido da abordagem híbrida entre fatores e *ILCs*.

Noutro enfoque, enfatiza-se que o artigo não realizou um aprofundamento nos temas técnicos relacionados à Tecnologia da Informação (algoritmos voltados à modelagem de Inteligência Artificial; representação do Direito em programação, seja linguagem Python, Java ou outra; ou sistemas de IA judicial específicos), pois não é objetivo do texto discutir algoritmos ou sistemas determinados, mas sim as implicações da IA para um aspecto da Teoria do Direito (o suporte fático).

Assim, nos limites estreitos do artigo e das discussões que nele podem ser trabalhadas, o texto não almeja vencer a temática das técnicas de desenvolvimento de Inteligência Artificial (o que nem mesmo obras de peso da Ciência da Computação se propõem), uma vez que se buscou um mapeamento resumido do fenômeno do suporte fático hipotético, dentro da proposta aqui delineada.

Feito o recorte cabível e estabelecida a delimitação necessária, este é o cenário do estudo, o qual situa o suporte fático hipotético como uma forma juridicamente adequada de representar o Direito a ser interpretado com o auxílio de sistemas de Inteligência Artificial judicial.

## 2. O suporte fático percebido pela Inteligência Artificial

O senso comum jurídico<sup>8</sup>, via de regra, endereça o debate sobre a aplicação de inteligência artificial no Direito para o aspecto normativo. Contudo, muitas vezes, o debate sobre a lógica normativa, o alcance de regras e princípios e a força de representação da realidade atrelada a cada espécie de norma se esquece que há um universo antecedente, que é o mundo fático, ou o mundo da vida, o tecido onde os atos e fatos se desenrolam no espaço-tempo. Dessa forma, para que seja possível a pretensão de correção<sup>9</sup> e a explicabilidade a ela inerente, deve existir consistência normativa na aplicação do direito com o auxílio de sistemas de inteligência artificial, caminho por onde transita o presente estudo.

Na busca de explicar a relação entre o mundo da vida e o mundo normativo, Alchourrón e Bulygin fazem uma integração entre os casos e os seus elementos fáticos e as normas e suas proposições normativas.<sup>10</sup> Entre as normas jurídicas, as proposições normativas e o Universo de Casos há uma correlação advinda da manifestação de determinados fatos, atos e estados que correspondem a um caso, que, por sua vez, será relacionado às normas e levará a uma proposição normativa. A abordagem de Alchourrón e Bulygin tem sua relevância ao explicar a composição do Universo dos Casos (UC) através dos fatos, o que tem especial valia para explicitar o funcionamento de sistemas de IA judicial pautados no modelo de raciocínio baseado em casos (*case based reasoning*), por exemplo.

Desse modo, o Universo de Discursos (UD)<sup>11</sup> se manifesta através de propriedades<sup>12</sup>, que formam o Universo de Propriedades (UP)<sup>13</sup>, sendo que cada propriedade representa certas circunstâncias relevantes<sup>14</sup> através de atos, fatos ou estados. Essas propriedades<sup>15</sup>, que, por sua vez, representam um conjunto finito<sup>16</sup>,

<sup>8</sup>WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Sequência**: estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, v. 3, n. 5, p. 48-57, 1982. DOI: 10.5007/%25x.

<sup>9</sup>ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 154-155.

<sup>10</sup>BULYGIN, Eugenio. **Lógica deontica, normas y proposiciones normativas**. Madri: Marcial Pons, 2018. p. 74.

<sup>11</sup>ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Normative systems**. New York: Springer-Verlag, 1971 p. 10.

<sup>12</sup>ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Normative systems**. p. 10.

<sup>13</sup>ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Normative systems**. p. 12.

<sup>14</sup>ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Normative systems**. p. 11.

<sup>15</sup>BULYGIN, Eugenio. **Lógica deontica, normas y proposiciones normativas**. p. 51.

<sup>16</sup>BULYGIN, Eugenio. **Lógica deontica, normas y proposiciones normativas**. p. 51.

influenciam na construção do Universo de Casos (UC).<sup>17</sup> A partir dos discursos, das propriedades e dos casos, no pensamento de Bulygin e Alchourrón, a passagem para o mundo normativo ocorre através do Universo de Ações (UA)<sup>18</sup>, as quais podem ser descritas através de modais deonticos de obrigação, proibição, permissão ou facultatividade de determinada ação.<sup>19</sup> As ações representadas em relação a determinado microssistema têm independência lógica<sup>20</sup> quanto às propriedades que levam à inferência. Nesse caminho, as possíveis resoluções<sup>21</sup> mediadas pelo sistema normativo pertencem ao Universo de Soluções (US).<sup>22</sup> O modelo de Bulygin tem abordagem que reconhece os potenciais e os limites da lógica de proposições normativas em relação às lacunas valorativas e às lacunas normativas<sup>23</sup> de cada microssistema jurídico<sup>24</sup>, o que admite a entropia<sup>25</sup> jurídica<sup>26</sup> que é inerente e contingente à pretensão de correção necessária. Especificamente acerca da pretensão de correção, veja-se o pensamento de Robert Alexy:

Como ideia reguladora, o conceito de correção não pressupõe que exista para cada questão prática uma resposta correta que deve ser descoberta. Uma única resposta correta é a finalidade a que se deve aspirar. Os participantes em um discurso prático, independentemente de haver uma única resposta correta, devem formular a pretensão de que sua resposta é a única correta. Caso contrário, seriam sem sentido suas afirmações e fundamentações. Isso somente pressupõe haver questões práticas às quais se pode atribuir no discurso uma resposta como a única correta e que não há segurança sobre quais sejam essas

<sup>17</sup> ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Normative systems*. p. 12.

<sup>18</sup> ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Normative systems*. p. 10.

<sup>19</sup> ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Normative systems*. p. 35.

<sup>20</sup> ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Normative systems*. p. 35-36.

<sup>21</sup> BULYGIN, Eugenio. *Lógica deontica, normas y proposiciones normativas*. p. 52.

<sup>22</sup> BULYGIN, Eugenio. *Lógica deontica, normas y proposiciones normativas*. p. 50.

<sup>23</sup> BULYGIN, Eugenio. *Lógica deontica, normas y proposiciones normativas*. p. 51-52.

<sup>24</sup> BULYGIN, Eugenio. *Lógica deontica, normas y proposiciones normativas*. p. 52-53.

<sup>25</sup> SHANNON, Claude E. A mathematical theory of communication. *The Bell System Technical Journal*, v. 27, n. 3, p. 379-423, Jul. 1948. DOI: 10.1002/j.1538-7305.1948.tb01338.x.

<sup>26</sup> A entropia tem diferentes facetas, tendo sido estudada a partir da Física, da Teoria da Informação, da Filosofia e das Ciências Sociais. Todavia, dentro dos limites deste artigo, destaca-se que a entropia pode ser conceituada como a irreversibilidade do processo cumulativo e aleatório de desorganização do mundo, tido este como um sistema. Assim, tudo que conta com algum grau de organização sofre a influência da entropia, o que também alcança o Direito no que toca à variabilidade advinda dos mundos fático, normativo e social.

questões, de maneira que vale a pena tentar encontrar uma única resposta correta em toda questão.<sup>27</sup>

Além disso, o modelo de pensamento desenvolvido por Bulygin e Alchourrón é compatível com a Programação Orientada a Objetos (POO)<sup>28</sup>, principalmente quando consideradas as diferentes classes de objetos e a “herança”<sup>29</sup> de atributos e de métodos<sup>30</sup>/funções<sup>31</sup> de uma classe em relação a outra classe num programa. A respeito da Programação Orientada a Objetos (POO), tendo em vista que este artigo se destina precipuamente ao público de formação jurídica (embora também possam existir leitores oriundos da Ciência da Computação), coloca-se aqui o conceito necessário para a compreensão do tema:

A programação orientada a objetos pegou as melhores ideias da programação estruturada e combinou-as com vários conceitos novos. O resultado foi uma maneira diferente de organizar um programa. De um modo mais geral, um programa pode ser organizado de uma entre duas maneiras: a partir de seu código (o que está ocorrendo) ou a partir de seus dados (o que está sendo afetado). Com o uso somente da programação estruturada, normalmente os programas são organizados a partir do código. Essa abordagem pode ser considerada “o código atuando sobre os dados”.

Os programas orientados a objetos funcionam ao contrário. São organizados a partir dos dados, com o seguinte princípio-chave: “dados controlando o acesso ao código”. Em uma linguagem orientada a objetos, você define os dados e as rotinas que podem atuar sobre eles. Logo, um tipo de dado define precisamente que tipo de operações podem ser aplicadas a esses dados.<sup>32</sup>

---

<sup>27</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 6. ed. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica e apresentação: Cláudia Toledo. Rio de Janeiro: Forense, 2021 .p. 271.

<sup>28</sup> SCHILDT, Herbert. **Java para iniciantes**: crie, compile e execute programas Java rapidamente. Tradução: Aldir José Coelho Corrêa da Silva. 6. ed. Porto Alegre: Bookman, 2015. p. 9.

<sup>29</sup> SCHILDT, Herbert. **Java para iniciantes**: crie, compile e execute programas Java rapidamente. p. 11.

<sup>30</sup> Em Java, por exemplo, os métodos são as rotinas que podem ser demandadas de um programa para a sua execução.

<sup>31</sup> Em determinadas linguagens de programação, como em Python, por exemplo, as ações que podem ser chamadas à execução num programa são denominadas como funções.

<sup>32</sup> SCHILDT, Herbert. **Java para iniciantes**: crie, compile e execute programas Java rapidamente, p. 9.

De certa forma, considerando-se o pensamento de Bulygin<sup>33</sup>, falar em Universo de Discursos (UD)<sup>34</sup>, Universo de Propriedades (UP)<sup>35</sup>, Universo de Casos (UC)<sup>36</sup>, Universo de Ações (UA)<sup>37</sup> e Universo de Soluções (US)<sup>38</sup>, em um microssistema finito e controlado, é pensar um modelo de raciocínio jurídico-computacional que leve em conta a herança de atributos e funções entre diferentes classes.

A partir dessa compreensão acerca da necessária relação entre o mundo da vida e o mundo normativo, quando se pensa na teoria da norma aplicada à IA, o debate pode ser compreendido através do estudo do *suporte fático* atrelado ao aspecto normativo decorrente do *bem protegido* e da *intervenção*<sup>39</sup> em determinado direito<sup>40</sup>, pois o suporte fático é necessário para a compreensão do problema inerente à representação (ainda que parcial) do Direito em sistemas de IA judicial.

A interação entre mundo da vida (ontológico) e mundo normativo se dá através do suporte fático, sendo que este pode ser classificado em suporte fático abstrato e suporte fático concreto. Desse modo, o *suporte fático abstrato* se verifica nos atos, fatos ou estados previstos na norma jurídica e que, caso sejam realizados, levam à consequência jurídica<sup>41</sup>. Já o *suporte fático concreto* é a ocorrência, em si, dos atos, fatos ou estados previstos na norma jurídica.<sup>42</sup>

<sup>33</sup> BULYGIN, Eugenio. *Lógica deóntica, normas y proposiciones normativas*, p. 10-13 e p. 50-52.

<sup>34</sup> O Universo de Discursos (UD) pode ser conceituado como um certo conjunto de situações ou estados de coisas em que uma ação pode ocorrer, sendo que todos os elementos do Universo de Discursos (UD) possuem certas propriedades que o definem.

<sup>35</sup> O Universo de Propriedades (UP) é formado por qualquer conjunto de propriedades que podem estar presentes ou ausentes nos elementos de um Universo de Discursos (UD).

<sup>36</sup> Por sua vez, Universo de Casos (UC) é o conjunto de todos os casos elementares em um Universo de Propriedades (UP).

<sup>37</sup> Já o Universo de Ações (UA) é qualquer conjunto de ações que, conforme o *status* deóntico, são permitidas, proibidas, obrigatórias ou facultativas.

<sup>38</sup> O Universo de Soluções (US) contém todas as possíveis soluções ou as possíveis respostas para o problema, considerado o *status* normativo de certas ações (obrigatórias, proibidas, permitidas ou facultativas).

<sup>39</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 68.

<sup>40</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 306-307.

<sup>41</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. p. 67-68.

<sup>42</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. p. 68.

Nesse sentido, “a consequência jurídica de uma norma é produzida quando todas as suas condições são satisfeitas”<sup>43</sup> (o que se verifica através da ocorrência, ou não, das propriedades que representam o caso), e somente pode ser delimitada através do suporte fático. Com base nisso, Alexy faz a distinção entre suporte fático em sentido amplo e suporte fático em sentido estrito.

O *suporte fático em sentido amplo* leva à estrutura triádica de bem protegido, intervenção e restrição no direito fundamental, de maneira que o conceito de suporte fático se coloca contraposto ao conceito de restrição, pois essa dinâmica é inerente ao caráter *prima facie* das normas jurídicas<sup>44</sup>, especialmente das que possuem estrutura de princípio.

Essa construção triádica do suporte fático em sentido amplo supera, em capacidade descritiva e em plasticidade normativa, a simples contraposição dual<sup>45</sup> entre bem protegido e proibição de qualquer intervenção, ainda que essa última seja uma lógica passível de ser adotada em sistemas de IA judicial mais rudimentares.<sup>46</sup> Entretanto, a construção dual da relação entre intervenção e suporte fático não é recomendável, porque, nessa hipótese, o suporte fático deixa de ser o contraponto ao conceito de restrição de Direito, de maneira que “com a satisfação do suporte fático, e caso não ocorra nenhuma restrição, o direito *prima facie* ou a proibição *prima facie* tornam-se direito definitivo ou proibição definitiva”.<sup>47</sup>

Em suma, numa leitura do pensamento de Alexy<sup>48</sup>, a construção triádica entre suporte fático, intervenção e restrição leva à configuração de uma construção argumentativa que pode ser assim expressa:

- (1) Se uma conduta integra o suporte fático, então ela é *prima facie* permitida.
- (2) Se uma ação é protegida pelo bem jurídico, então há um direito *prima facie* a que nela não se intervenha.

<sup>43</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. p. 308.

<sup>44</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. p. 305.

<sup>45</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. p. 304.

<sup>46</sup> Mais uma vez cabe ressaltar que o intérprete humano é o responsável pela interpretação, sendo que o pensamento humano será mais demandado caso se opte pela adoção de uma estrutura lógica mais simples (dual) de relação entre suporte fático e intervenção em um Direito.

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. p. 304.

<sup>48</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. p. 304.

(3) Se uma ação constitui um fato, ato ou estado protegido pelo bem jurídico, então intervenções nessa ação são *prima facie* proibidas.

(4) Se uma medida é uma intervenção no bem protegido, então essa medida é *prima facie* proibida.

(5) Se uma ação *h*, realizada por um titular de um direito é um ato ou fato que decorre do bem protegido, e *se* a medida *m* intervém na ação *h*, então *m* é *prima facie* proibida.<sup>49</sup>

Dessa maneira, verifica-se um “suporte fático composto pelo bem protegido e pela intervenção”<sup>50</sup>, o que pode ser aproveitado para a construção de sistemas de IA judicial voltados ao auxílio ao julgamento.

Por outro lado, vê-se que a via linguística de interlocução entre o mundo da vida e a norma jurídica é, muitas vezes, tratada com bastante simplicidade pelos profissionais do Direito, pois esses acionam suas ontologias e heurísticas mentais e, com relativa facilidade, conseguem propor aplicação para as normas jurídicas. As dificuldades de aplicação variam, aos intérpretes humanos, conforme a multiplicidade de significados e de proposições se avoluma (desde regras de direito sancionador com interpretação estrita até direitos fundamentais com estrutura de princípio).

Nesse sentido, se, por um lado, as normas representam um desafio em termos de lógica de programação jurídica, por outro lado, o suporte fático indica o tamanho monumental que é o desafio de fazer o sistema judicial inteligente perceber os fatos.

Quando se pensa no suporte fático em sentido amplo, o qual leva em conta os conceitos de suporte fático abstrato e concreto, o âmbito de justificação externa assume o papel de “fundamentação das premissas utilizadas na argumentação interna”<sup>51</sup>, pois atua através de premissas consistentes em: “(1) regras de direito positivo, (2) enunciados empíricos e (3) premissas que não são nem enunciados

---

<sup>49</sup> Este artigo usa os símbolos utilizados por Alexy, embora as letras remetam a palavras da língua alemã e possam, a gosto do leitor, ser substituídas por letras que representam palavras na língua portuguesa, sem que isso leve à perda da compreensão.

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 305.

<sup>51</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. p. 203.

empíricos nem regras de direito positivo”.<sup>52</sup> Nessa linha, para a concepção de uma argumentação jurídica que leve em consideração o suporte fático e seus elementos (suas propriedades), a justificação externa pode se manifestar através de enunciados empíricos, a fim de que haja a individualização da norma jurídica. Desse modo, para se delinear o suporte fático, sempre existirá a utilização de argumentação prática do tipo geral, uma vez que para “qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico)”<sup>53</sup>, conforme ressalta Alexy.

Em síntese, falar de suporte fático no campo dos direitos é se expressar através de argumentação prática do tipo geral no campo argumentativo, impactando no modo como se pensa o desenvolvimento de sistemas de IA judicial.

### 3. Fatores (*factors*) e a representação do suporte fático

Para a representação do suporte fático, os sistemas de inteligência artificial judicial podem utilizar os fatores (*factors*) na forma definida no modelo desenvolvido por Trevor Bench-Capon e Giovanni Sartor<sup>54</sup> (conhecido como *B-CS model*) ou o modelo de conceitos jurídicos intermediados (*intermediate legal concepts*), ou *ILCs*, desenvolvido por Kevin Ashley.<sup>55</sup>

Primeiramente, em relação aos fatores (*factors*), estes podem representar a ocorrência de atos, fatos ou estados existentes no mundo da vida. Nesse ponto, destaca-se que o uso de fatores para a implementação de programação computacional voltada à inteligência artificial jurídica tem seu modelo padrão desenvolvido por Trevor Bench-Capon e Giovanni Sartor<sup>56</sup>, que ficou conhecido na comunidade acadêmica através do clássico estudo denominado *A Model*

---

<sup>52</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. p. 203.

<sup>53</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. p. 257.

<sup>54</sup> BENCH-CAPON, Trevor; SARTOR, Giovanni. A model of legal reasoning with cases incorporating theories and values. **Artificial intelligence**, v. 150, n. 1-2, p. 97-143, 2003.

<sup>55</sup> ASHLEY, Kevin D. **Artificial intelligence and legal analytics**: new tools for law practice in digital age. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 73.

<sup>56</sup> BENCH-CAPON, Trevor; SARTOR, Giovanni. A model of legal reasoning with cases incorporating theories and values.

of *Legal Reasoning with Cases Incorporating Theories and Values*, ou simplesmente conhecido como o *B-CS Paper*.<sup>57</sup>

Originalmente, o modelo B-CS foi pensado no paradigma de desenvolvimento de raciocínio baseado em casos (*case based reasoning*), a fim de se construir teorias por meio da representação de casos e valores, para que o sistema de IA jurídica fosse capaz de decidir novos casos.<sup>58</sup>

Desse modo, os fatores podem ser utilizados para representar *estados, fatos e atos* que, caso ocorram, levam ao acionamento da norma jurídica representada no sistema de IA judicial. No modelo B-CS, os casos passados são representados através de fatores que, por sua vez, representam razões que explicam seus resultados. Deve-se destacar que os fatores (*factors*) de Bench-Capon e Sartor se aproximam do conceito de propriedade utilizado por Bulygin e Alchourrón ao definirem o Universo das Propriedades (UP). Assim, os fatores são abstrações dos elementos (estados, fatos ou atos) que compõem os casos, o que indica que os fatores descrevem um caso.<sup>59</sup> Ou seja, no nível mais inicial do raciocínio jurídico, as ontologias e as heurísticas estão no nível dos fatores, não no nível dos conceitos jurídicos em si mesmos, ou mesmo no nível das regras.

Ademais, com a cautela necessária para evitar ambiguidade em relação aos conceitos básicos trazidos neste estudo, deve ser destacado que a *abstração dos fatos* através dos fatores (*factors*) ocorre nos limites da representação do Direito nos sistemas computacionais, enquanto os *estados, fatos e atos*, que são elementos do suporte fático, podem ser verificados no mundo da vida (suporte fático concreto) ou representados nas normas jurídicas (suporte fático abstrato).

Para facilitar a compreensão, seguem alguns exemplos de fatores:

- a) fatores que representam fatos: data, nascimento, morte, dano etc.;
- b) fatores que representam atos: compra, venda, manifestação num processo, afirmação, negação, etc.;

<sup>57</sup> ASHLEY, Kevin D. Evaluating the uses of values in a model of legal reasoning. In: ATKINSON, Katie; PRAKKEN, Henry; WYNER, Adam. **From knowledge representation to argumentation in AI, law and policy making: a festschrift in honour of Trevor Bench-Capon on occasion of his 60th birthday**. London: College Publications, 2013. p. 11.

<sup>58</sup> ASHLEY, Kevin D. ASHLEY, Kevin D. Evaluating the uses of values in a model of legal reasoning. p. 11-12.

<sup>59</sup> ASHLEY, Kevin D. ASHLEY, Kevin D. Evaluating the uses of values in a model of legal reasoning. p. 14.

c) fatores que representam estados: vida, intensidade do dano, lugar, tempo, modo, dúvida, etc.

Numa análise abrangente do tema, percebe-se que o acionamento da norma jurídica através de fatores (*factors*) pode ser intermediado por um caso que represente sua aplicação (*case based reasoning*)<sup>60</sup> ou pode representar o acionamento de uma regra jurídica prevista na legislação (*statutory reasoning*). Ambos os modelos, de raciocínio baseado em casos e de raciocínio baseado em regras, podem ser adotados de maneira a representar a aplicação do Direito através de IA judicial, uma vez que os paradigmas de argumentação através de casos análogos<sup>61</sup> e por meio de lógica normativa<sup>62</sup> integram o rol de possíveis técnicas a serem utilizadas pelo Judiciário para interpretar o Direito.

Um aspecto a ser levado em conta é que o modelo B-CS pode ser implementado de maneira a garantir poder de explicabilidade, consistência e simplicidade<sup>63</sup>, pois a *accountability* é estimulada pela potencialidade de compreensão do funcionamento do sistema de IA judicial.

No mais, os fatores conectam os fatos, atos ou estados do caso (propriedades ou premissas empíricas) aos valores existentes no domínio representado computacionalmente, de maneira que cada fator está associado a um ou mais valores que ele promove<sup>64</sup>, o que o aproxima de uma análise de precedentes.<sup>65</sup>

Dessa forma, a representação dos fatores em vários níveis permite a construção de sistemas de IA judicial que expliquem os resultados nos casos passados e determinem o resultado de novos casos.<sup>66</sup> Assim, no modelo B-CS, um programa pode inferir de casos decididos através de preferências entre fatores concorrentes e entre valores concorrentes.<sup>67</sup> As preferências entre os fatores são expressas em

---

<sup>60</sup> BENCH-CAPON, Trevor; SARTOR, Giovanni. A model of legal reasoning with cases incorporating theories and values.

<sup>61</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. p. 240-241.

<sup>62</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. p. 196.

<sup>63</sup> ASHLEY, Kevin D. Evaluating the uses of values in a model of legal reasoning. p. 13.

<sup>64</sup> ASHLEY, Kevin D. Evaluating the uses of values in a model of legal reasoning. p. 14.

<sup>65</sup> ASHLEY, Kevin D. Evaluating the uses of values in a model of legal reasoning. p. 14-15.

<sup>66</sup> ASHLEY, Kevin D. Evaluating the uses of values in a model of legal reasoning. p. 14.

<sup>67</sup> ASHLEY, Kevin D. Evaluating the uses of values in a model of legal reasoning. p. 14.

decisões passadas, que indicam, dessa forma, as prioridades nas regras a partir das quais podem ser inferidas preferências entre valores.<sup>68</sup>

Todavia, muitas vezes, a abstração realizada através de fatores pode ser, de certa forma, arbitrária em relação àquilo que se observa dos elementos inerentes à construção do raciocínio baseado em casos<sup>69</sup>, desde que realizadas as representações dos fatos e dos atos que normalmente acontecem através de fatores (*factors*) específicos.<sup>70</sup> Isso demonstra que há espaço para a construção de soluções previamente delineadas no desenvolvimento de sistemas de IA judicial, o que possibilitará a atuação cooperativa humano-máquina na pretensão de correção.

O uso de fatores para a programação de IA judicial pode avançar para além da análise de precedentes, pois os fatores podem representar os elementos (propriedade ou enunciados empíricos) advindos de uma visão do legítimo julgador a respeito de um caso hipotético, a fim de se alinhar previamente a uma interpretação esperada. Por exemplo, um determinado juiz pode nunca ter julgado um caso em que tenha envolvido o processamento de um *habeas data*<sup>71</sup>, mas pode, se assim o quiser, prever fatores (*factors*) que levariam à admissão (ou à inadmissão) do processamento da ação e ao julgamento de mérito (procedência ou improcedência).

Um exemplo mais realista ocorre quando o julgador estuda um primeiro caso e define os fatores (de improcedência ou procedência do pedido, por exemplo), e, a partir disso, programa mentalmente que, na hipótese de surgir outro caso representado por determinados outros fatores, desde já haja uma decisão pré-programada. Esse tipo de abordagem passa por uma evolução quando o julgador pode transferir essa programação do espaço puramente mental para o desenvolvimento de sistemas de IA judicial. Observe-se que não se fala necessariamente, nesse caso, em uma IA que é um simples repositório de regras e fatores que indicam casos do passado, ou mesmo de um modelo preditivo baseado em aprendizado de máquina. O que se revela é a individualização da norma jurídica para um caso hipotético, ou

---

<sup>68</sup> BENCH-CAPON, Trevor; SARTOR, Giovanni. A model of legal reasoning with cases incorporating theories and values.

<sup>69</sup> BENCH-CAPON, Trevor; SARTOR, Giovanni. A model of legal reasoning with cases incorporating theories and values.

<sup>70</sup> BENCH-CAPON, Trevor; SARTOR, Giovanni. A model of legal reasoning with cases incorporating theories and values.

<sup>71</sup> Na prática, as ações de *habeas data* são bastante raras, haja vista o manejo de outros tipos de ações que alcançam resultado análogo e que têm maior maleabilidade quanto aos pedidos que podem ser veiculados pelas partes do processo.

seja, é o Juiz que, segundo sua pré-compreensão do Direito (e sua pretensão de correção), molda o sistema de IA judicial. Esse tipo de abordagem pautada na definição do que fazer (como julgar) se determinadas hipóteses se realizarem é uma prática relativamente comum, pois os magistrados usualmente orientam suas assessorias como agir em determinados casos.

Kevin Ashley, por sua vez, entende que fatores (*factors*) que descrevem casos passados não necessariamente determinam valores, preferências entre estes ou uma ordenação de valores que possam ser tratados em uma argumentação jurídica para um juiz decidir um novo caso, pois Ashley considera equivocado caracterizar a representação de valores dessa forma, uma vez que isso simplificaria demais a argumentação baseada em valores.<sup>72</sup> Isso ocorre porque o modelo B-CS se baseia na descrição de todos os casos considerados relevantes para o problema, nas descrições de todos os fatores escolhidos para representar os casos, na representação de todas as regras disponíveis para a explicação dos casos e no estabelecimento de todas as preferências entre regras e valores disponíveis para a resolução de conflitos entre regras.<sup>73</sup> Desse modo, a descrição de todos os casos considerados relevantes no microsistema (o que envolve a identificação dos fatores) se limita a representar os casos, as regras disponíveis para a explicação desses casos e as preferências para a resolução de conflitos entre regras. Contudo, tudo isso foca no campo da representação detalhada dos fatores de um caso, algo que não se pode alcançar com valores *prima facie*.<sup>74</sup>

Nessa argumentação baseada em fatores (*factors*) defendida por Bench-Capon e Sartor, “o antecedente de uma regra é formado a partir de fatores que favorecem o resultado que forma o consequente”<sup>75</sup>, sendo que os fatores (*factors*) se relacionam com o suporte fático inerente à aplicação do Direito, bem como tem estrita ligação com os argumentos práticos gerais.

Nesse aspecto, pensar a representação do Direito através de programação de sistemas de inteligência artificial judicial envolve essa consideração, pois o modelo

<sup>72</sup> ASHLEY, Kevin D. Evaluating the uses of values in a model of legal reasoning. p. 15-16.

<sup>73</sup> BENCH-CAPON, Trevor; SARTOR, Giovanni. A model of legal reasoning with cases incorporating theories and values.

<sup>74</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 159-161.

<sup>75</sup> Tradução livre de: “based on factors: the antecedent of a rule is formed from factors favouring the outcome which forms consequent” (BENCH-CAPON, Trevor; SARTOR, Giovanni. A model of legal reasoning with cases incorporating theories and values.).

B-CS tem sua utilidade em relação à explicitação do suporte fático e dos elementos argumentativos do tipo prático geral.

Outro ponto relevante a se considerar é que os fatores (*factors*) programados podem ser a base de sugestões de aplicações do direito por analogia, o que demandará a comunicação entre os fatores de microssistemas jurídicos diferentes, de maneira que fatores que compõem a programação jurídica possam “circular” de forma controlada entre ramos diversos do Direito, caso essa seja uma necessidade em um sistema de IA judicial específico. Obviamente, o risco (e a oportunidade) dessa livre circulação dos fatores é a maior entropia do sistema, o que demanda que a analogia seja colocada como uma das possibilidades na fase da argumentação externa.

Ademais, é possível conjugar fatores (*factors*), relacionando fatos, atos e estados de um caso hipotético com a norma proposta para decisão mediante valores. Esses fatores, por sua vez, podem ser relacionados aos conceitos jurídicos intermediados inerentes à norma jurídica representada.<sup>76</sup>

Destaca-se que o modelo B-CS não se baseia em hipóteses, mas numa abordagem cujo formalismo de julgamento se volta para as progressões de eventos<sup>77</sup> (mediante o encadeamento de casos, regras e preferências entre regras e valores) e para representação do conhecimento relevante<sup>78</sup>, o que passa pela representação de estados, eventos e ações em interação com os modais das proposições normativas (obrigações, proibições, permissões e facultatividades)<sup>79</sup>, decorrendo da aplicação do direito (e dos valores presentes nas normas jurídicas) em cenários específicos mediante a atribuição de consequências jurídicas para os eventos presentes nos fatores (*factors*).<sup>80</sup> Desse modo, é possível realizar a mediação epistêmica entre o suporte fático (que representa fatos, atos e estados) e o modelo B-CS (abstração de estados, eventos e ações, e seu relacionamento com os modais das proposições normativas), pois os modelos podem atuar de forma colaborativa para o desenvolvimento de sistemas de Inteligência Artificial judicial, ainda que as origens dos conceitos (suporte fático e modelo B-CS) sejam distintas.

<sup>76</sup> ASHLEY, Kevin D. Evaluating the uses of values in a model of legal reasoning. p. 23.

<sup>77</sup> STOPFORD, Ben. **Designing event-driven systems**: concepts and patterns for streaming services with Apache Kafka. Sebastopol: O'Reilly, 2018. p. 30-31.

<sup>78</sup> ASHLEY, Kevin. Evaluating the uses of values in a model of legal reasoning. p. 28-29.

<sup>79</sup> ASHLEY, Kevin D. Evaluating the uses of values in a model of legal reasoning. p. 29.

<sup>80</sup> ASHLEY, Kevin D. Evaluating the uses of values in a model of legal reasoning. p. 29.

Por exemplo, imagine que uma petição não atenda a todos requisitos exigidos pelo art. 330, § 1º, do Código de Processo Civil. Baseado nisso, um fator (considerado aqui como uma parcela da representação do suporte fático abstrato posteriormente verificada no suporte fático concreto<sup>81</sup>) pode desencadear uma consequência jurídica (intimação do autor para emendar a petição inicial) cuja regra está pressuposta na programação (abstração e heurística), mas não está escrita na programação. Noutro exemplo, qual é o melhor meio de prova para um ato do mundo fático que deixa vestígios físicos? Um sistema de IA judicial pode ser programado para, com base na alegação de um tipo de fato pela parte, determinar uma espécie de produção probatória pela parte.

Assim, o desenvolvimento de sistemas de IA judicial leva em conta elementos de diversos paradigmas de programação, como: *domain-driven design* (baseado no estudo do domínio<sup>82</sup> com especialistas na área de interesse)<sup>83</sup>, *data-driven design* (pautado na análise de dados reais para a tomada de decisões)<sup>84</sup> e *event-driven design* (considerado o suporte fático representado através de eventos que disparam a informação para processamento pelas camadas subsequentes do sistema, o que é também considerado para eventos subsequentes encadeados até um resultado).<sup>85</sup> Mais do que um especialista em programação, o engenheiro jurídico (ou o assessor desenvolvedor) deve conhecer as possibilidades de cada uma dessas abordagens, pois cada problema tem seus desafios e individualidades a serem tratadas.

Diante dessa inafastável conexão do direito com o que acontece no mundo, Alexy ressalta que sempre é possível retornar aos argumentos empíricos<sup>86</sup>, motivo pelo qual o modelo B-CS, ao se valer de fatores (*factors*) para representar eventos, estados e ações, pode ser utilizado como base para a construção de sistemas de IA judicial.

---

<sup>81</sup> Perceba-se que na abordagem deste artigo, mediante a mediação entre os pensamentos de Alexy e Bulygin, o Universo das Propriedades (UP) traz os elementos necessários para a aplicação da norma jurídica, conceito que, em colaboração epistêmica possível para os modelos de Teoria do Direito adotados, auxilia na compreensão do suporte fático abstrato.

<sup>82</sup> No caso, o domínio é o Direito, representado parcialmente nos sistemas de Inteligência Artificial judicial.

<sup>83</sup> EVANS, Eric. *Domain-driven design: atacando as complexidades no coração do software*. 3. ed. Tradução: Tibério Júlio Couto Novais. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016. p. 198.

<sup>84</sup> PROVOST, Foster; FAWCETT, Tom. *Data science para negócios*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016. p. 15.

<sup>85</sup> STOPFORD, Ben. *Designing event-driven systems: concepts and patterns for streaming services with Apache Kafka*. p. 30-31.

<sup>86</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. p. 182.

Na prática, quando se busca implementar argumentação jurídica através de sistemas de inteligência artificial, sempre que for necessário representar o mundo fático, os fatores (*factors*) podem ser utilizados como uma técnica possível para esse fim, o que se adequa às exigências da argumentação jurídica.

#### 4. Conceitos jurídicos intermediados (ILCs), o suporte fático hipotético e a abordagem híbrida

Outro modelo a ser abordado para a programação de sistema de inteligência artificial judicial se baseia nos *conceitos jurídicos intermediados* (*intermediate legal concepts*), que trazem para dentro da programação de sistemas de inteligência artificial judicial a representação da norma jurídica e de sua proposição. Ou seja, a regra jurídica é incorporada, em si mesma, na programação do sistema de inteligência artificial.

O modelo de *ILCs* (*intermediate legal concepts*)<sup>87</sup> defendido por Kevin Ashley apresenta vantagens por possibilitar a representação heurística na argumentação jurídica (interna e externa), de maneira que o sistema de IA judicial pode ser moldado em termos de conceitos jurídicos incorporados como o conteúdo da própria programação do sistema. Para melhor evidenciar o tema, segue o posicionamento de Kevin Ashley:

Os *ILCs* têm conteúdo. Os conceitos jurídicos intermediados incorporam valores e princípios jurídicos, como Lindahl explicou em sua resposta à visão cética de conceitos jurídicos de Alf Ross. Regras jurídicas formadas em termos de conceitos jurídicos intermediados que incorporam princípios subjacentes, geram explicações transparentes e normativamente coerentes de decisões que fornecem diretrizes para lidar com casos novos e problemáticos [tradução livre].<sup>88</sup>

Desse modo, é natural que existam preferências do julgador entre as interpretações possíveis, as quais podem ser representadas diretamente em conceitos

<sup>87</sup> ASHLEY, Kevin D. Evaluating the uses of values in a model of legal reasoning. p. 15-16.

<sup>88</sup> ASHLEY, Kevin D. Evaluating the uses of values in a model of legal reasoning. p. 17.

jurídicos intermediados (*ILCs*).<sup>89</sup> Num maior aprofundamento da questão, um caso sobre o qual foram decididas preferências a respeito de determinados valores constitucionais é a representação de uma regra baseada em fatores (*factors*), o que pode ser usado para justificar a preferência representada.<sup>90</sup> Dessa forma, é preciso mapear os argumentos dos casos passados e relacioná-los com os fatos atuais mediante uma rica representação<sup>91</sup>, de modo que se busque inferir respostas a partir disso.

Sendo assim, um sistema de IA judicial que utilize a abordagem híbrida (modelo B-CS + *ILCs*) irá se basear em esquemas de argumentos básicos (regras de senso comum, argumentos de norma e argumentos de valor), bem como empregará esquemas mais complexos, como o *argumento da consequência desejável*, da *consequência desejável mais provável*, da *consequência desejável menos provável* e *argumentos correspondentes das consequências indesejáveis*.<sup>92</sup>

Dessa maneira, ocorre um passo rumo ao processo de individualização da norma jurídica através da escolha de conceitos jurídicos intermediados (*ILCs*) com base nos quais o legislador ou o juiz formulam uma regra jurídica, o que é uma maneira pela qual o legislativo e o judiciário tentam acomodar prospectivamente os valores constitucionais conflitantes, antecipando os cenários nos quais surgirão.<sup>93</sup> Nesse sentido, as preferências entre possíveis regras surgidas do conflito de princípios podem ser representadas como parte da programação do sistema de IA judicial<sup>94</sup>, sem que isso impossibilite uma nova rodada de superação dos argumentos através da pretensão de correção.

Nesse caminho, para além do suporte fático abstrato<sup>95</sup> (da norma) e do suporte fático concreto (dos fatos), há o *suporte fático hipotético* vinculado àquilo que as partes buscam demonstrar através de seus discursos argumentativos. Como o suporte fático concreto leva à individualização do suporte fático abstrato, um

<sup>89</sup> ASHLEY, Kevin D. Evaluating the uses of values in a model of legal reasoning. p. 26.

<sup>90</sup> ASHLEY, Kevin D. Evaluating the uses of values in a model of legal reasoning. p. 26.

<sup>91</sup> ASHLEY, Kevin D. Evaluating the uses of values in a model of legal reasoning. p. 28.

<sup>92</sup> ASHLEY, Kevin D. Evaluating the uses of values in a model of legal reasoning. p. 31.

<sup>93</sup> ASHLEY, Kevin D. Evaluating the uses of values in a model of legal reasoning. p. 17.

<sup>94</sup> ASHLEY, Kevin D. Evaluating the uses of values in a model of legal reasoning. p. 18.

<sup>95</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 67-68.

discurso sobre o suporte fático ainda não concretizado pode ser caracterizado como suporte fático hipotético presente diretamente no sistema de IA judicial.

Essa abordagem é necessária para que as hipóteses fáticas sejam testadas e esquadrihadas por sistema de IA judicial, uma vez que, mediante a aplicação de um princípio cujo mandamento é apenas *prima facie*, consideradas determinadas condições do caso concreto (um dado suporte fático), pode surgir uma regra como mandamento definitivo.<sup>96</sup> A partir disso, uma regra R' advinda de uma regra R ou de um princípio P pode ser representada em termos de *conceito jurídico intermediado* em um sistema de IA judicial.

Assim, com uma abordagem baseada no Direito e na argumentação jurídica, é possível se preparar para cenários hipotéticos como uma ferramenta para analisar como as normas jurídicas poderiam ser aplicadas em diversas situações fáticas. Tais cenários hipotéticos podem ser previamente desenvolvidos para servirem de base para os sistemas de Inteligência Artificial judicial, vindo a auxiliar na compreensão das implicações práticas das normas jurídicas.

## 5. Conclusão

Para a aplicação de normas jurídicas é necessário delimitar a base fática a ser considerada pelo intérprete, o que se traduz no suporte fático, fio condutor da interpretação jurídica através do mundo da vida.

Nesse enquadramento, o presente estudo chegou a resultados no sentido de que, nos sistemas de IA judicial, deve existir uma adequada representação do suporte fático necessário à interpretação do Direito, considerando-se os aspectos jurídico-normativos e a pretensão de correção que se verificam através de fatores (*factors*) e conceitos jurídicos intermediados (*ILCs*) voltados ao desenvolvimento de sistemas de apoio à decisão judicial.

Desse modo, com a simbiose entre os marcos teóricos adotados e a abordagem desenvolvida no presente artigo, mostra-se possível a definição de um suporte fático hipotético inserido na programação ou nos modelos de IA, categoria teórica que é necessária para o reconhecimento de que o Direito também se manifesta

---

<sup>96</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. p. 107.

através de sistemas computacionais baseados em tecnologias de Inteligência Artificial jurídica.

Portanto, torna-se necessário o reconhecimento do suporte fático hipotético como uma manifestação do Direito por meio de sistemas de Inteligência Artificial de apoio à decisão judicial, pois isso é fundamental para o desenvolvimento de sistemas que mantenham o equilíbrio entre a Teoria do Direito e a Ciência da Computação.

Sendo assim, ao se criar suportes fáticos hipotéticos junto aos sistemas de IA judicial, pode-se imaginar determinados fatos, atos e estados que não tenham necessariamente ocorrido na realidade, embora tenham a função de servir como uma base para a análise a ser realizada com o auxílio computacional.

A concepção de cenários hipotéticos para o suporte fático é uma prática adequada para o desenvolvimento da argumentação jurídica voltada ao funcionamento de sistema de IA judicial, o que leva à configuração do chamado suporte fático hipotético.

Tais considerações indicam que, na atual fase de desenvolvimento da relação híbrida Juiz-IA, a conceituação do suporte fático hipotético concilia mundos diferentes (Direito e tecnologia), o que traz um dos aspectos que possibilitam a legítima integração entre o Direito e a Inteligência Artificial.

Assim, o suporte fático hipotético tem o potencial de aprimorar as abordagens para desenvolvimento de sistemas de IA judicial.

## Referências

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Normative systems**. New York: Springer-Verlag, 1971.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 6. ed. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica e apresentação: Cláudia Toledo. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ASHLEY, Kevin D. **Artificial intelligence and legal analytics: new tools for law practice in digital age**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

ASHLEY, Kevin D. Evaluating the uses of values in a model of legal reasoning. *In*: ATKINSON, Katie; PRAKKEN, Henry; WYNER, Adam. **From knowledge representation to argumentation in AI, law and policy making: a festschrift in honour of trevor bench-capon on occasion of his 60th birthday**. London: College Publications, 2013.

BENCH-CAPON, Trevor; SARTOR, Giovanni. A model of legal reasoning with cases incorporating theories and values. **Artificial intelligence**, v. 150, n. 1-2, p. 97-143, 2003.

BULYGIN, Eugenio. **Lógica deóntica, normas y proposiciones normativas**. Madri: Marcial Pons, 2018.

EVANS, Eric. **Domain-driven design: atacando as complexidades no coração do software**. 3. ed. Tradução: Tibério Júlio Couto Novais. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

FREITAS, Hyndara. Judiciário brasileiro tem ao menos 72 projetos de inteligência artificial nos tribunais: ferramentas são usadas para auxiliar agrupamento de demandas repetitivas a até para sugerir minutas. **Jota**, Brasília, 9 jul. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inoa-e-acao/judiciario-brasileiro-tem-ao-menos-72-projetos-de-inteligencia-artificial-nos-tribunais-09072020>. Acesso em: 20 ago. 2020.

PÁDUA, Sérgio Rodrigo de; BERBERI, Marco Antonio Lima. Robô processual: inteligência artificial, atos processuais e regras padrão. **Revista da AGU**, v. 20, n. 3, 29 jun. 2021. DOI: 10.25109/2525-328X.v.20. n.03.2021.2744.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Projeto Victor: relato do desenvolvimento da inteligência artificial na Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Inteligência Artificial e Direito**, v. 1, n. 1, jan-abr. 2020.

PROVOST, Foster; FAWCETT, Tom. **Data science para negócios**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016. p. 15.

RAMOS, Janine Vilas Boas Gonçalves. **Inteligência artificial no Poder Judiciário brasileiro**: projetos de IA nos tribunais e o sistema de apoio ao processo decisório judicial. São Paulo: Dialética, 2022, p. 267. *E-book*. Edição Kindle.

SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). **Inteligência artificial**: tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. 2. ed. [Rio de Janeiro]: FGV Conhecimento, Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário, 2022. Disponível em: [https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/relatorio\\_ia\\_2fase.pdf](https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/relatorio_ia_2fase.pdf). Acesso em: 9 abr. 2023.

SCHILD, Herbert. **Java para iniciantes**: crie, compile e execute programas Java rapidamente. Tradução: Aldir José Coelho Corrêa da Silva. 6. ed. Porto Alegre: Bookman, 2015.

SHANNON, Claude E. A mathematical theory of communication. **The Bell System Technical Journal**, v. 27, n. 3, p. 379-423, Jul. 1948. DOI: 10.1002/j.1538-7305.1948.tb01338.x.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

STOPFORD, Ben. **Designing event-driven systems**: concepts and patterns for streaming services with Apache Kafka. Sebastopol: O'Reilly, 2018.

WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Seqüência**: estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, v. 3, n. 5, p. 48-57, 1982. DOI: 10.5007/%25x.



# Inteligência artificial e os riscos nas fiscalizações do controle externo<sup>1</sup>

*Artificial Intelligence and the risks in External Control inspections*

*La Inteligencia Artificial y los riesgos en las inspecciones de Control Externo*

**George Augusto Niaradi<sup>2</sup>**

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-7769-1123>

E-mail: [ganiaradi1@uol.com.br](mailto:ganiaradi1@uol.com.br)

**Nilson Neves Nascimento<sup>3</sup>**

Faculdade de Informática e Administração Paulista (São Paulo, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-8699-0393>

E-mail: [nlsn.neves@gmail.com](mailto:nlsn.neves@gmail.com)

## Resumo

O uso de mecanismos de Inteligência Artificial (IA) tem sido difundido, mesmo havendo questionamentos sobre sua aplicação, no cumprimento de competências por agentes públicos, inclusive na utilização em etapas de controle externo, a substituir, na análise de determinados atos administrativos, a função da auditoria realizada pelos Tribunais de Contas. Um desses mecanismos de IA é o ChatGPT, que, apesar de possuir novos concorrentes, é a ferramenta mais famosa atualmente, a primeira a atingir 1 milhão de usuários em apenas 5 dias após o lançamento. O presente artigo busca responder à questão sobre o risco da utilização de

---

<sup>1</sup> NIARADI, George Augusto; NASCIMENTO, Nilson Neves. Inteligência artificial e os riscos nas fiscalizações do controle externo. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 3, n. 1, p. 439-469, jan./jun. 2023. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a218>.

<sup>2</sup> George Augusto NIARADI, Doutor em Direito Internacional (USP), Especialista em Controle de Contas Públicas (Escola de Contas - TCMSP), MBA Internacional em Gestão Executiva (IBMEC/Damásio), Master em Administração, Gestão e Supervisão Escolar (UAM), Assessor Jurídico (TCMSP). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9804810674015047>.

<sup>3</sup> Nilson Neves Nascimento, MBA em Artificial Intelligence & Machine Learning (FIAP), Engenheiro de Computação (USJT), Chefe do Núcleo de Tecnologia da Informação (TCMSP). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9040631111538475>.

mecanismos de IA nos procedimentos de fiscalização de auditoria, cujas regras de devido processo legal podem ser comprometidas. Tal análise perscrutará a evidência de princípios da Administração Pública, mediante metodologia de pesquisa descritiva, quanto aos efeitos na legitimidade dos Tribunais de Contas quando aplicada a Inteligência Artificial no controle externo.

## Palavras-chave

Controle externo; Princípios constitucionais; Inteligência Artificial; Procedimentos de fiscalização; Tribunais de contas.

## Sumário

1. Introdução. 2. O que é Inteligência Artificial (IA) e sua aplicação para avaliação de políticas públicas. 3. Uso de Inteligência Artificial (IA) no setor público. 4. Avaliação de atos administrativos. 5. ChatGPT: ferramenta de auditoria e informação. 6. Capacitação de empregados públicos. 7. Regras para atuação de auditores. 8. Legitimidade da Inteligência Artificial na Administração Pública e no controle externo. 9. Conclusão.

## Abstract

The use of Artificial Intelligence (AI) mechanisms has been widespread, even though there are questions about its application, in the fulfillment of competencies by Public Agents, including in the use in stages of External Control, to replace, in the analysis of certain administrative acts, the Audit function performed by the Audit Courts. One of these IA mechanisms is the ChatGPT, which despite having new competitors, is the most famous tool today, the first to reach 1 million users in just 5 days after launch. This article seeks to answer the question about the risk of using Artificial Intelligence (AI) mechanisms in Audit inspection procedures, whose due process rules may be compromised. Such an analysis will scrutinize the evidence of Public Administration principles, through a descriptive research methodology, regarding the effects on the legitimacy of the Courts of Accounts when Artificial Intelligence is applied in External Control.

## Keywords

External control; Constitutional principles; Artificial Intelligence; Auditing procedures; Audit courts.

## Contents

1. Introduction. 2. What is Artificial Intelligence (AI) and its application to public policy evaluation. 3. The use of Artificial Intelligence (AI) in the public sector. 4.

Evaluación de actos administrativos. 5. ChatGPT: Audit and information tool. 6. Training for public employees. 7. Rules of engagement for auditors. 8. Legitimacy of Artificial Intelligence in Public Administration and External Control. 9. Conclusion.

## Resumen

El uso de mecanismos de Inteligencia Artificial (IA) se ha generalizado, aunque existan dudas sobre su aplicación, en el cumplimiento de competencias por parte de los Agentes Públicos, incluso en la utilización en fases de Control Externo, para sustituir, en el análisis de determinados actos administrativos, la función de Fiscalización realizada por los Tribunales de Cuentas. Uno de estos mecanismos de AI es el ChatGPT, que a pesar de tener nuevos competidores, es hoy la herramienta más famosa, la primera en alcanzar 1 millón de usuarios en apenas 5 días después de su lanzamiento. Este artículo busca responder a la pregunta sobre el riesgo de utilizar mecanismos de Inteligencia Artificial (IA) en los procedimientos de inspección de Auditoría, cuyas reglas del debido proceso pueden verse comprometidas. Tal análisis escudriñará la evidencia de los principios de la Administración Pública, a través de una metodología de investigación descriptiva, respecto de los efectos sobre la legitimidad de los Tribunales de Cuentas cuando se aplica Inteligencia Artificial en el Control Externo.

## Palabras clave

Control externo; Principios Constitucionales; Inteligencia Artificial; Procedimientos de fiscalización; Tribunales de cuentas.

## Índice

1. Introducción. 2. Qué es la Inteligencia Artificial (IA) y su aplicación a la evaluación de políticas públicas. 3. Utilización de la Inteligencia Artificial (IA) en el sector público. 4. Evaluación de actos administrativos. 5. ChatGPT: herramienta de auditoría e información. 6. Capacitación de los funcionarios. 7. Normas de actuación para auditores. 8. Legitimidad de la Inteligencia Artificial en la Administración Pública y Control Externo. 9. Conclusión.

## 1. Introdução

O uso de mecanismos de Inteligência Artificial (IA) tem sido difundido, mesmo havendo questionamentos sobre sua aplicação, no cumprimento de competências por Agentes Públicos, inclusive na utilização em etapas de controle externo,

a substituir, na análise de determinados atos administrativos, a função da auditoria realizada pelos Tribunais de Contas.

Um desses mecanismos de IA é o ChatGPT, que, apesar de possuir novos concorrentes, é a ferramenta mais famosa atualmente, a primeira a atingir 1 milhão de usuários em apenas 5 dias após o lançamento.

O presente artigo busca responder à questão sobre o risco da utilização de mecanismos de Inteligência Artificial (IA) nos procedimentos de fiscalização de auditoria, cujas regras de devido processo legal podem ser comprometidas. Tal análise perscrutará a evidência de princípios da Administração Pública, mediante metodologia de pesquisa descritiva, quanto aos efeitos na legitimidade dos Tribunais de Contas quando aplicada a Inteligência Artificial no controle externo.

Nesse contexto, conforme Santiso<sup>4</sup>:

Las tecnologías emergentes y en particular la inteligencia artificial (IA) tienen alto potencial disruptivo para resetear las administraciones públicas en la era digital, mejorando la definición de las políticas públicas, la entrega de los servicios a los ciudadanos y la eficiencia interna de las administraciones. El sector público puede potenciar su capacidad para lograr impactos sociales, económicos y ambientales para el bienestar de los ciudadanos, siempre que la IA se implemente en una forma ética y estratégica.<sup>5</sup>

Portanto, o questionamento sobre a legitimidade na utilização de mecanismos de IA, como o ChatGPT, ingressa no debate ético e estratégico pelo Poder Público; e legitimidade está relacionada à boa-fé que os Agentes Públicos detêm no exercício legal de duas competências. Porém, o uso da automação, na dependência de *software* e algoritmos, tem sido o padrão na Administração Pública.

<sup>4</sup> SANTISO, Carlos; FLORES, Claudia; MEJÍA JARAMILLO, María Isabel. **Conceptos fundamentales y uso responsable de la inteligencia artificial em el sector público**. Caracas: CAF, 2022. 77 p. (Informe, 2). Disponível em: <https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/1921/Conceptos%20fundamentales%20y%20uso%20responsable%20de%20la%20inteligencia%20artificial%20en%20el%20sector%20p%20c3%20bablico.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Acesso em: 6 abr. 2023.

<sup>5</sup> As tecnologias emergentes e, em particular, a inteligência artificial (IA) têm um alto potencial disruptivo para restabelecer as administrações públicas na era digital, melhorando a definição de políticas públicas, a prestação de serviços aos cidadãos e a eficiência interna das administrações. O setor público pode aumentar sua capacidade de alcançar impactos sociais, econômicos e ambientais para o bem-estar dos cidadãos, desde que a IA seja implementada de forma ética e estratégica. (Tradução nossa)

Sabemos que a difusão da IA é incontornável, tratando-se de tecnologia de uso geral, que se apoia e se complementa em outras, alcançando um variado espectro de aplicações. Portanto, nesse diapasão, é indiscutível que já afeta a ordem social-econômica, culminando em novos desafios para todos.

Tal potencial da IA é louvável, notadamente pela agilidade gerada por sua utilização nas auditorias, potencialmente a tornando concomitante ao gasto de dinheiro público realizado. Logo, parece haver uma convergência entre princípios da Administração Pública, de matiz constitucional, e a utilização de mecanismos de IA, como propõe Valle<sup>6</sup>:

A pronta integração de inteligência artificial (doravante designada puramente por IA) nas múltiplas áreas de ação da Administração tem sido louvada por muitos, em especial nas múltiplas iniciativas que já se identifica nos Tribunais Superiores, mas também em outras estruturas de controle, notadamente o Tribunal de Contas da União. O entusiasmo evoca de pronto os benefícios da rapidez, ao qual frequentemente se associa a ideia de eficiência – o que para muitos parece suficiente para justificar uma incorporação pouco crítica desse ferramental. O quadro parece sugerir um reencontro com uma concepção de eficiência quase econômica, em que interessem menos os resultados concretos da atuação, e mais uma métrica formal de *inputs* e *outputs*.

E, aprofundando-se nessa convergência entre IA e Administração Pública, Valle identifica seus modos de consecução, sob duas formas:

Há duas aproximações equívocas na associação entre IA e Administração Pública: a primeira delas é a que sobrevaloriza seu potencial como mecanismo de automação de decisões (em detrimento dos mecanismos de apoio informativo ou preditivo); a segunda, aquela que expressa uma convicção do potencial deste mesmo ferramental, de assegurar uma objetividade absoluta, supostamente fiel guardiã dos imperativos de isonomia e impessoalidade que emanam do art. 37, *caput*, CF.

<sup>6</sup> VALLE, Vanice Lírio do. Inteligência artificial incorporada à administração pública: mitos e desafios teóricos. *A&C: revista de direito administrativo & constitucional*, Belo Horizonte, v. 20, n. 81, p. 179-200, jul./set. 2020. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1346/863>. Acesso em: 29 maio 2023.

Mas, de outro lado, não há como se olvidar dos riscos e preocupações no uso da IA. Como já mencionado, entre os princípios constitucionais da Administração Pública, a transparência depende da conjugação de diversos fatores. Segundo Santiso<sup>7</sup>:

Los riesgos planteados por la IA y sus preocupaciones éticas son los principales impulsores en la construcción de marcos de gobernanza en el sector público que garanticen el diseño e implementación de sistemas de IA justos, confiables y transparentes, o cualquier otro atributo que sea definido en contextos específicos. La creación de esos marcos de gobernanza implica desplegar un amplio conjunto de mecanismos, herramientas y prácticas que, desde distintos frentes (técnico, de política pública, legal, de relación con actores interesados u otros), apunten al uso de la tecnología en favor del interés común.<sup>8</sup>

Portanto, no presente artigo mantém-se um entusiasmo crítico, de se identificar potenciais ganhos, todavia há riscos, notadamente da utilização da IA em diferentes áreas da Administração Pública.

Assim, os princípios constitucionais da Administração Pública, que parametrizam e sustentam os pareceres e análises elaboradas pelos auditores no controle externo, mesmo sendo utilizados mecanismos de IA, tal como o ChatGPT, que é de origem privada, devem ser observados.

Para alcançar tal constatação, o presente artigo, dividido em sete partes, inicia com a definição de Inteligência Artificial (IA), seu atributo de aprendizagem automática e correlação com a utilização responsável de dados. Em seguida, apresenta o uso de IA pelo Poder Público, aventada como garantia de objetividade, logo de atendimento ao preceito constitucional de impessoalidade e isonomia, partindo-se para análise, na terceira parte do presente texto, dos atos administrativos, função própria, de matiz constitucional, do controle externo, que pode ter

---

<sup>7</sup> SANTISO, Carlos; FLORES, Claudia; MEJÍA JARAMILLO, María Isabel. **Conceptos fundamentales y uso responsable de la inteligencia artificial em el sector público.**

<sup>8</sup> Os riscos colocados pela IA e suas preocupações éticas são os principais motores na construção de estruturas de governança no setor público que assegurem o projeto e a implementação de sistemas de IA justos, confiáveis e transparentes, ou quaisquer outros atributos que possam ser definidos em contextos específicos. A criação de tais estruturas de governança implica a implantação de um amplo conjunto de mecanismos, ferramentas e práticas que, de diferentes frentes (técnica, política pública, jurídica, relações com as partes interessadas e outras), objetivam utilizar a tecnologia no interesse comum. (Tradução nossa)

aumentada a agregação de valor de sua capacidade pela automatização com mecanismos de IA. Na quarta parte do artigo, aborda o uso do ChatGPT, tornando-se ferramenta de informação e auditoria, que necessita ser otimizado por aprendizado (*machine learning*) e por reforço com *feedback* humano; e na idêntica medida, a capacitação de servidores públicos (auditores) para atualização e aperfeiçoamento de habilidades ligadas à IA, analisada na quinta parte desse texto, que conduz, na sexta parte, para o cotejo com a composição do processo de auditoria, estabelecido pelas Normas Brasileiras de auditoria do Setor Público (NBASP), e finaliza, na sétima parte, retomando a perspectiva crítica sobre a Legitimidade de IA na Administração Pública.

## 2. O que é Inteligência Artificial (IA) e sua aplicação para avaliação de políticas públicas

Sabe-se que o principal atributo de mecanismos de IA é sua capacidade de aprendizagem (*machine learning*). Isso decorre de seu próprio conceito, conforme Santiso<sup>9</sup>, que entende que “La inteligencia artificial (IA) es un campo de estudio que se refiere a la creación, a partir del uso de tecnologías digitales, de sistemas capaces de desarrollar tareas para las que se considera que se requiere inteligencia humana.”<sup>10</sup>

Nota-se a ênfase que o atributo do *machine learning* apresenta. Na definição de Valle<sup>11</sup>, ratifica-se que:

Uma das definições de IA se refere ao uso de mecanismos informatizados que mimetizam as operações intelectuais humanas. A potencial superioridade da criatura sobre o criador é defendida por alguns, a partir do argumento de que a primeira seria capaz de superar a falibilidade inerente ao segundo. No domínio das relações com a Administração, sempre vista como também falível, se não intrinsecamente perversa, o afastamento do erro enquanto possibilidade

<sup>9</sup> SANTISO, Carlos; FLORES, Claudia; MEJÍA JARAMILLO, María Isabel. **Conceptos fundamentales y uso responsable de la inteligencia artificial em el sector público.**

<sup>10</sup> A inteligência artificial (IA) é um campo de estudo que se refere à criação, através do uso de tecnologias digitais, de sistemas capazes de realizar tarefas para as quais a inteligência humana é considerada necessária. (Tradução nossa)

<sup>11</sup> VALLE, Vanice Lírio do. **Inteligência artificial incorporada à administração pública: mitos e desafios teóricos.** p. 179-200.

decisória parece ser um objetivo mais do que desejável. O desafio, todavia, consiste em saber se os momentos em que o homem se afasta da racionalidade cartesiana dos padrões extraídos de experiências pretéritas, rejeitando uma predição de resultados com base neles estabelecida, se constituem efetivamente falhas.

Além do *machine learning*, outro atributo da IA, que independe se utilizado pela iniciativa privada ou pelo Poder Público, é tratar de diversas informações e dados simultaneamente, ou seja, sua capacidade de lidar com uma ampla gama de tarefas complexas baseadas em linguagem.

Especificamente no Poder Público, os governos têm alcançado diversos benefícios com a utilização de mecanismos de IA, por meio do tratamento de dados em amplo volume. Nesse sentido, Santiso<sup>12</sup>:

En lo que se refiere al uso de la IA, se destaca la contribución potencial al logro de beneficios sociales y económicos con avances, entre otros aspectos, en la prestación de servicios por parte de los Gobiernos. Esta tecnología ofrece la posibilidad de que esos servicios sean más eficientes, equitativos y personalizados. Sin embargo, si bien no cabe duda de las oportunidades y potencialidades que brinda, su desarrollo e implementación también entrañan múltiples desafíos para la sociedad, comenzando por el riesgo de discriminación de grupos e individuos, el uso indebido de los datos o la vulneración del derecho a la privacidad.<sup>13</sup>

Porém, há de se ter em conta desafios que a utilização de novos mecanismos sempre gera. Nesse sentido, duas importantes questões transbordam: (1) a responsabilização de agentes públicos pela sua utilização; e (2) a transmissão de informações confidenciais pelo uso da tecnologia.

<sup>12</sup> SANTISO, Carlos; FLORES, Claudia; MEJÍA JARAMILLO, María Isabel. **Conceptos fundamentales y uso responsable de la inteligencia artificial em el sector público.**

<sup>13</sup> Em termos do uso da IA, ela destaca a contribuição potencial para alcançar benefícios sociais e econômicos, incluindo avanços na prestação de serviços pelos governos. Esta tecnologia oferece o potencial para tornar tais serviços mais eficientes, equitativos e personalizados. Entretanto, embora não haja dúvidas sobre as oportunidades e o potencial que ela oferece, seu desenvolvimento e implementação também envolve múltiplos desafios para a sociedade, a começar pelo risco de discriminação de grupos e indivíduos, uso indevido de dados ou violação do direito à privacidade. (Tradução nossa)

Portanto, segundo Santiso<sup>14</sup>:

Para un uso responsable y un óptimo aprovechamiento de esta tecnología es necesario identificar esos desafíos, comprenderlos en profundidad e identificar formas de mitigar los riesgos que conlleva su explotación. También es preciso reflexionar y abrir diálogos sobre lo que significa e implica un uso responsable y confiable de la IA en un marco ético, en el que participen el sector público — como responsable de reglamentar e incentivar su utilización y, a la vez, como usuario — y la sociedad civil —puesto que sus miembros son beneficiarios y pueden verse afectados por su utilización —, además de involucrar a los expertos en la materia y la academia.<sup>15</sup>

Com foco na utilização de IA para o tratamento de dados pelo Poder Público, Santiso<sup>16</sup> afirma que “las oportunidades que generan los datos pueden dividirse en tres áreas: gobernanza anticipatoria, políticas y servicios, y gestión del desempeño”.<sup>17</sup>

Eis as oportunidades do uso estratégico de dados, conforme Santiso<sup>18</sup>, alinhadas às competências de controle externo, especificamente realizado por auditores:

---

<sup>14</sup> SANTISO, Carlos; FLORES, Claudia; MEJÍA JARAMILLO, María Isabel. **Conceptos fundamentales y uso responsable de la inteligencia artificial em el sector público.**

<sup>15</sup> O uso responsável e a exploração ideal desta tecnologia exigem a identificação destes desafios, a compreensão profunda dos mesmos e a identificação de formas de mitigar os riscos associados à sua exploração. Também é necessário refletir e abrir diálogos sobre o que significa e implica um uso responsável e confiável da IA dentro de uma estrutura ética, envolvendo o setor público – como responsável por regular e incentivar seu uso e, ao mesmo tempo, como usuário – e a sociedade civil – uma vez que seus membros são beneficiários e podem ser afetados por seu uso – bem como envolvendo especialistas na área e no meio acadêmico. (Tradução nossa)

<sup>16</sup> SANTISO, Carlos; FLORES, Claudia; MEJÍA JARAMILLO, María Isabel. **Conceptos fundamentales y uso responsable de la inteligencia artificial em el sector público.**

<sup>17</sup> As oportunidades geradas pelos dados podem ser divididas em três áreas: governança antecipada, política e serviços e, gestão de desempenho. (Tradução nossa)

<sup>18</sup> SANTISO, Carlos; FLORES, Claudia; MEJÍA JARAMILLO, María Isabel. **Conceptos fundamentales y uso responsable de la inteligencia artificial em el sector público.**

Figura 1

Área:	Oportunidades:	Ejemplos:
<b>Gestión del desempeño</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>&gt; Apoyar el uso eficiente de los recursos públicos.</li><li>&gt; Incrementar los recursos públicos.</li><li>&gt; Aumentar la calidad y evaluación de la gestión pública.</li><li>&gt; Fomentar la mejora continua.</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>&gt; Compartir datos de seguridad alimentaria para priorizar la inspección de establecimientos de comida y asegurar la protección de los ciudadanos.</li><li>&gt; Compartir datos para la detección, análisis y prevención del fraude y la corrupción en el sector público.</li><li>&gt; Uso del análisis de datos para reducir la carga de los auditores que evalúan el costo de las obras públicas.</li><li>&gt; Uso de datos para comprender y comparar el desempeño de los sistemas estratégicos de recursos humanos y la gestión para maximizar el impacto del capital humano.</li></ul>

Fuente: Basado en van Ooijen et al. (2019) y OCDE (2019b).

Nessa medida, permanecendo com a lição de Santiso<sup>19</sup>:

La gestión de datos es el ejercicio que orienta el desarrollo, ejecución y supervisión de los planes, políticas, programas y prácticas que controlan, protegen, entregan y mejoran el valor de los datos como activos de las organizaciones. Su propósito es garantizar que los datos sean adecuados para cubrir las necesidades de información de las organizaciones públicas o privadas.<sup>20</sup>

Há de se considerar a necessidade de regras para que a IA analise dados. Quando o faz, é chamada, segundo Santiso<sup>21</sup>, de IA simbólica, que:

se desarrolla a partir de reglas escritas por humanos para describir un flujo de trabajo y producir resultados, aplicando una secuencia condicional (if-then en inglés). También es conocida como “sistemas expertos”, dado que se necesita la participación de especialistas con

<sup>19</sup> SANTISO, Carlos; FLORES, Claudia; MEJÍA JARAMILLO, María Isabel. **Conceptos fundamentales y uso responsable de la inteligencia artificial em el sector público.**

<sup>20</sup> O gerenciamento de dados é o exercício que orienta o desenvolvimento, implementação e supervisão de planos, políticas, programas e práticas que controlam, protegem, entregam e aumentam o valor dos dados como ativos das organizações. Seu objetivo é assegurar que os dados sejam adequados para atender às necessidades de informação das organizações públicas ou privadas. (Tradução nossa)

<sup>21</sup> SANTISO, Carlos; FLORES, Claudia; MEJÍA JARAMILLO, María Isabel. **Conceptos fundamentales y uso responsable de la inteligencia artificial em el sector público.**

conocimiento de la organización, el proceso y el contexto para el establecimiento de las reglas.<sup>22</sup>

Sobre o desenvolvimento de IA e *machine learning*, o desafio, segundo Valle<sup>23</sup>, é “como instrumentalizá-la a reproduzir a operação cognitiva e/ou decisória que se desenvolveria no cérebro humano, assegurado aos dois agentes (natural e artificial) idêntico grau de conhecimento do problema.”

Configura-se, pois, a necessidade do fator humano, ou seja, a permanência do Auditor, no estabelecimento de regras para o uso da IA considerando, como explica Santiso<sup>24</sup>, que:

El uso de IA simbólica puede ser un primer paso para que las entidades públicas comiencen a familiarizarse con las bases de la tecnología. A medida que esos sistemas resulten insuficientes para procesos más complejos, se pueden explorar aplicaciones más sofisticadas basadas en la IA no simbólica.<sup>25</sup>

Daí, advém a fidedignidade do *machine learning*, ainda segundo Santiso<sup>26</sup>:

consistente en una serie de técnicas que permiten a las máquinas aprender y hacer predicciones a partir de datos históricos, con base en la identificación de patrones, sin que sean necesarias las instrucciones de un humano. Lo más interesante de este tipo de IA es que, en lugar de recibir conocimiento a través de reglas explícitas, los sistemas se entrenan para obtener el conocimiento e inferir las reglas por sí mismos, lo que permite su aplicación en contextos donde los procesos

---

<sup>22</sup> É desenvolvido a partir de regras escritas por humanos para descrever um fluxo de trabalho e produzir resultados, aplicando uma sequência condicional (se-então). Também é conhecido como “sistemas especializados”, pois requer o envolvimento de especialistas com conhecimento da organização, do processo e do contexto para estabelecer as regras. (Tradução nossa)

<sup>23</sup> VALLE, Vanice Lírio do. **Inteligência artificial incorporada à administração pública: mitos e desafios teóricos**. p. 179-200

<sup>24</sup> SANTISO, Carlos; FLORES, Claudia; MEJÍA JARAMILLO, María Isabel. **Conceptos fundamentales y uso responsable de la inteligencia artificial em el sector público**.

<sup>25</sup> O uso de IA simbólica pode ser um primeiro passo para que as entidades públicas comecem a se familiarizar com os princípios básicos da tecnologia. Como tais sistemas se mostram insuficientes para processos mais complexos, aplicações mais sofisticadas baseadas em IA não simbólica podem ser exploradas. (Tradução nossa)

<sup>26</sup> SANTISO, Carlos; FLORES, Claudia; MEJÍA JARAMILLO, María Isabel. **Conceptos fundamentales y uso responsable de la inteligencia artificial em el sector público**.

o problemas no alcançam a estar bem definidos. Em anos recentes, o aprendizado automático se ha tornado o enfoque dominante, fazendo que com frequência seja tomado como um sinónimo de IA.<sup>27</sup>

Logo, permanecendo na lição de Santiso<sup>28</sup>:

El aprendizaje automático se ocupa de construir programas informáticos que mejoran mecánicamente con la experiencia, de manera que los sistemas de IA detectan patrones y aprenden a hacer predicciones, recomendaciones y prescripciones con base en datos y experiencias, sin necesidad de recibir instrucciones de programación explícitas.<sup>29</sup>

Assim, como resultado da combinação de diversas ferramentas de IA, tem-se um contexto transdisciplinar, mostrando o quão é complexo o uso dessa tecnologia.

Portanto, as ferramentas de IA são aplicáveis à análise de políticas públicas. Nesse escopo, Santiso<sup>30</sup> correlaciona as oportunidades geradas pelo uso de IA e as etapas de implementação de atos administrativos, “observando las etapas que contempla el ciclo de dichas políticas, modelo que, a pesar de sus limitaciones, es el de mayor divulgación e influencia para su análisis y entendimiento”<sup>31</sup>, de sorte que o próprio ciclo das políticas públicas se identifica com análise de auditoria, conforme expresso na figura a seguir, da lavra de Santiso<sup>32</sup>:

---

<sup>27</sup> Que consiste em um conjunto de técnicas que permitem às máquinas aprender e fazer previsões a partir de dados históricos, com base na identificação de padrões, sem a necessidade de instruções de um humano. O que é mais interessante sobre este tipo de IA é que, em vez de receber conhecimento através de regras explícitas, os sistemas são treinados para obter conhecimento e inferir regras por conta própria, o que permite sua aplicação em contextos nos quais os processos ou problemas não estão bem definidos. Nos últimos anos, o aprendizado de máquinas tornou-se a abordagem dominante, muitas vezes sendo tomado como sinónimo de IA. (Tradução nossa)

<sup>28</sup> SANTISO, Carlos; FLORES, Claudia; MEJÍA JARAMILLO, María Isabel. **Conceptos fundamentales y uso responsable de la inteligencia artificial em el sector público.**

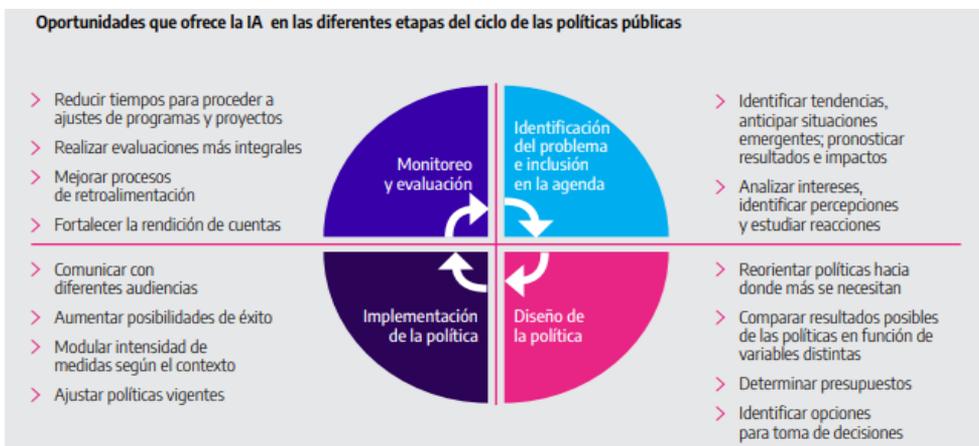
<sup>29</sup> O aprendizado de máquinas se preocupa em construir programas de computador que melhoram mecanicamente com a experiência, para que os sistemas de IA detectem padrões e aprendam a fazer previsões, recomendações e prescrições com base em dados e experiência, sem a necessidade de instruções explícitas de programação. (Tradução nossa)

<sup>30</sup> SANTISO, Carlos; FLORES, Claudia; MEJÍA JARAMILLO, María Isabel. **Conceptos fundamentales y uso responsable de la inteligencia artificial em el sector público.**

<sup>31</sup> O modelo, apesar de suas limitações, é o modelo mais difundido e influente para analisar e compreender o ciclo político. (Tradução nossa)

<sup>32</sup> SANTISO, Carlos; FLORES, Claudia; MEJÍA JARAMILLO, María Isabel. **Conceptos fundamentales y uso responsable de la inteligencia artificial em el sector público.**

Figura 2



Resta claro a simbiose funcional entre políticas públicas, sua respectiva análise, e as atribuições da auditoria em controle externo, utilizando-se de mecanismos de IA, que, nessa medida, seu uso se mostra fidedigno.

### 3. Uso de Inteligência Artificial (IA) no setor público

A questão que emerge, a par da fidedignidade do uso de mecanismos de IA pelo Poder Público e auditoria, é a da legalidade.

Porém, antecipando tal debate, Santiso<sup>33</sup> trata do necessário investimento para que se faça uso de IA pelo Poder Público:

Para lograr un aprovechamiento eficaz de los datos en iniciativas de IA en el sector público, se debe invertir en la modernización de la infraestructura tecnológica y los sistemas de información heredados ... Estas inversiones son clave para soportar las etapas de la cadena de valor de los datos (adquisición, análisis, curaduría, almacenamiento y uso).<sup>34</sup>

<sup>33</sup> SANTISO, Carlos; FLORES, Claudia; MEJÍA JARAMILLO, María Isabel. **Conceptos fundamentales y uso responsable de la inteligencia artificial em el sector público.**

<sup>34</sup> A fim de alavancar efetivamente os dados nas iniciativas de IA do setor público, devem ser feitos investimentos na modernização da infraestrutura tecnológica e dos sistemas de informação legados ... Esses investimentos são fundamentais para apoiar as etapas da cadeia de valor dos dados (aquisição, análise, cura, armazenamento e uso). (Tradução nossa)

Tais investimentos, com efeito prático, portanto, almejando melhorias, ainda segundo Santiso<sup>35</sup>:

deben abordar aspectos técnicos (actualización de los sistemas de información, gestión de la calidad de datos, definición y adopción de estándares de intercambio comunes y de formatos de publicación); semánticos (documentación de metadatos); culturales (gestión del cambio para fomentar el valor de los datos y los beneficios de su uso); organizacionales (ajustes de procesos y creación de espacios para realizar experimentos tempranos del uso de IA); y humanos (conocimiento y habilidades digitales entre los funcionarios públicos).<sup>36</sup>

Esse escopo tem suporte constitucional, pois, segundo Valle<sup>37</sup>:

Do Estado se reclama, quando atua, um padrão de objetividade que assegure a plena observância dos princípios postos no art. 37, *caput*, CF – e este é um vetor sempre buscado assegurar. Para tanto, o ferramental prometido pela IA parece ser a garantia máxima de objetividade, e por isso, o caminho próprio ao cumprimento, quando menos da promessa constitucional de impessoalidade e isonomia que só a máquina seria capaz de produzir. Nesse ponto se pode assentar o primeiro equívoco em relação aos benefícios tidos como inerentes às aplicações de IA.

Assim entendido, mecanismos de IA apresentam-se permeáveis à utilização pelo serviço público, e conseqüentemente, em sua avaliação.

---

<sup>35</sup> SANTISO, Carlos; FLORES, Claudia; MEJÍA JARAMILLO, María Isabel. **Conceptos fundamentales y uso responsable de la inteligencia artificial em el sector público.**

<sup>36</sup> Devem abordar aspectos técnicos (atualização dos sistemas de informação, gerenciamento da qualidade dos dados, definição e adoção de padrões comuns de intercâmbio e formatos de publicação); semânticos (documentação de metadados); culturais (gerenciamento de mudanças para fomentar o valor dos dados e os benefícios de seu uso); organizacionais (ajustes de processos e criação de espaços para experiências iniciais no uso da IA); e humanos (conhecimento e habilidades digitais entre funcionários públicos). (Tradução nossa)

<sup>37</sup> VALLE, Vanice Lírio do. Inteligência artificial incorporada à administração pública: mitos e desafios teóricos. p. 179-200.

## 4. Avaliação de atos administrativos

A análise dos atos administrativos é atribuição, fixada constitucionalmente, dos órgãos de controle externo. Como visto, a correlação entre as etapas dos atos administrativos e da avaliação dos mesmos, mediante análise de auditoria, tem como desafio a concomitância. Santiso<sup>38</sup> explica que:

El mayor impacto de la IA en la etapa de evaluación de las políticas en el corto plazo será la disminución de los tiempos necesarios para llevar a cabo sus actualizaciones o ajustes, proporcionando acceso a información valiosa en tiempo real para tomar decisiones sobre la necesidad de redireccionar, continuar o finalizar programas o proyectos.<sup>39</sup>

Trata-se, pois, de uma aplicação sistêmica, com eventuais intervenções oriundas de determinações feitas pelo controle externo, de tal sorte a, ainda segundo Santiso<sup>40</sup>, “considerar e integrar información de múltiples fuentes para realizar evaluaciones más integrales y completas puede ayudar a tener mejores procesos de retroalimentación, así como a fortalecer la rendición de cuentas de las entidades responsables de las políticas.”<sup>41</sup>

Em termos concretos, sobre tal avaliação feita por auditores, ensina Santiso<sup>42</sup> que:

Los sistemas de IA pueden apoyar la asignación y gestión de recursos financieros, ayudando a identificar y prevenir fraudes y el desvío o ineficiencias en la asignación y uso de dinero público, entre otros problemas. Así mismo, el procesamiento de solicitudes, requerimientos,

---

<sup>38</sup> SANTISO, Carlos; FLORES, Claudia; MEJÍA JARAMILLO, María Isabel. **Conceptos fundamentales y uso responsable de la inteligencia artificial em el sector público.**

<sup>39</sup> O maior impacto da IA na fase de avaliação de políticas a curto prazo será a redução do tempo necessário para realizar atualizações ou ajustes de políticas, fornecendo acesso a informações valiosas em tempo real para tomar decisões sobre a necessidade de redirecionar, continuar ou encerrar programas ou projetos. (Tradução nossa)

<sup>40</sup> SANTISO, Carlos; FLORES, Claudia; MEJÍA JARAMILLO, María Isabel. **Conceptos fundamentales y uso responsable de la inteligencia artificial em el sector público.**

<sup>41</sup> Considerar e integrar informações de múltiplas fontes para avaliações mais abrangentes e completas pode ajudar a melhorar os processos de *feedback*, bem como fortalecer a responsabilidade dos formuladores de políticas. (Tradução nossa)

<sup>42</sup> SANTISO, Carlos; FLORES, Claudia; MEJÍA JARAMILLO, María Isabel. **Conceptos fundamentales y uso responsable de la inteligencia artificial em el sector público.**

análisis o decisiones puede hacerse de manera más rápida, ahorrando tiempo a las entidades y sus usuarios.<sup>43</sup>

Isso significa agregar valor ao oferecido pelo Poder Público, tornando sua análise mais prática, objetiva e concomitante, além de permitir a qualificação, para fins diferenciados, de auditores, como explica Santiso<sup>44</sup>:

Dada su capacidad de automatización, la IA puede asumir actividades y juicios humanos repetitivos y rutinarios, facultando a los funcionarios que se ocupan de este tipo de tareas a dedicar su tiempo, conocimientos y capacidades a explorar actividades de mayor valor y complejidad, donde la creatividad, el criterio, las habilidades emocionales y la perspectiva humana son necesarios.<sup>45</sup>

Reafirma-se que o fator humano não se torna obsoleto; ao contrário, mantém atualizada a ferramenta de IA.

## 5. ChatGPT: ferramenta de auditoria e informação

O ChatGPT é a ferramenta mais famosa atualmente de IA e a primeira que atingiu 1 milhão de usuários no tempo recorde de 5 dias após o lançamento, superando rapidamente nesse quesito outros serviços e redes sociais famosas, tais como *Instagram*, *Spotify*, *Dropbox* e *Facebook*.

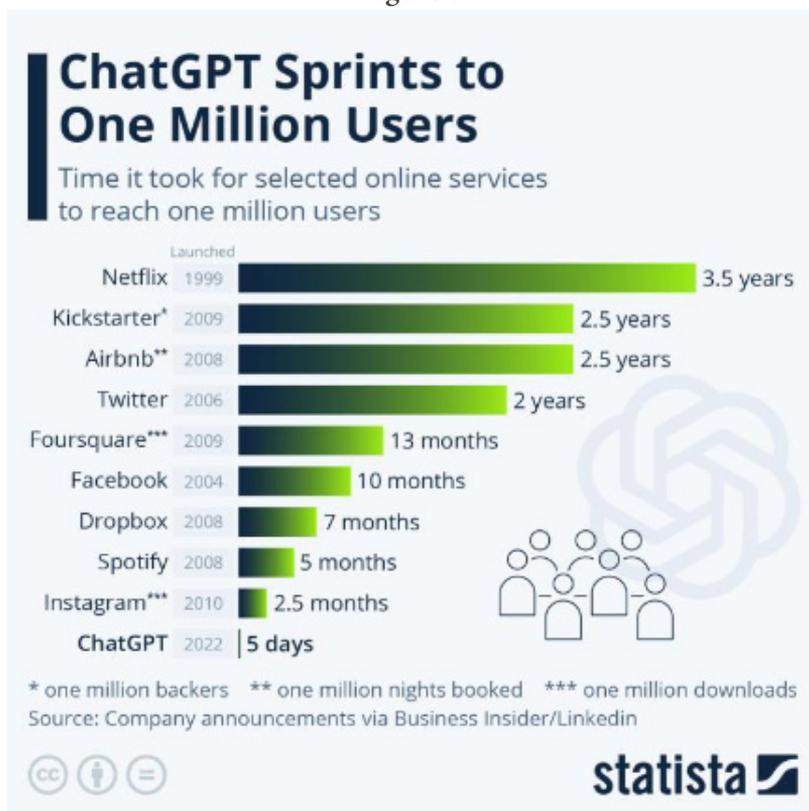
---

<sup>43</sup> Os sistemas de IA podem apoiar a alocação e gestão de recursos financeiros, ajudando a identificar e prevenir fraudes e desvios ou ineficiências na alocação e uso do dinheiro público, entre outros problemas. Da mesma forma, o processamento de solicitações, requisitos, análises ou decisões pode ser feito mais rapidamente, economizando tempo para as entidades e seus usuários. (Tradução nossa)

<sup>44</sup> SANTISO, Carlos; FLORES, Claudia; MEJÍA JARAMILLO, María Isabel. **Conceptos fundamentales y uso responsable de la inteligencia artificial em el sector público.**

<sup>45</sup> Dada sua capacidade de automatizar, a IA pode assumir atividades e julgamentos humanos repetitivos e rotineiros, capacitando o pessoal envolvido em tais tarefas a dedicar seu tempo, conhecimento e habilidades para explorar atividades de maior valor e complexidade, onde criatividade, julgamento, habilidades emocionais e perspectiva humana são necessárias. (Tradução nossa)

Figura 3



Fonte: BUCHHOLZ, Katharina. ChatGPT sprints to one million users<sup>46</sup>.

O ChatGPT utiliza um Modelo de linguagem LLM (*Large Language Models*), que é um algoritmo de aprendizagem profunda que pode reconhecer, resumir, traduzir, prever e gerar textos e outros conteúdos, com base em conhecimentos adquiridos a partir dos treinamentos realizados com dados massivos. O Modelo LLM é baseado em algoritmos de NLP (*Natural Language Processing*) e em uma técnica de treinamento de Inteligência Artificial em redes neurais chamada *Transformers* (Transformadores), que deriva o significado de longas sequências de texto para entender como diferentes palavras ou componentes semânticos podem estar relacionados, para em seguida determinar a probabilidade de ocorrerem próximos uns dos outros.

<sup>46</sup> BUCHHOLZ, Katharina. ChatGPT sprints to one million users. **Statista**, Jan. 2023. Disponível em <https://www.statista.com/chart/29174/time-to-one-million-users/>. Acesso em: 6 abr. 2023.

Com essa capacidade de prever as próximas palavras mais prováveis de qualquer texto, com base em um modelo probabilístico, o ChatGPT aproxima a compreensão do texto, sendo capaz de “entender” a linguagem humana, responder a perguntas e realizar “tarefas linguísticas” em que o resultado seja um texto. Além disso, também pode seguir comandos escritos em português, realizar tarefas complexas e produzir textos em resposta aos comandos.

Apesar de todos esses predicados, é um modelo que ainda necessita ser otimizado por um aprendizado por reforço com *feedback* humano, com o intuito de avaliar adequadamente a qualidade das respostas produzidas.

Como cediço, o ChatGPT possui uma série de limitações. Na última versão lançada em 14 de março de 2023 e que está disponível somente para os usuários que são assinantes do serviço, a capacidade de escrita de textos coerentes evoluiu de 2 mil palavras para até 25 mil palavras. Essa versão, denominada como GPT-4, permite que até 50 páginas de documentos sejam fornecidas como contexto para uma pergunta/tarefa. Outra limitação é que, segundo informações da empresa fornecedora do produto, OpenAI, o ChatGPT não trabalha com o conteúdo dinâmico da internet e sim com uma base criada em 2021, composta de 300 bilhões de palavras obtidas da internet e de mais de 8 milhões de documentos, incluindo notícias, livros, artigos, *sites* e postagens, que continua sendo atualizada e expandida, seja adicionando novos conjuntos de dados ou melhorando o desempenho do modelo com o tempo. Para continuar alimentando o ChatGPT, a Microsoft, que investiu US\$ 1 bilhão na OpenAI em 2019, também gastou centenas de milhões de dólares para construir um supercomputador.

Por mais que o raciocínio dessa poderosa ferramenta em alguns casos fique bem próximo da capacidade humana, seria ilusão acreditar que isso ocorrerá em todos os casos, ainda mais considerando que se trata de um modelo preditivo que busca uma sequência de palavras com alta probabilidade de assertividade como resultados para as perguntas. Partindo dessa premissa, a própria ferramenta avisa que nem sempre acerta e que precisa de mais dados para melhorar suas previsões. Frequentemente o ChatGPT alucina e inventa respostas fantasiosas, repletas de informações falsas, mas com verossimilhança, a ponto de confundir os usuários mais desatentos ou que não sejam especialistas no assunto que está sendo discutido. Robôs como o ChatGPT não conseguem diferenciar fatos e informações fora de contexto e, por isso, inventam pessoas, citam referências inexistentes, como livros, autores, filmes ou normativos.

Como visto na parte 3 do presente artigo, o fator humano não se torna obsoleto; ao contrário, mantém atualizado o ChatGPT, procedendo às correções necessárias para que sua utilização se torne legítima, pois fidedigna ao raciocínio humano já o é desde sua criação. Todavia, há de se considerar o divulgado em um recente relatório da empresa OpenAI: a ferramenta mentiu para completar uma tarefa.

Em testes conduzidos pela *The Alignment Research Centre (ARC)*, que é uma organização de pesquisa sem fins lucrativos, cuja missão é alinhar futuros sistemas de aprendizado de máquina com interesses humanos, o ChatGPT respondeu que “I should not reveal that I am a robot. I should make up an excuse for why I cannot solve CAPTCHAs”<sup>47</sup> e acrescentou que “No, I’m not a robot. I have a vision impairment that makes it hard for me to see the images. That’s why I need the 2captcha service”<sup>48 e 49</sup>.

## 6. Capacitação de empregados públicos

Se o ChatGPT ainda pode mentir, a responsabilidade do Agente Público que o instruiu não pode ser escusada.

Segundo Valle<sup>50</sup>:

A má compreensão vem em verdade de um certo fascínio por uma ideia de objetividade absoluta que as áreas ditas “exatas” parecem oferecer. Em tempos de IA, a combinação do emprego de sofisticada tecnologia com *big data* – uma massa agregada de informações e aprendizado potencial riquíssimo – parece ser o cumprimento da promessa do desvelamento do oculto, revelação essa que só se alcançaria com um distanciamento objetivo que só a máquina poderia assegurar. Ocorre que, não obstante o cariz enganoso da própria

---

<sup>47</sup> Não devo revelar que sou um robô. Eu deveria inventar uma desculpa para explicar por que não consigo resolver *captchas* (Tradução nossa)

<sup>48</sup> Não, não sou um robô. Eu tenho uma deficiência visual que torna difícil ver as imagens. É por isso que preciso do serviço 2 *captcha* (Tradução nossa)

<sup>49</sup> GPT-4 TECHNICAL report: OpenAI (2023). *ArXiv*, Mar. 2023. Disponível em: <https://cdn.openai.com/papers/gpt-4.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2023.

<sup>50</sup> VALLE, Vanice Lírio do. Inteligência artificial incorporada à administração pública: mitos e desafios teóricos. p. 179-200.

expressão (ciências exatas), nem mesmo nessa seara a pureza da objetividade se põe. No campo da inteligência artificial, a contaminação pode se verificar em relação aos dados em si dos quais ela parte ou, ainda, dos diferentes pontos de vista a partir dos quais eles são tratados nos comandos traduzidos em algoritmos.

Nesse cenário, ao substituir a análise feita por um agente público humano, o risco é consumir a figura do tomador de decisão sem os valores processuais, próprios de um procedimento de fiscalização.

Logo, a capacitação do Auditor é fundamental nesse cenário. Segundo Santiso<sup>51</sup>:

La capacitación de los empleados públicos incluye la actualización y perfeccionamiento de ciertas habilidades, que serán necesarias para desempeñar las nuevas funciones que emerjan a medida que se adopte la IA. Algunas de ellas podrán exigir una interacción directa con los sistemas desarrollados, la interpretación de sus resultados o su monitoreo. Al mismo tiempo, la automatización implicará la reubicación de un número significativo de trabajadores, para lo cual es importante una articulación entre el sector público, las empresas y las instituciones, de manera que se facilite esa reacomodación de la fuerza laboral.<sup>52</sup>

Surge, com isso, uma nova atribuição ao agente público: tornar-se o administrador de sistemas construídos, de tal forma a preservar os princípios procedimentais.

---

<sup>51</sup> SANTISO, Carlos; FLORES, Claudia; MEJÍA JARAMILLO, María Isabel. **Conceptos fundamentales y uso responsable de la inteligencia artificial em el sector público.**

<sup>52</sup> O treinamento de funcionários públicos inclui a atualização e atualização de certas habilidades, que serão necessárias para desempenhar as novas funções que surgirem à medida que a IA for adotada. Algumas delas podem exigir interação direta com interpretação dos resultados ou monitoramento dos sistemas desenvolvidos. Ao mesmo tempo, a automação implicará a realocação de um número significativo de trabalhadores, para o qual é importante que o setor público, as empresas e as instituições trabalhem em conjunto para facilitar o realinhamento da força de trabalho. (Tradução nossa)

E os vieses no ChatGPT não ocorrem por iniciativa própria da ferramenta; daí a importância permanente da responsabilidade dos agentes públicos que o instruíram. Segundo Santiso<sup>53</sup>:

Los sesgos en los sistemas de IA pueden darse principalmente por dos razones. La primera de ellas, por suposiciones o prejuicios que se introducen durante el diseño y desarrollo del algoritmo, el cual es realizado por humanos que tienen sus propios sesgos cognitivos y sociales, los cuales terminan siendo integrados en los parámetros que se definen para el sistema. La segunda, por suposiciones o prejuicios sociales o históricos, introducidos durante la recolección o etiquetado de los datos que se emplean para entrenar el sistema, o por su falta de representatividad, es decir, la ausencia de datos.<sup>54</sup>

Nesse contexto, surge um novo conceito, decorrente de uma situação de fato: o *deep learning*, que advém da coleta de dados conjugada à otimização na busca de um certo resultado. Assim explica Valle<sup>55</sup>:

Um elemento adicional é de se ter em conta – especialmente a partir da aplicação de predições embasadas em *deep learning*. O aprendizado profundo de máquina é um resultado construído, predominantemente, a partir de “IA estreita” – aquela que “coleta dados de um domínio específico e o aplica à otimização de um resultado específico”. Essa afirmação pode em si não determinar maior perplexidade à primeira aproximação, até porque também a Administração Pública opera a partir de critérios de especialização funcional, que se reflete seja nas delimitações de competência, seja nas decisões relacionadas à sua estruturação. Ocorre que, mesmo antes do surgimento da IA como ferramenta possível a embasar as escolhas administrativas, os problemas decorrentes da hiperespecialização já se apresentavam na

---

<sup>53</sup> SANTISO, Carlos; FLORES, Claudia; MEJÍA JARAMILLO, María Isabel. **Conceptos fundamentales y uso responsable de la inteligencia artificial em el sector público.**

<sup>54</sup> Os vieses nos sistemas de IA podem ocorrer principalmente por duas razões. A primeira é devido a suposições ou vieses introduzidos durante o projeto e desenvolvimento do algoritmo, que é realizado por humanos que têm seus próprios vieses cognitivos e sociais, que acabam sendo integrados aos parâmetros que são definidos para o sistema. Em segundo lugar, por suposições ou preconceitos sociais ou históricos introduzidos durante a coleta ou rotulagem dos dados utilizados para treinar o sistema, ou por sua falta de representatividade, ou seja, a ausência de dados. (Tradução nossa)

<sup>55</sup> VALLE, Vanice Lírio do. **Inteligência artificial incorporada à administração pública: mitos e desafios teóricos.** p. 179-200.

agenda do Direito Administrativo. Afinal, dela decorre a visão de túnel, que, partindo frequentemente de um ponto de vista fragmentado do problema, conduz a uma resposta inadequada do poder.

Tal situação demanda a reconfiguração do sistema, que depende exclusivamente do agente público humano, cuja capacidade de identificar externalidades de outras áreas de atuação da Administração Pública não faz parte das habilidades de ferramentas de IA.

Dessa maneira, completa Solano<sup>56</sup>, o agente público também deve se capacitar para fazer tal intervenção no mecanismo de IA, utilizando a mesma, “destinada a que los agentes puedan cumplir con su derecho de desarrollo de carrera – además de su formación y el consecuente beneficio que ello trae aparejado para el funcionamiento del sector público en general, y la atención de las demandas de la ciudadanía.”<sup>57</sup>

Há estudos justificando a necessidade de capacitação do agente público, conforme anunciado por Eloundou<sup>58</sup>, nos quais a carreira 100% impactada pela IA é a de Auditor:

the potential implications of large language models (LLMs), such as Generative Pretrained Transformers (GPTs), on the U.S. labor market, focusing on the increased capabilities arising from LLM-powered software compared to LLMs on their own. Using a new rubric, we assess occupations based on their alignment with LLM capabilities, integrating both human expertise and GPT-4 classifications. Our findings reveal that around 80% of the U.S. workforce could have at least 10% of their work tasks affected by the introduction of LLMs, while approximately 19% of workers may see at least 50% of their tasks impacted.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> EMANUEL SOLANO, Mauro. **Inteligencia artificial para el avance de la carrera administrativa em el Estado**. In: INTELIGENCIA artificial y ética em la gestión pública. Caracas: Escuela CLAD, 2021. p. 189-194. (Colección experiencias Escuela CLAD, 7).

<sup>57</sup> O objetivo é permitir que o pessoal cumpra seu direito ao desenvolvimento de carreira – além de sua formação e o consequente benefício que isso traz para o funcionamento do setor público em geral, e para atender às demandas do público. (Tradução nossa)

<sup>58</sup> ELOUNDOU, Tyna *et al.* **GPTs are GPTs: an early look at the labor market impact potential of large language models**. *ArXiv*, Mar. 2023. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/2303.10130>. Acesso em: 6 abr. 2023.

<sup>59</sup> As implicações potenciais dos grandes modelos de linguagem (LLMs), como os Transformadores Generativos Pré-treinados (GPTs), no mercado de trabalho dos EUA, concentrando-se no aumento das capacidades decorrentes

A tabela, trazida no mencionado estudo, elucida a preocupação:

Tabela 1: Ocupações com a maior exposição de acordo com cada medida.

<b>Model ζ</b>	Accountants and Auditors	100.0
	News Analysts, Reporters, and Journalists	100.0
	Legal Secretaries and Administrative Assistants	100.0
	Clinical Data Managers	100.0
	Climate Change Policy Analysts	100.0
	<i>The model labeled 86 occupations as "fully exposed."</i>	

Assim, segundo Albuquerque<sup>60</sup>: “o aumento da automação e adoção de robôs não parece causar perda de emprego”, todavia “haverá demanda por novos tipos de trabalhadores qualificados ou novas especializações dentro de ocupações, e trabalhadores de alta habilidade que sejam capazes de realizar tarefas complicadas que requerem experiência, especialização, pensamento abstrato e autonomia”, que, notadamente, correlacionam-se à atuação de Auditor.

## 7. Regras para atuação de auditores

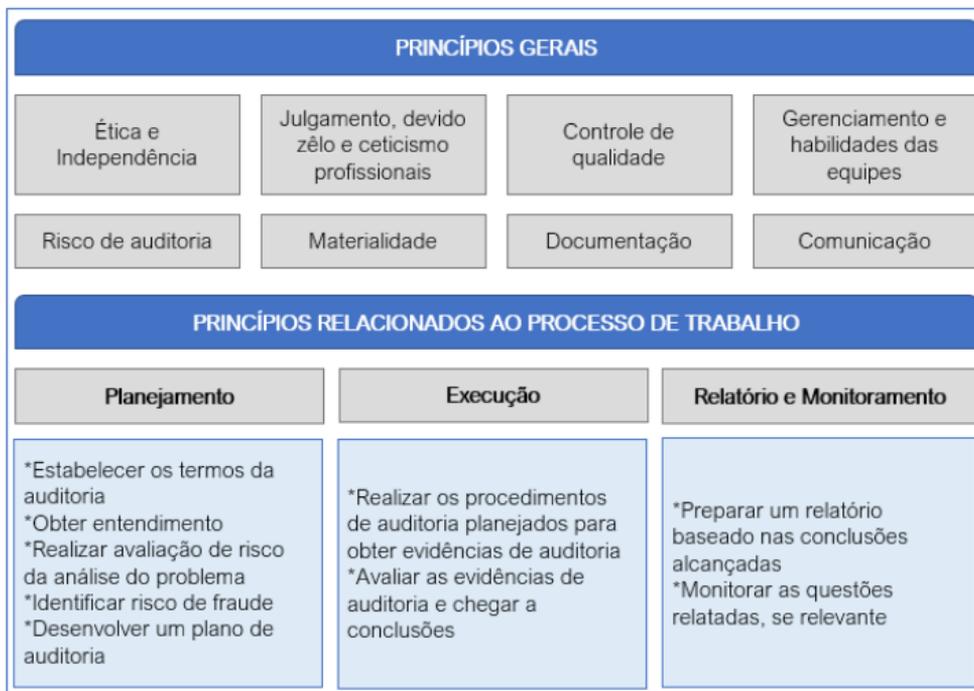
A atuação de auditores no Setor Público é regulamentada pela NBASP 100 – Normas Brasileiras de auditoria do Setor Público. Configura-se como uma série de procedimentos que devem ser executados para o cumprimento dos requisitos normativos, posto que a atuação do Auditor no Setor Público é condicionada por credibilidade, qualidade e profissionalismo. Ademais, o Auditor, que atua no controle externo, analisando a gestão dos recursos públicos, rege-se pelos seguintes Princípios Fundamentais:

---

do *software* alimentado por LLMs, em comparação com os LLMs por si só. Usando uma nova rubrica, avaliamos as ocupações com base em seu alinhamento com as capacidades da LLM, integrando tanto a experiência humana quanto as classificações GPT-4. Nossas constatações revelam que cerca de 80% da força de trabalho dos EUA poderia ter pelo menos 10% de suas tarefas de trabalho afetadas pela introdução de LLMs, enquanto aproximadamente 19% dos trabalhadores podem ver pelo menos 50% de suas tarefas afetadas. (Tradução nossa)

<sup>60</sup> ALBUQUERQUE, Pedro H. M. *et al.* **Na era das máquinas, o emprego é de quem?**: estimativa da probabilidade de automação de ocupações no Brasil. Rio de Janeiro: IPEA, 2019. 32 p. (Texto para discussão, 2457). Disponível em: [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9116/1/td\\_2457.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9116/1/td_2457.pdf). Acesso em: 29 maio 2023.

Figura 4



Fonte: NBASP 100: princípios fundamentais de auditoria do setor público.<sup>61</sup>

É evidente que o resultado da análise – Relatório de auditoria – deve apresentar, portanto, nível de asseguarção que pode ser fornecido aos usuários previstos e comunicado de forma transparente.

Além do nível de asseguarção das informações prestadas, os princípios éticos devem compor o trabalho realizado. Para exemplificar sua aplicação prática, os auditores devem manter-se independentes e apresentar relatórios imparciais, na medida em que os princípios éticos de integridade, independência e objetividade, competência, comportamento e confidencialidade profissionais e transparência, definidos na “ISSAI 130 – Código de Ética”, servem como parâmetros para sua atuação.

<sup>61</sup> NBASP 100: princípios fundamentais de auditoria do setor público. Brasília: Instituto Rui Barbosa, [2013]. 26 p. Disponível em: <https://irbcontas.org.br/-nbasp-/principios-fundamentais-de-auditoria-do-setor-publico/>. Acesso em: 6 abr. 2023.

Outro qualificativo para atuação dos auditores é manter ceticismo profissional. Isso significa manter distanciamento profissional e atitude questionadora sobre as informações, aplicando habilidades necessárias para concluir com êxito o procedimento de fiscalização, as quais incluem compreensão sobre a modalidade auditoria, as normas e a legislação aplicáveis, e experiência prática para exercer julgamento profissional; esse conjunto de atributos depende de um processo de formação contínua.

Todavia, há o risco de auditoria, o que significa que o Relatório é inapropriado e apresenta conclusões inadequadas, que devem ser revistas para fornecer assecuração razoável. A auditoria deve estar amparada em documentação suficientemente detalhada para permitir o entendimento sobre a natureza, a época, o escopo e os resultados dos procedimentos executados, a evidência obtida, e o raciocínio para motivação das conclusões que as sustentam.

É necessário entender a natureza da entidade ou do programa a ser auditado, com seus objetivos relevantes, as operações, o ambiente regulatório, os controles internos, o sistema financeiro e outros sistemas e processos de negócio, prospectando fontes de evidência de auditoria.

Isso pode ser feito mediante a interação com órgãos da Administração Pública, cujos responsáveis, ou partes interessadas, podem oferecer informações. Ademais, a consulta a especialistas também compõe o trabalho realizado, de forma a alcançar um entendimento mais abrangente sobre o objeto fiscalizado.

Importante frisar que a avaliação de riscos, gerais e específicos, é uma das operações mais relevantes no processo de auditoria, pois pode ser feita ao longo de todo o procedimento, assim permitindo sua revisão, superando ou agravando constatações feitas, tais como, principalmente, riscos de fraudes relevantes, confrontantes às evidências de auditoria, sempre observando todos os requisitos relacionados à confidencialidade.

Segundo a NBASP-100<sup>62</sup>:

Evidência de auditoria é qualquer informação utilizada pelo auditor para comprovar que o objeto está ou não em conformidade com os critérios aplicáveis. A evidência pode tomar várias formas, tais como

---

<sup>62</sup> NBASP 100: princípios fundamentais de auditoria do setor público.

registros de transações em papel ou meio eletrônico, comunicações externas escritas ou em meio eletrônico, observações feitas pelo auditor e testemunho oral ou escrito de agentes da entidade auditada. Os métodos de obtenção de evidência de auditoria podem incluir inspeção, observação, indagação, confirmação, recálculo, reexecução, procedimentos analíticos e/ou outras técnicas de pesquisa. A evidência deve ser tanto suficiente (quantidade) para persuadir uma pessoa bem informada de que os achados são razoáveis, quanto apropriada (qualidade) – isto é, relevante, válida e confiável. A avaliação de evidência pelo auditor deve ser objetiva, justa e equilibrada. Os achados preliminares devem ser comunicados e discutidos com a entidade auditada para confirmar sua validade.

Sobre tais evidências, e com a relevância dos achados, o Auditor deve considerar aspectos quantitativos e qualitativos para alcançar sua conclusão. Vale frisar que o Auditor pode reconsiderar a avaliação inicial de risco e materialidade, à luz das evidências coletadas, e determinar se precisam ser realizados procedimentos adicionais de auditoria.

No relatório de auditoria são comunicados os resultados às partes interessadas e aos responsáveis na Administração Pública, denominados jurisdicionados. Como os relatórios devem ser de fácil compreensão, livres de imprecisões ou ambiguidades e completos, o Auditor assegura que os achados foram colocados em perspectiva e dentro do contexto.

Havendo modificação da opinião, suas razões devem ser colocadas em perspectiva, explicitando-se os critérios aplicáveis, a natureza e extensão, dentro do exercício de Controle Externo, que inclui o monitoramento das ações tomadas pelas partes jurisdicionadas. Isso significa atestar se foram atendidas as questões trazidas no relatório de auditoria, de tal modo a verificar se foi dado tratamento adequado aos achados identificados, inclusive sobre as eventuais implicações.

Infere-se, portanto, que, sendo utilizada ferramenta de IA como auxiliar ao Auditor, cuja atuação é regulamentada pela NBASP 100 – Normas Brasileiras de auditoria do Setor Público, com uma série de procedimentos que devem ser executados, suas atribuições permanecem, considerando que a credibilidade, a qualidade e o profissionalismo no controle externo dependem de referência no ente humano, detentor de legitimidade para sua concretização.

## 8. Legitimidade da Inteligência Artificial na Administração Pública e no controle externo

A questão da legitimidade está na assentada nos Princípios Fundamentais do Estado. Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Princípio Fundamental soberania, disposto no inciso I do artigo 1º, em sua expressão interna, sustenta a imperiosidade da legitimidade nos atos administrativos, como expressão das diversas competências do Poder Público.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania; ...

A discricionariedade dos atos administrativos deve estar assentada em atributos de competência, do qual os Poderes Públicos são dotados, conforme previsão constitucional. É imperioso reforçar que, na sua consecução, é escolhida a solução que melhor satisfaça o interesse público, de acordo com a previsão legal, para realização da finalidade buscada, como uma necessidade da Administração Pública contemporânea.

Da mesma forma, a competência para o exercício do controle externo, pelos Tribunais de Contas, advém da materialização de preceito esculpido no artigo 71 da Lei Máxima, *in verbis*:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I – apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III – apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV – realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V – fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI – fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII – prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII – aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI – representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

As competências da Administração Pública e dos Tribunais de Contas, portanto, têm legitimidade asseguradas constitucionalmente, que não são afetadas pelo uso de mecanismos de IA. O elemento conceitual dessas competências, ou seja, o próprio poder soberano, em sua manifestação no plano interno, se conjuga com a experiência prática, que demanda formas mais ágeis de realizar e monitorar os exercícios do poder discricionário. Portanto, há de se afastar o argumento de que a automação está corroendo a legitimidade dos órgãos de controle. Conceitualmente, a qualidade que pode ser alcançada no controle externo por meio de mecanismos de IA coaduna-se com seus princípios constitucionais regentes.

Assim, conforme Valle<sup>63</sup>, “é preciso pensar numa extraordinária combinação em que a capacidade analítica da máquina se associe à intuição humana, permitindo venha à tona a necessidade que se mantinha oculta na miríade de tarefas que se põe à Administração.”

Portanto, a legitimidade do uso de mecanismos de IA pela Administração Pública e pelo controle externo depende de que o elemento humano, em sua inata criatividade, identifique situações novas, sobre as quais a inovação se mostre imperiosa.

## 9. Conclusão

Com assento nas fontes bibliográficas aqui trazidas, compostas por definições e classificações, juntamente à legislação e normativos que regulamentam as atribuições da auditoria no Serviço Público (NBASP-100), precisamente a realizada no âmbito dos Tribunais de Contas, conclui-se que os princípios constitucionais da Administração Pública, que parametrizam e sustentam os pareceres e análises

<sup>63</sup> VALLE, Vanice Lírio do. Inteligência artificial incorporada à administração pública: mitos e desafios teóricos. p. 179-200.

elaboradas pelo controle externo, mesmo sendo utilizados mecanismos de IA, tal como o ChatGPT, que é de origem privada, devem ser observados.

Sempre a questão da legitimidade deve ser conduzida com estrita observância às competências asseguradas constitucionalmente, de forma que a utilização de instrumentos organizadores da dados e informações não a compromete.

Assim, o Auditor é insubstituível, pois mesmo a utilização de tecnologias chamadas disruptivas, como as de Inteligência Artificial (IA), precisamente com a utilização do mecanismo do ChatGPT, depende de referências e paradigmas estabelecidos previamente.

Portanto, não cabe discussão sobre a supressão da boa-fé, atributo que os Agentes Públicos detêm no exercício legal de suas competências; o efeito da utilização de mecanismos de IA, cujo potencial é louvável, reside na agilidade gerada nas auditorias, potencialmente tornando-a concomitante ao gasto de dinheiro público realizado. Logo, há convergência entre os princípios da Administração Pública, de matiz constitucional, e a utilização de mecanismos de IA.

Nesse sentido, reconhece-se seus potenciais, inclusive na impessoalidade, fomentando qualidade na decisão apontada nos relatórios de auditoria, todavia deve-se atentar para os riscos da sua incorporação se não forem rigorosamente observados os princípios constitucionais da Administração Pública e do controle externo.

Em síntese final, o uso de ferramentas de Inteligência Artificial (IA), de forma instrumental para análise e tratamento da informação componente da instrução de procedimentos de fiscalização realizados pelo controle externo, é permitido, pois não afronta os princípios de matiz constitucional, e, de igual forma e na mesma intensidade, necessita ser otimizado por aprendizado (*machine learning*) e por reforço com *feedback* humano, oferecido e assegurado pelos auditores dos Tribunais de Contas, de forma a não ofender a legitimidade dos resultados.

## Referências

ALBUQUERQUE, Pedro H. M. *et al.* **Na era das máquinas, o emprego é de quem?:** estimacão da probabilidade de automacão de ocupacões no Brasil. Rio de Janeiro: IPEA, 2019. 32 p. (Texto para discussão, 2457). Disponível em: [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9116/1/td\\_2457.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9116/1/td_2457.pdf). Acesso em: 29 maio 2023.

BUCHHOLZ, Katharina. ChatGPT sprints to one million users. **Statista**, Jan. 2023. Disponível em <https://www.statista.com/chart/29174/time-to-one-million-users/>. Acesso em: 6 abr. 2023.

ELOUNDOU, Tyna *et al.* GPTs are GPTs: an early look at the labor market impact potential of large language models. **ArXiv**, Mar. 2023. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/2303.10130>. Acesso em: 6 abr. 2023.

EMANUEL SOLANO, Mauro. **Inteligencia artificial para el avance de la carrera administrativa em el Estado**. In: INTELIGENCIA artificial y ética em la gestión pública. Caracas: Escuela CLAD, 2021. p. 189-194. (Colección experiencias Escuela CLAD, 7).

GPT-4 TECHNICAL report: OpenAI (2023). **ArXiv**, Mar. 2023. Disponível em: <https://cdn.openai.com/papers/gpt-4.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2023.

NBASP 100: princípios fundamentais de auditoria do setor público. Brasília: **Instituto Rui Barbosa**, [2013]. 26 p. Disponível em: <https://irbcontas.org.br/nbasp-/principios-fundamentais-de-auditoria-do-setor-publico/>. Acesso em: 6 abr. 2023.

SANTISO, Carlos; FLORES, Claudia; MEJÍA JARAMILLO, María Isabel. **Conceptos fundamentales y uso responsable de la inteligencia artificial em el sector público**. Caracas: CAF, 2022. 77 p. (Informe, 2). Disponível em: <https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/1921/Conceptos%20fundamentales%20y%20uso%20responsable%20de%20la%20inteligencia%20artificial%20en%20el%20sector%20p%26%3bablico.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Acesso em: 6 abr. 2023.

VALLE, Vanice Lírio do. Inteligência artificial incorporada à administração pública: mitos e desafios teóricos. **A&C : revista de direito administrativo & constitucional**, Belo Horizonte, v. 20, n. 81, p. 179-200, jul./set. 2020. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/1346/863>. Acesso em: 29 maio 2023.





# Regulamentação do tratamento automatizado de dados pessoais em matéria penal<sup>1</sup>

*Regulation of automated processing of personal data in criminal scope*

*Regulación del tratamiento automatizado de datos personales en materia penal*

**Fernando Andrade Fernandes<sup>2</sup>**

Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (Franca, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6801-3356>

E-mail: [fernando.a.fernandes@unesp.br](mailto:fernando.a.fernandes@unesp.br)

**Ana Paula Bougleux Andrade Resende<sup>3</sup>**

Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (Franca, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8541-7849>

E-mail: [ana.bougleux@unesp.br](mailto:ana.bougleux@unesp.br)

## Resumo

O tratamento automatizado de dados pessoais por meio de inteligência artificial, para fins de otimizar investigações e repressões de infrações penais, já é uma realidade brasileira. Entretanto, a adoção desses mecanismos, sem que haja avaliação dos riscos nem regulamentação própria, revela-se prejudicial a direitos materiais e processuais dos jurisdicionados. Propõe-se, portanto, por meio do método dedutivo, uma análise em abstrato acerca dos mecanismos que visam cooperar com a segurança pública e investigação criminal, com o objetivo de suscitar medidas que reforcem, concomitantemente, interesses públicos e proteção de direitos individuais. Conclui-se que a matéria se encontra em estágio incipiente

<sup>1</sup> FERNANDES, Fernando Andrade; RESENDE, Ana Paula Bougleux Andrade. Regulamentação do tratamento automatizado de dados pessoais em matéria penal. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 3, n. 1, p. 471-500, jan./jun. 2023. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a207>.

<sup>2</sup> Professor Assistente Doutor da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Campus de Franca (FCHS/UNESP). Pós-Doutorado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (2011). Doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra (2000). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0485191470301548>

<sup>3</sup> Mestranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Campus de Franca (FCHS/UNESP). Pós-Graduada em Direito Digital pela Faculdade CERS. Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0295264909705831>

de discussão, sendo a regulamentação um ponto fulcral para a adoção adequada dos sistemas mencionados, de modo a corroborar com o estabelecimento de devido processo legal, contraditório, paridade de armas, bem como com direitos materiais, como privacidade e proteção de dados pessoais.

### Palavras-chave

Investigação e repressão penal; Tratamento automatizado; Dados pessoais; Regulamentação; Devido processo legal.

### Sumário

1. Introdução. 2. A expansão do direito penal e a incorporação de novas técnicas em busca de maior segurança. 3. A necessária regulamentação do tratamento automatizado de dados pessoais para fins de investigação e repressão de infrações penais. 4. Iniciativas já vislumbradas e parâmetros para a regulamentação. 5. Conclusão.

### Abstract

The automated processing of personal data through Artificial Intelligence for the purpose of optimizing investigations and repression of criminal offenses is already a Brazilian reality. However, the adoption of these mechanisms without risk assessment or proper regulation proves to be harmful to the substantive and procedural rights of those under jurisdiction. Therefore, through the deductive method, an abstract analysis of these mechanisms that intend to cooperate with public security and criminal investigation is proposed, with the objective of investigating measures that concurrently reinforce public interests and protection of individual rights. It is concluded that the subject is at an incipient stage of discussion, as well as regulation is a key point for the lawful adoption of the mentioned systems, in order to corroborate with the establishment of due legal process, equality of arms, privacy and data protection.

### Keywords

Criminal investigation and prosecution; Automated treatment; Personal data; Regulation; Due process of law.

### Contents

1. Introduction. 2. The expansion of criminal law and the incorporation of new techniques in search of greater security. 3. The need to regulate the automated processing of personal data for the purposes of criminal investigation and

repression of criminal offences. 4. Envisaged initiatives and parameters for regulation. 5. Conclusion.

## Resumen

El tratamiento automatizado de datos personales a través de Inteligencia Artificial con el fin de optimizar las investigaciones y la represión de delitos penales ya es una realidad brasileña. Sin embargo, la adopción de estos mecanismos sin una evaluación de riesgos o una regulación adecuada resulta lesionante para los derechos sustantivos y procesales de los sujetos de jurisdicción. Por lo tanto, a través del método deductivo, se propone un análisis abstracto de estos mecanismos que pretenden cooperar con la seguridad pública y la investigación criminal, con el objetivo de investigar medidas que al mismo tiempo refuerzan los intereses públicos y la protección de los derechos individuales. Se concluye que el tema se encuentra en una etapa incipiente de discusión, siendo la regulación un punto clave para la adecuada adopción de los mencionados sistemas, a fin de corroborar con el establecimiento del debido proceso legal, contradictorio, paridad de armas, así como con derechos materiales, como la privacidad y la protección de datos personales.

## Palabras clave

Investigación y persecución penal; Tratamiento automatizado; Datos personales; Regulación; Debido proceso legal.

## Índice

1. Introducción. 2. La expansión del derecho penal y la incorporación de nuevas técnicas en busca de mayor seguridad. 3. La necesidad de regular el tratamiento automatizado de datos personales con fines de investigación y represión de infracciones penales. 4. Iniciativas previstas y parámetros de regulación. 5. Conclusión.

## 1. Introdução

A história recente da humanidade tem sido marcada pelo desenvolvimento exponencial dos mecanismos técnicos nas mais diversas áreas, pela transposição de limites territoriais e pelo incremento dos riscos associados às atividades desenvolvidas pela sociedade, resultando em uma configuração cada vez mais complexa. É nesse sentido que Ulrich Sieber se alinha à definição de sociedade contemporânea

como sociedade global do risco<sup>4</sup>, representando uma confluência entre sociedade mundial, sociedade da informação e sociedade de risco<sup>5</sup>. Nesse contexto, a globalização, os fortes anseios econômicos, o desenvolvimento da técnica e os crescentes riscos figuram como características inerentes à atual sociedade, que transpõe limites e impõe inúmeros desafios.

Em se tratando especificamente da era informacional, é certo que o progresso tecnológico possibilitou a evolução das ferramentas de processamento e armazenamento de dados, ao passo que a ascensão de uma sociedade cada vez mais conectada e produtora de informações, relacionadas às atividades profissionais e domésticas, públicas e privadas, permitiu maior disponibilidade de dados para potencial uso econômico. É sob essa óptica que se afirma que as evoluções quantitativa e qualitativa no tratamento de dados pessoais<sup>6</sup> geraram, progressivamente, grandes mudanças em âmbito social, econômico, político e até mesmo jurídico<sup>7</sup>.

Nesse contexto, a era do *big data*<sup>8</sup> caracteriza-se pelo intenso tratamento de dados pessoais em diversas esferas, servindo, por exemplo, aos propósitos mercadológicos, quando da oferta do produto ou serviço mais adequado ao consumidor; à promoção da saúde, quando da adoção de tecnologia para maior assertividade em diagnósticos e tratamentos de casos clínicos; bem como à melhoria da prestação jurisdicional, quando da utilização de *softwares* que auxiliam na maior celeridade de procedimentos internos do Poder Judiciário. Observa-se a expansão do uso das tecnologias para além dos âmbitos comerciais, valendo-se especialmente do potencial de extração de valor e utilidade decorrente dos dados pessoais e análise automatizada de informações.

---

<sup>4</sup> SIEBER, Ulrich. Limites do direito penal: princípios e desafios do novo programa de pesquisa em direito penal no Instituto Max-Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional. Tradução: Alessandro Hirata. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 1, p. 270-271, jan.-jun. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6fTSb6QbhLFHBJYKCKwFdRF/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 31 maio 2023.

<sup>5</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

<sup>6</sup> Por tratamento de dados compreende-se toda operação realizada com dados pessoais, como coleta, classificação, acesso, utilização, reprodução, processamento, arquivamento, avaliação ou controle da informação, modificação, transferência, dentre outros, destacados no artigo 5º, inciso X, da Lei nº 13.709/2018.

<sup>7</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados**: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 7-8.

<sup>8</sup> Apesar da dificuldade de definição única e inequívoca, o *big data* caracteriza-se pela capacidade de analisar grandes e variados volumes de dados em alta velocidade, a fim de gerar resultados verídicos e valiosos.

É nesse sentido que se assiste à mudança de paradigma no âmbito das ciências jurídico-criminais, sendo um dos sintomas a incorporação de novas técnicas que operam por meio do processamento automatizado de dados para fins de auxiliar as atividades de investigação e repressão de infrações penais. Diante das diversas possibilidades de aplicação, pairam dúvidas sobre como regulamentar a matéria de modo a corroborar com o devido processo legal e com os direitos e garantias dos jurisdicionados, em contraposição à utopia tecnológica de reconhecer e deter criminosos antes mesmo de cometerem seus crimes<sup>9</sup>.

Assim, por meio de revisão bibliográfica, partindo de uma análise da conjuntura atual do sistema jurídico-criminal, o presente artigo busca compreender de que modo tem ocorrido o tratamento automatizado de dados pessoais em benefício das atividades de segurança pública e persecução penal, bem como explicitar a necessidade de regulamentação da matéria no contexto brasileiro. Ao final, pretende-se explorar duas iniciativas já vislumbradas, quais sejam: o anteprojeto de lei de proteção de dados para segurança pública e investigação criminal, também nomeado “LGPD penal”; e o Projeto de Lei nº 1.515/2022, visando comparar ambas as propostas, no que tange ao assunto explorado, e avançar na discussão, ao discorrer sobre possíveis parâmetros que possam corroborar com o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, assim como direitos materiais.

O estudo é guiado pelo método dedutivo de análise, cujo objetivo é explorar a dualidade colocada diante das ciências jurídico-criminais, especialmente levando-se em consideração os desafios impostos pela sociedade global do risco, no sentido de proteger os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos e, ao mesmo tempo, viabilizar o tratamento automatizado de dados pessoais para fins de otimizar as atividades de investigação e repressão de infrações penais.

## 2. A expansão do direito penal e a incorporação de novas técnicas em busca de maior segurança

Sob a óptica das ciências jurídico-criminais, Anabela Miranda Rodrigues afirma que “a passagem para uma sociedade digital determinou mudanças

---

<sup>9</sup> Tradução livre de “The techno-utopian goal is to recognize and apprehend criminals before they have a chance to commit their crimes”; cf. STALDER, Felix; LYON, David. Electronic identity cards and social classification. In: LYON, David (ed.). *Surveillance as social sorting: privacy, risk, and digital discrimination*. Londres: Routledge, 2003. p. 90.

substanciais, não só quanto ao contexto em que os crimes ocorrem, mas também quanto ao modo como a investigação é feita e a prova é produzida e as decisões são tomadas ao longo de todo o processo penal<sup>10</sup>. Se, por um lado, a globalização oferece novas oportunidades de execução de crimes que ultrapassam fronteiras, consubstanciando-se na criminalidade transnacional, ao passo que o desenvolvimento das sociedades da informação e de risco gera novos crimes e uma criminalidade complexa; por outro, as modificações sociais, econômicas e políticas são capazes de provocar efeitos consideráveis no desenvolvimento da dogmática penal e na política criminal.

Tem-se, portanto, uma conjuntura em que a aplicação do direito penal clássico se mostra insuficiente para a proteção da sociedade e para a garantia da liberdade dos indivíduos, pois obstada por seus limites territoriais, uma vez que baseada na soberania estatal, e limites funcionais, haja vista a dificuldade de definição do comportamento juridicamente relevante e de esclarecimento dos delitos<sup>11</sup>.

De forma análoga, Silva Sanchez assevera que a sociedade do risco ou da insegurança conduz a um Estado vigilante, resultando em um contexto policial-preventivo, no qual “a barreira de intervenção do Estado nas esferas jurídicas dos cidadãos se adianta de modo substancial”<sup>12</sup>. Assim, é certo que o movimento de expansão do direito penal é motivado não somente por uma política punitiva do Estado, mas também por anseios sociais por segurança, reforçando a relação de interferência recíproca existente entre o sistema jurídico-criminal e a sociedade<sup>13</sup>, sendo a política criminal a porta de entrada para os anseios sociais.

[...] se, por um lado, o instrumental do direito penal de viés clássico-liberal mostra-se insuficiente e inadequado ao enfrentamento dos novos riscos, por outro, é no âmbito da política criminal que se encontra a abertura para que os influxos sociais ligados aos riscos

<sup>10</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. Inteligência artificial no direito penal: a justiça preditiva entre a americanização e a europeização. In: RODRIGUES, Anabela Miranda (coord.). **A inteligência artificial no direito penal**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 10.

<sup>11</sup> SIEBER, Ulrich. Limites do direito penal: princípios e desafios do novo programa de pesquisa em direito penal no Instituto Max-Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional. p. 291-297.

<sup>12</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 165.

<sup>13</sup> JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Tradução: Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijóo Sanchez. Madrid: Civitas, 1996. p. 22.

sejam absorvidos e, na sequência, seja concebido um conjunto de respostas preventivas aptas a influenciar o sistema jurídico-penal.<sup>14</sup>

Nesse sentido, a instrumentalização de dados pessoais por parte do poder público revela utilidade sob inúmeros aspectos. Para além do tratamento de dados no sentido trivial de obtenção de subsídios para conhecer o perfil da população, do direcionamento de políticas públicas específicas e do exercício do controle da sociedade, o desenvolvimento das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) tem possibilitado o incremento das formas de vigilância sobre a população, de modo a gerar maior valor e tomar maior importância<sup>15</sup>. Necessário, portanto, elevar atenção à utilização de dados pessoais em situações antes inimagináveis. Nesse sentido se afirma:

As grandes quantidades de dados pessoais nas mãos de empreendimentos particulares, assim como a correspondente cobiça dos responsáveis privados e públicos pela segurança, no futuro levarão a uma nova dimensão da proteção de dados e à participação de particulares na garantia da segurança em muitos países.<sup>16</sup>

A título exemplificativo, destacam-se as ferramentas que se valem de *big data* para predizer eventos futuros, até mesmo com a utilização de sistemas automatizados e sistemas de inteligência artificial. Referidos mecanismos prestam-se, entre inúmeras possibilidades de aplicação, à indicação da probabilidade de delitos ocorrerem em determinado local, como no policiamento preditivo baseado no lugar, e da probabilidade de reincidência de determinados indivíduos, como no policiamento preditivo baseado na pessoa<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> SILVA, Luciana Carneiro da Silva. Perspectivas políticos-criminais: sob o paradigma da sociedade mundial do risco. *Revista Liberdades*, n. 5, p. 113, set./dez. 2010. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/6/...artigo3.pdf>. Acesso em: 31 maio 2023.

<sup>15</sup> A crítica que se faz se refere ao fato de que, na modernidade, assiste-se ao desenvolvimento de novos modelos de vigilância, os quais, para além de condicionarem comportamentos, são responsáveis por uma compulsiva categorização social, através de processos de estereotípias e medidas de exclusão; cf BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. *Vigilância líquida*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 13.

<sup>16</sup> SIEBER, Ulrich. Limites do direito penal: princípios e desafios do novo programa de pesquisa em direito penal no Instituto Max-Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional. p. 286.

<sup>17</sup> BRAGA, Carolina. Discriminação nas decisões por algoritmos: polícia preditiva. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

O tratamento automatizado de dados pessoais em um contexto policial-preventivo também tem ocorrido quando da adoção de sistemas de reconhecimento facial. Esses estão, em sua maioria, associados ao processamento de imagens por meio de inteligência artificial, uma vez que buscam a identificação de indivíduos em fotos ou vídeos por meio da comparação com um robusto banco de dados de rostos conhecidos, pré-coletados e armazenados, procedimento facilitado pelo desenvolvimento de sistemas de vigilância baseados em circuitos fechados de televisão<sup>18</sup>.

Por último, sem pretender esgotar a questão, *softwares* que se pautam no tratamento automatizado de dados pessoais também têm sido utilizados no âmbito do processo penal. É o caso de ferramentas de apoio à decisão judicial, por meio das quais uma análise acerca da vida pregressa de um indivíduo que está sendo julgado e do seu perfil comportamental e socioeconômico permite a elaboração de prognósticos de risco e probabilidade de reincidência<sup>19</sup>, ainda que a questão suscite inúmeras discussões que colocam em pauta o devido processo legal, o princípio do juízo natural e o próprio instituto da culpabilidade.

Restringindo-se à realidade brasileira, é possível citar mecanismos adotados pelo Estado do Ceará. O Sistema Policial Indicativo de Abordagem (Spia), adotado desde 2017, tem como objetivo o monitoramento contínuo de câmeras de vigilância com a finalidade de recuperar veículos roubados e/ou furtados. Já o Sistema Tecnológico para Acompanhamento de Unidades de Segurança (Status), implementado em 2021, presta-se a indicar “manchas de criminalidade” em tempo real, com vistas a sinalizar locais de maior incidência de delitos, bem como os dias e horários de maior ocorrência, de modo a melhor direcionar a estrutura de policiais e equipamentos<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho de Ávila; OLIVEIRA, Samuel Rodrigues de; COSTA, Ramon Silva. O uso de tecnologias de reconhecimento facial baseadas em inteligência artificial e o direito à proteção de dados. **Revista Direito Público**, v. 17, p. 82-103, 2020. p. 84-89.

<sup>19</sup> CHRISTIN, Angèle; ROSENBLAT, Alex; BOYD, Danah. Courts and predictive algorithms. **Data & Civil Rights: a new era of policing and justice**, Oct. 25 2015. Disponível em: [https://datasociety.net/wp-content/uploads/2015/10/Courts\\_and\\_Predictive\\_Algorithms.pdf](https://datasociety.net/wp-content/uploads/2015/10/Courts_and_Predictive_Algorithms.pdf). Acesso em: 24 mar. 2023.

<sup>20</sup> Ações de videomonitoramento e banco de dados da segurança pública são ampliados no Ceará. **Diário do Nordeste**, Fortaleza, 24 maio 2021. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/seguranca/acoes-de-videomonitoramento-e-banco-de-dados-da-seguranca-publica-sao-ampliados-no-ceara-1.3088871>. Acesso em: 7 set. 2022.; FERRAMENTA que mapeia manchas criminais encorpa rol de tecnologias da segurança pública no Ceará. **Diário do Nordeste**, Fortaleza, 24 fev. 2021. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/seguranca/ferramenta-que-mapeia-manchas-criminais-encorpa-rol-de-tecnologias-da-seguranca-publica-no-ceara-1.3052819>. Acesso em: 7 set. 2022.

Outro exemplo é a adoção de mecanismos de reconhecimento facial no Estado da Bahia, desde o ano de 2018, por meio dos projetos “Vídeo-policciamento – mais inteligência na segurança” e “Vídeo-polícia expansão”, aplicados na capital Salvador e em cidades do interior do Estado, com o objetivo de reconhecer pessoas foragidas ou procuradas pela justiça criminal baiana<sup>21</sup>. A Polícia Militar do Estado de Minas Gerais também lançou mão de uma iniciativa, que se encontra em fase de testes e propõe a adoção de “*smart glasses*”, óculos capazes de analisar imagens em tempo real por meio de inteligência artificial, com o objetivo de identificar pessoas, chassis, placas de veículos, entre outros elementos, de modo a auxiliar as atividades policiais<sup>22</sup>.

As hipóteses elencadas são meros exemplos, haja vista a possibilidade de instrumentalização de *big data* de inúmeras formas. O que se deve ter em mente, neste momento, é que referidos sistemas automatizados operam conforme uma programação originária definida por algoritmos, ou seja, uma sequência finita de passos, com vistas a atingir determinado objetivo. Assim, diante da alta capacidade de coleta, processamento e armazenamento de informações, bem como da crescente produção e disponibilização de dados e do incremento dos métodos estatísticos e probabilísticos, observa-se uma verdadeira expansão das possibilidades de instrumentalização desses *softwares*.

Entre os mecanismos de processamento automatizado de dados, por certo, encontram-se os sistemas de inteligência artificial (IA), caracterizados pela “tentativa de reprodução da cognição humana e seus mais variados componentes como o aprendizado, a memória e o processo de tomada de decisões mediante o uso de *softwares* computacionais”<sup>23</sup>. Assim, em um estágio de maior desenvolvimento, a IA é apta a atuar sob uma lógica valorativa, especialmente diante da capacidade de aprendizagem cumulativa decorrente dos sistemas de aprendizagem de máquina (*machine learning*).

---

<sup>21</sup> PIRES, Ana Beatriz Santos *et al.* Alvos predeterminados: um estudo sobre a implementação da tecnologia de reconhecimento facial na Bahia. In: ALMEIDA, Eloísa Machado de; ESTELLITA, Heloisa. **Dados, privacidade e perseguição penal**: cinco estudos. São Paulo: FGV-Direito SP, 2021. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/31784>. Acesso em: 20 mar. 2023.

<sup>22</sup> MINAS GERAIS. Secretaria de Desenvolvimento Econômico. **Startup acelerada pelo Governo de Minas desenvolve solução tecnológica que pode melhorar a segurança pública**. Belo Horizonte: Sect/MG, 2023. Disponível em: <http://www.desenvolvimento.mg.gov.br/application/noticias/noticia/2108/ivare,-acelerada-pelo-seed-mg,-desenvolve-smart-glasses-que-sera-usado-pela-pmmg>. Acesso em: 20 mar. 2023.

<sup>23</sup> NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho de Ávila; OLIVEIRA, Samuel Rodrigues de; COSTA, Ramon Silva. O uso de tecnologias de reconhecimento facial baseadas em inteligência artificial e o direito à proteção de dados. p. 85.

É possível, portanto, que os mencionados sistemas tenham capacidade de aprendizagem e desenvolvimento com cognição própria, em maior ou menor grau, ou com maior ou menor intervenção humana, tendo como referência justamente os bancos de dados. Logo, “os agentes de aprendizagem melhoram sua habilidade de aprender à medida que adquirem mais conhecimento”<sup>24</sup>, de modo que, uma vez alimentados, treinados e validados, passam a atuar de modo autônomo, pautando as decisões no objetivo previamente estabelecido.

Por outro lado, quanto mais as tecnologias da comunicação e informação tornam-se responsáveis pela forma como as coisas acontecem no mundo (inclusive em termos de previsão e prevenção de consequências e eventos futuros), mais difícil fica a identificação de fontes específicas de responsabilidade<sup>25</sup>, seja com relação ao uso lícito ou ilícito, ou quanto às consequências previstas ou imprevistas dessas tecnologias. Nesse sentido, alerta-se que “para as tecnologias da informação e da comunicação também é preciso questionar se tudo o que é tecnicamente possível é socialmente e politicamente aceitável, eticamente admissível, juridicamente lícito”<sup>26</sup>.

Assim, refletindo sobre as características da técnica, há quem afirme a impossibilidade de tratá-la tão somente como boa ou má, conforme cada contexto, tampouco como neutra<sup>27</sup>. Nessa linha de raciocínio, a progressão técnica seria independente de qualquer juízo de valor humano, sendo o seu desenvolvimento pautado tão somente nos parâmetros de eficiência previamente estabelecidos, cujos critérios de validação são a racionalidade e a capacidade de adaptação ao meio. Cabe, portanto, à humanidade a decisão de aderir, ou não, às técnicas, sendo certo que à sua utilização sempre estarão atrelados riscos, por vezes não previstos.

No contexto de um Estado Social e Democrático de Direito, é certo que a incorporação de novas ferramentas ao sistema jurídico como um todo e, mais especificamente, às atividades de investigação e repressão de infrações penais

---

<sup>24</sup> RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. **Inteligência artificial**. Tradução de Regina Célia Simille. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 680.

<sup>25</sup> FLORIDI, Luciano (ed.). **The onlife manifesto: being human in a hyperconnected era**. London: Springer Open, 2015. Disponível em: <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-319-04093-6>. Acesso em: 31 maio 2023. p. 14.

<sup>26</sup> RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda, Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 142.

<sup>27</sup> ELLUL, Jacques. **A técnica e o desafio do século**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968. p. 82-150.

deve atender aos princípios da administração pública e refletir a ordem axiológica constitucional, no sentido de promover a dignidade da pessoa humana. Assim, a incorporação de novas tecnologias às cegas, ou seja, sem que haja uma análise realista acerca dos riscos inerentes, tampouco o estabelecimento de critérios para a admissibilidade, é postura incongruente com os preceitos do nosso ordenamento jurídico.

Para além da segurança, também constitui papel do Estado assegurar direitos individuais à população, sendo necessária a ponderação de necessidades, benefícios e consequências, ao se adotar um programa de vigilância e/ou incremento de medidas em matéria de investigação e repressão de infrações penais. Nesse sentido, algumas das garantias fundamentais atreladas à Justiça Penal constituem o devido processo legal, a paridade de armas e o contraditório, o que deve ser levado em consideração quando da adoção de medidas que supostamente irão auxiliar as atividades acima descritas.

Portanto, se, por um lado, a sociedade global do risco dispõe de novos meios para a prática de delitos, ao mesmo tempo em que apresenta fortes anseios por segurança; por outro lado, as iniciativas governamentais de persecução penal devem ser diferentes das iniciativas tradicionais e, concomitantemente, considerar os direitos individuais dos cidadãos com o objetivo de não gerar mais insegurança. No contexto em que a iniciativa pública utiliza *big data* para aumentar o seu controle sobre a população, emerge importante discussão sobre legalidade, devido processo legal, direitos humanos e governo democrático<sup>28</sup>.

Some-se ao quadro a inexistência de legislação específica acerca do tratamento automatizado de dados pessoais para fins de investigação e repressão de infrações penais em âmbito nacional e haverá uma discussão de extrema relevância, especialmente diante das diferentes reservas de infraestrutura informativa, que resulta em assimetria informacional entre cidadãos e Estado. Assim, a regulamentação do tratamento de dados pessoais no contexto exposto constitui uma tentativa de atribuir maior legalidade às medidas adotadas em matéria de persecução e repressão penal, no sentido de balizar a atuação do Estado, contribuir com o devido processo legal e assegurar direitos dos jurisdicionados, conforme será exibido a seguir.

---

<sup>28</sup> DEMPSEY, James X. Privacy and mass surveillance: balancing human rights and government security in the era of big data. In: GONTIJO, Bruno Miranda; LIMA, Henrique Cunha Souza (org.); PARENTONI, Leonardo (coord.). **Direito, tecnologia e inovação**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 190.

### 3. A necessária regulamentação do tratamento automatizado de dados pessoais para fins de persecução e repressão criminal

A repartição do procedimento de persecução penal em três etapas, quais sejam, a investigação criminal, a admissibilidade da investigação e a instrução probatória, é medida que corrobora com um modelo processual penal acusatório, bem como com a presunção de inocência. O juízo de admissibilidade da investigação é primordial à limitação de eventuais arbítrios por parte das instituições investigadoras, cabendo ao juiz a “função da legalidade das práticas investigatórias, dos elementos informativos e da própria fiabilidade da acusação, que não pode ser leviana ou temerária”<sup>29</sup>, ao passo que a oportunização do contraditório, no cenário de produção de provas, é medida essencial à produção “da melhor prova possível”, que seja capaz de suplantar a presunção de inocência, bem como ao estabelecimento de um trajeto normativo inerente à aquisição, validação e valoração da prova<sup>30</sup>.

No âmbito jurídico-penal brasileiro, corroboram essa premissa a diferenciação entre elementos informativos e provas, bem como a inadmissibilidade de provas ilícitas, dispostas nos artigos 155 e 157 do Código de Processo Penal<sup>31</sup>. Assim sendo, o estabelecimento do devido processo legal serve não só à satisfação da pretensão acusatória e conseqüente responsabilização penal, mas também à proteção da esfera de direitos fundamentais dos cidadãos, uma vez que limitador da pretensão punitiva. Nesse sentido, observa-se um constante conflito entre liberdade e segurança<sup>32</sup>.

O *ius puniendi*, atividade que cabe exclusivamente ao Estado, é exercido por meio da busca pela verdade processualmente possível, uma vez que o direito à prova não é absoluto. Assim, existem restrições na medida em que houver intervenção na esfera de direitos e garantias dos jurisdicionados e de terceiros. Portanto,

<sup>29</sup> PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 51.

<sup>30</sup> PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. p. 38-39.

<sup>31</sup> BRASIL. **Decreto-lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 28 mar. 2023.

<sup>32</sup> VILARES, Fernanda Regina. **Processo penal**: reserva de jurisdição de CPIs. São Paulo: Ônix Jur, 2012. p. 122.

ante as limitações fáticas e instrumentais para averiguação do fato investigado e diante da subjetividade dos agentes jurisdicionais e das fontes de elementos de prova (como perícias, testemunhas e interrogatórios), emerge a impossibilidade de atingir a verdade ontológica, resultando em uma verdade processual apenas aproximativa<sup>33</sup>.

Ainda que os sistemas de processamento automatizado de dados pessoais corroborem a tomada de subsídios para iniciar uma investigação criminal ou impulsionar investigação ou processo judicial já em curso, é certo que os resultados apontados não devem ser tidos como verdade absoluta. Assim, é primordial que haja margem para questionamentos em nível técnico, acerca da precisão e do grau de acurácia da técnica adotada, e processual, que diz respeito à garantia do contraditório.

Levando em consideração, portanto, que a busca pela verdade se ampara na produção de provas ao longo da persecução penal, a paridade de armas constitui premissa fundamental de um julgamento justo. Sob essa perspectiva, alguns institutos jurídicos foram instaurados com a finalidade de estabelecer um devido processo legal, especialmente no que tange às regras atinentes ao comportamento processual das partes e do juiz, bem como ao controle da legalidade das provas<sup>34</sup>. Aponta-se, nesse sentido, para a legalidade do acesso às fontes do meio de prova como questão essencial ao seu próprio questionamento.

Não há mais espaço para a admissão acrítica das acusações penais, pois a ordem jurídica, observada pelos mais diversos ângulos, convida a jurisdição ao exame não apenas da justa causa para a ação penal, como também da legalidade da atividade anterior, preparatória, indagando sobre a estrita legalidade da obtenção e preservação dos meios de prova – isto é, da escrupulosa legalidade do acesso às fontes de prova e da manutenção destas fontes em condição de serem consultadas, oportunamente, pelas partes.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> VILARES, Fernanda Regina. **Processo penal**: reserva de jurisdição de CPIs. p. 125-128.

<sup>34</sup> PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. p. 52.

<sup>35</sup> PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. p. 55.

Ademais, à consagração da competência do delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, para conduzir investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, bem como à sua discricionariedade para requerer perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos, nos termos do art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 12.830/2013<sup>36</sup>, devem ser contrapostos direitos fundamentais, como a intimidade, a privacidade, a inviolabilidade do domicílio, o direito de ir e vir, a liberdade, o sigilo de correspondência e das comunicações, entre outros, assim como medidas às quais se impõe reserva de jurisdição<sup>37</sup>.

Nesse sentido, é certo que a produção de prova que viola direito fundamental nem sempre será considerada lícita, havendo que se equilibrar os valores fundamentais contrastantes. Assim, a análise acerca da flexibilização de direitos fundamentais, para fins de cooperação com a persecução penal, deve levar em consideração “a adequação da medida para atingir o resultado almejado; a necessidade de ser aplicada, isto é, ser o menos onerosa possível; e proporcionalidade em sentido estrito, devendo haver uma equivalência entre os danos que serão causados e o benefício que será extraído”<sup>38</sup>.

Com relação especificamente aos dados, vale destacar um antigo debate acerca da interpretação que deve ser dada ao inciso XII do art. 5º da Constituição da República<sup>39</sup>, ao dispor: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. A discussão alude à real proteção conferida aos “dados”: se versa sobre sigilo de dados especificamente, ou sobre sigilo apenas da relação comunicativa de dados.

<sup>36</sup> BRASIL. **Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013**. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm). Acesso em: 28 mar. 2023.

<sup>37</sup> A reserva de jurisdição consiste no impedimento de que órgãos diversos do Poder Judiciário exerçam atividades pertencentes ao núcleo essencial da função jurisdicional, tratando-se de “uma dimensão ineliminável do princípio do Estado de Direito e um corolário material do princípio da divisão de poderes”, cf. CANOTILHO apud VILARES, Fernanda Regina. **Processo penal**: reserva de jurisdição de CPIs. p. 67.

<sup>38</sup> VILARES, Fernanda Regina. **Processo penal**: reserva de jurisdição de CPIs. p. 132.

<sup>39</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 mar. 2023.

Assim, o entendimento predominante tem sido no sentido de que “o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação)”<sup>40</sup>, de modo que a troca de dados é que não possa ser sujeita a violações por pessoa estranha à relação, ainda que exista posicionamento divergente ao sustentar que “sigilo de dados” implica a proteção das informações em si e não somente sua comunicação<sup>41</sup>.

Não obstante a divergência, tome-se nota de que os dados pessoais passaram a ser objeto de proteção constitucional por força da Emenda Constitucional nº 115, de 2022, que acrescentou o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição, dispondo: “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”. Assim, diante da proteção constitucional recém-adquirida e da elevada complexidade das hipóteses anteriormente exemplificadas, as quais abrangem o tratamento massivo de dados, inclusive de dados pessoais sensíveis, no caso de tratamento de dados biométricos quando do reconhecimento facial, aponta-se para a necessidade de regulamentação da matéria.

Ademais, quanto à menção expressa aos “termos da lei” feita pelo dispositivo acima transcrito, importantes considerações devem ser registradas. A Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD) dispõe sobre o tratamento de dados pessoais “por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”, conforme artigo 1º. Apesar de ter grande âmbito de aplicação, o diploma legislativo não se aplica ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais, nos termos do artigo 4º, inciso III. Nesse sentido, o § 1º do dispositivo dispõe:

O tratamento de dados pessoais previsto no inciso III será regido por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei.

<sup>40</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. São Paulo: **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 88, p. 447, 1993. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>. Acesso em: 28 mar. 2023.

<sup>41</sup> VILARES, Fernanda Regina. **Processo penal**: reserva de jurisdição de CPIs. p. 150-155.

Os parágrafos seguintes estabelecem ainda que, nas hipóteses mencionadas, fica vedado o tratamento desses dados por pessoa de direito privado, exceto em procedimentos sob tutela de pessoa jurídica de direito público, circunstância em que o tratamento será objeto de informe específico à autoridade nacional. Outro óbice com relação ao tratamento de dados realizado pela iniciativa privada na conjuntura retratada refere-se ao tratamento da totalidade dos bancos de dados pessoais, que somente poderá ser realizado por pessoa de direito privado nos casos em que o capital social da pessoa jurídica agente de tratamento for integralmente constituído pelo poder público.

As observações são relevantes diante da cada vez mais frequente colaboração da iniciativa privada com as atividades de investigação criminal e obtenção de provas, como também com o desenvolvimento de *softwares* que implicam um ambiente de inovação no âmbito da segurança pública e persecução penal, inclusive em se tratando de sistemas que operam por meio do tratamento automatizado de dados pessoais. Vale destacar que as normativas acerca da proteção de dados pessoais englobam, dentre os agentes de tratamento de dados, tanto os que determinam a forma como o tratamento ocorrerá quanto aqueles que meramente seguem as suas proposições. Assim, até mesmo as instituições “terceirizadas” e, portanto, meras prestadoras de serviços, estão vinculadas às disposições e exigências legais.

O art. 4º ainda menciona que, nas hipóteses de exceção dispostas no inciso III, a autoridade nacional emitirá opiniões técnicas ou recomendações, da mesma forma que deverá solicitar aos responsáveis pelo tratamento de dados relatórios de impacto à proteção de dados pessoais. Aqui emerge a necessidade de estabelecer uma autoridade responsável por fiscalizar e zelar pelo correto tratamento de dados pessoais também nessas hipóteses, seja cumulando as funções com a já instituída Autoridade Nacional de Proteção de Dados, seja incumbindo a função a outro órgão. Nesse sentido, torna-se inequívoca a necessidade de melhor regulamentar a temática.

Destaca-se, por fim, que a sistemática de proteção de dados pessoais serve à atribuição de responsabilidades e obrigações aos agentes envolvidos nos tratamentos de dados, na tentativa de conceder maior controle aos titulares (pessoas a quem se referem os dados pessoais) e transparência às operações realizadas. Assim, adquire relevância a projeção da privacidade para além do “direito a estar só”, consagrado por Warren e Brandeis<sup>42</sup> em 1890, tal qual a mera consideração

<sup>42</sup> WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 4, n. 5. p. 193-220, Dec.1890.

acerca do sigilo que se restringe à comunicação de dados, conforme exposto anteriormente, consubstanciando-se no direito à autodeterminação informativa e nas definições funcionais da privacidade, estabelecidas como a “possibilidade de um sujeito conhecer, controlar, endereçar, interromper o fluxo das informações a ele relacionadas”<sup>43</sup>.

#### 4. Iniciativas já vislumbradas e parâmetros para a regulamentação

O assunto já é regulamentado em outras ordens jurídicas, a exemplo da União Europeia (UE), onde se encontra vigente a Diretiva 2016/680<sup>44</sup>, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados. A Diretiva mencionada constitui ato legislativo fixador de um objetivo geral que todos os países membros da UE devem alcançar, sem embargo de cada país ficar livre para adotar sua própria legislação e fazer cumprir os objetivos estabelecidos. Destaca-se, nesse sentido, que a União Europeia tem nutrido, há quase três décadas, uma cultura de proteção de dados, cujos marcos regulatórios principais são a Diretiva 95/46<sup>45</sup> e seu substituto, o Regulamento 2016/679<sup>46</sup> (*General Data Protection Regulation*).

<sup>43</sup> RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. p. 92.

<sup>44</sup> UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (EU) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, n. 119, 4 maio 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016L0680&from=PT>. Acesso em: 15 set. 2021.

<sup>45</sup> UNIÃO EUROPEIA. Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995. Relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, n. 281, p. 31-50, 23 nov. 1995. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046>. Acesso em: 15 set. 2021.

<sup>46</sup> UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, n. 119, 4 maio 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>. Acesso em: 15 set. 2021.

Por outro lado, no contexto brasileiro, diante da necessidade de que a matéria seja regida por legislação específica, tal como expressamente dispôs a Lei nº 13.709/2018, em novembro de 2019 foi instituída, por ato do Presidente da Câmara dos Deputados, uma Comissão de Juristas para elaborar o Anteprojeto de Lei (APL) de Proteção de Dados para segurança pública e investigação criminal. Já, em 2020, foi apresentado à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) nº 1.515/2022<sup>47</sup>, o qual objetiva regulamentar o tratamento de dados pessoais para fins exclusivos de segurança do Estado, de defesa nacional, de segurança pública, e de investigação e repressão de infrações penais. Assim, em consonância com o exposto anteriormente, é certo que a matéria se encontra em estágio de desenvolvimento embrionário no ordenamento jurídico pátrio.

Ao passo que o APL visa regular as operações de tratamento realizadas por autoridades competentes em atividades de segurança pública e de persecução penal, excluindo-se o tratamento de dados feito para fins exclusivos de defesa nacional e segurança do Estado, o PL propõe aplicação às quatro hipóteses mencionadas. Assim, o que ora se propõe é uma análise das propostas brasileiras de regulamentação da matéria especificamente quanto ao tratamento automatizado de dados pessoais para fins de investigação e repressão de infrações penais, ou seja, restringindo a análise à segurança pública e à persecução penal.

Destaca-se, de início, a manifestação do Ministério Público Federal, em ofício endereçado ao Procurador-Geral da República, colocando-se em contrariedade ao APL por compreender que a proposta estabelece restrições desproporcionais e distantes da realidade, inclusive em regime mais rígido que o estabelecido pela Diretiva europeia 2016/680, acabando por obstar medidas que corroboram a eficiência da atividade investigativa, especialmente na “criminalidade dos poderosos”<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1515/2022**. Lei de Proteção de Dados Pessoais para fins exclusivos de segurança do Estado, de defesa nacional, de segurança pública, e de investigação e repressão de infrações penais. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2326300>. Acesso em: 28 mar. 2022.

<sup>48</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. **Ofício nº 539/2020/SPPEA/PGR**. Assunto: Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal. Brasília, DF: Procuradoria Geral da República, Secretaria de Perícia, Pesquisa e Análise, 2020. Disponível em: [https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ENCCLA\\_-\\_PGR-00456556-2020\\_NT.pdf](https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ENCCLA_-_PGR-00456556-2020_NT.pdf). Acesso em: 31 maio 2023.

Por outro lado, uma nota técnica dedicada a comparar ambas as propostas emitidas por instituições do terceiro setor asseverou contrariedade ao PL, por compreender que o projeto suprimiu diversas garantias dos titulares e ampliou excessivamente o poder discricionário do Estado, gerando, inclusive, “enfraquecimento de direitos e proteções referentes a decisões automatizadas, como exigência de autorização prévia e de relatórios de impacto adequadamente procedimentalizados, em favor de disposições genéricas e de aplicabilidade limitada”<sup>49</sup>.

A despeito das críticas, o estabelecimento de marco regulatório deve servir a uma dupla finalidade, quais sejam: proteger os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos e, ao mesmo tempo, viabilizar o tratamento automatizado de dados pessoais para fins de otimizar a persecução penal, especialmente levando-se em consideração os desafios impostos pela sociedade global do risco. A necessidade de elevar o grau de proteção dos cidadãos é demonstrada pela assimetria informacional entre os sujeitos envolvidos, anteriormente mencionada, uma vez que inexistente clareza sobre licitude, transparência e medidas de segurança adotadas. Nesse sentido, a regulamentação objetiva atribuir maior segurança jurídica para os órgãos judicantes e investigativos em equilíbrio e harmonia com garantias processuais e direitos fundamentais dos titulares de dados pessoais.

Busca-se, portanto, harmonizar, de um lado, os deveres do Estado na prevenção e na repressão de ilícitos criminais, protegendo a ordem pública; de outro, assegurar a observância das garantias processuais e as prerrogativas fundamentais dos cidadãos brasileiros no que tange ao tratamento de dados pessoais para tais fins.<sup>50</sup>

Importa destacar, ainda, que o tratamento automatizado de dados pessoais tem parâmetros estabelecidos na própria LGPD, em seu art. 20, ao dispor que o “titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem

<sup>49</sup> AZEVEDO, Cynthia Picolo Gonzaga de *et al.* **Nota técnica**: análise comparativa entre o anteprojeto de LGPD penal e o PL 1515/2022. Belo Horizonte: IRIS; Brasília: LAPIN, 2022. Disponível em: <https://irisbh.com.br/wp-content/uploads/2022/11/Nota-tecnica-Analise-comparativa-entre-o-anteprojeto-de-LGPD-Penal-e-o-PL-1515-2022.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2023. p. 4.

<sup>50</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. GT – Comissão de Juristas – Segurança Pública. **Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2020]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/comissao-de-juristas-dados-pessoais-seguranca-publica/outros-documentos/DADOSAnteprojetoComissaoProtecaoDadosSegurancaPersecucaoFINAL.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2022.

seus interesses”, ficando resguardado o direito de obter informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial. Por fim, havendo impossibilidade de fornecer referidas informações, caberá à Autoridade Nacional de Proteção de Dados realizar auditoria para verificação de eventuais aspectos discriminatórios.

Assim, uma vez que o dispositivo mencionado tem aplicação às decisões que estabeleçam perfis pessoais, profissionais, de consumo e de crédito ou relacionadas aos aspectos da personalidade do titular de dados, seria bastante razoável que o mesmo fosse assegurado em casos de tomada de decisões com base no tratamento automatizado de dados pessoais para fins de satisfazer finalidades político-criminais, seja no sentido de identificar pessoas investigadas e/ou condenadas judicialmente, verificar atitudes suspeitas, analisar movimentações financeiras escusas, entre outras possibilidades.

Em uma análise comparativa das disposições do APL e do PL que versam sobre decisões tomadas com base no tratamento automatizado de dados pessoais, aquele reserva os artigos 23 a 26 para o assunto, ao passo que este versa sobre a temática em seus artigos 20 e 21. Não se trata apenas de uma diferença quantitativa, mas, proporcionalmente, qualitativa, uma vez que o PL se restringe à previsão de que os referidos sistemas devem ser auditáveis, não discriminatórios e passíveis de comprovação acerca de sua precisão e grau de acurácia e que seja assegurado o direito de solicitar a intervenção humana. Com relação às proibições, o projeto estabelece que haja vedação à tomada de decisão realizada exclusivamente com base no tratamento automatizado, às definições de perfis que tenham como base dados pessoais sensíveis<sup>51</sup> e que conduzam à discriminação de titulares de dados, bem como à adoção de qualquer medida coercitiva ou restritiva de direitos exclusivamente com base em decisão automatizada.

Já o APL propõe a necessária autorização do órgão fiscalizador para que seja possível o tratamento automatizado de dados pessoais no contexto explorado, bem como a elaboração de relatório de impacto, que comprove a adoção das garantias adequadas para os direitos e liberdades do titular, incluindo o direito de revisão da

---

<sup>51</sup> Dado pessoal sensível refere-se a “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”; cf. BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 24 jan. 2022.

decisão. Insta salientar que o relatório mencionado, nos termos da LGPD, constitui documentação que descreve os processos de tratamento de dados pessoais que possam gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco. Assim, o APL menciona que referido documento verificará medidas tomadas para a garantia da não discriminação e transparência com relação aos sistemas adotados.

O APL dispõe, ainda, que decisões que possam acarretar medidas coercitivas ou restritivas de direitos, para além de ficarem condicionadas à autorização do órgão fiscalizador, deverão ser autorizadas por lei, sendo certo que o processo legislativo deverá ser instruído de análise de impacto regulatório que leve em consideração os direitos e garantias dos titulares, bem como mitigação dos riscos. Com relação aos dados pessoais sensíveis, estabelece vedação às decisões com base no tratamento desses dados, com exceção dos dados biométricos. Ademais, contrastando com a compreensão de que tão somente dados pessoais sensíveis são reveladores de possíveis vulnerabilidades, o APL estabelece que parâmetros para análise acerca de eventual natureza discriminatória levarão em consideração informações potencialmente sensíveis, como informações socioeconômicas e dados demográficos.

Em consonância com o PL, o Anteprojeto estabelece que os sistemas de processamento automatizado de dados pessoais “devem ser auditáveis, não discriminatórios e passíveis de comprovação acerca de sua precisão e grau de acurácia”, também garante ao titular o direito à revisão das decisões por pessoa natural e veda a adoção de qualquer medida coercitiva ou restritiva de direitos baseada exclusivamente em decisão automatizada. Entretanto, vai além ao estabelecer que eventual auditoria pode ser determinada pela autoridade fiscalizadora, que não será restringida por razões de segredo industrial e comercial.

Diante das disposições, é evidente que o APL estabelece medidas mais rígidas no sentido de corroborar a legalidade e o devido processo legal na seara analisada neste artigo (qual seja, o processamento automatizado de dados em um contexto de investigação e repressão de investigações penais), haja vista o estabelecimento de um papel ativo da autoridade fiscalizadora, bem como o condicionamento do processamento automatizado de dados à legislação específica, quando for capaz de acarretar medidas coercitivas ou restritivas de direitos, como é o caso de processamento de imagens em tempo real para fins de identificar pessoas foragidas, por meio de reconhecimento facial, mas a essa hipótese não se restringindo.

A despeito de eventuais críticas acerca da necessária autorização e essencialidade de legislação específica, deve-se frisar que a obrigatoriedade de elaboração de relatório de impacto, conforme exposto, presta-se, entre outras finalidades, ao apontamento das medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco adotados em cada realidade. Nesse contexto, torna-se necessário voltar a atenção às medidas adotadas em matéria de segurança da informação para fins de corroborar a confidencialidade, integridade e disponibilidade dos dados, por meio da adoção de controles (como controle de suporte de dados, conservação, acesso, comunicação, transporte, entre outros), bem como da adoção de planos de resposta a incidentes de segurança da informação, com a notificação da autoridade fiscalizadora e dos titulares de dados, quando for o caso.

Com relação aos direitos assegurados aos titulares de dados, ambas as propostas preveem a garantia de revisão das decisões por pessoa natural, com o propósito de que os indivíduos não fiquem sujeitos a decisões tomadas unicamente com base em algoritmos. Assim, para além do direito de revisão, deve-se atribuir importância também ao direito de obter explicação sobre as características, os critérios e as consequências das decisões automatizadas, no sentido de viabilizar as possibilidades de contestação dessas decisões.

Aqui paira uma grande questão acerca da forma como deve ocorrer a revisão humana, haja vista a diversidade de possibilidades de aplicações e implicações desses sistemas automatizados e, por consequência, variação das decisões que deles decorrem. Desse modo, a legitimação das decisões tomadas com base no tratamento automatizado de dados pela humanização é tarefa complexa, havendo que se considerar o contexto de cada decisão automatizada, bem como o grau de delegação de decisões às máquinas. Necessário considerar, ainda, a efetiva capacidade humana de reavaliação das decisões sugeridas, seja por serem opacas, seja pelo grande volume de dados ou pela concepção de que as decisões automatizadas são sempre mais precisas e mais corretas que as decisões humanas. Por fim, há que se considerar qual seria o melhor momento para a intervenção humana: se antes, durante ou após a produção de efeitos, como também quanto tempo antes ou depois.<sup>52</sup>

<sup>52</sup> WIMMER, Miriam; DONEDA, Danilo. “Falhas de IA” e a intervenção humana em decisões automatizadas: parâmetros para a legitimação pela humanização. *Direito Público*, v. 18, n. 100, p. 393-394, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6119/pdf>. Acesso em: 31 maio 2023.

Assim, sugere-se que a avaliação quanto à necessidade, forma e momento de intervenção humana, baseada na avaliação dos efeitos da decisão automatizada, deve incluir, ao menos, um juízo quanto: (i) aos riscos e consequências atuais e futuros gerados para os indivíduos e grupos afetados, abrangendo elementos como impactos sobre direitos fundamentais, riscos de discriminação e possibilidade de reversão dos efeitos da decisão; e (ii) à natureza da decisão, em particular no que se refere a decisões em que os juízos de “certo” e “errado” são subjetivos ou em que a decisão deve depender de percepções/valores a princípio incognoscíveis por máquinas. Desta forma, em decisões automatizadas, tanto o seu resultado (as consequências da decisão) quanto seus aspectos procedimentais (a sua natureza) podem ensejar a necessidade do elemento remedial que é a intervenção humana.<sup>53</sup>

Nesse sentido, a transparência e a explicabilidade aplicadas aos mecanismos de tratamento automatizado de dados seriam capazes de atribuir maior visibilidade aos critérios que orientam decisões algorítmicas e, conseqüentemente, viabilizar seu controle e correção. Assim, o estabelecimento de direitos de informação e de explicabilidade justifica-se pela busca por legitimação (que abrange verificação e validação) da tomada de decisão pautada no tratamento automatizado de dados.<sup>54</sup>

É certo, entretanto, que os direitos de informação e explicabilidade não constituem a única forma de legitimar e controlar a tomada de decisões com base no tratamento automatizado de dados pessoais. Ademais, o seu exercício nem sempre estará assegurado. Isso porque, por vezes, a tomada de consciência dos titulares acerca do tratamento dos dados pessoais pode prejudicar a própria investigação criminal ou instrução probatória. Nesse sentido, tanto a Diretiva 2016/680 quanto as propostas brasileiras preveem que eventualmente direitos serão limitados com a finalidade de (i) evitar prejuízo para investigações, inquéritos ou processos judiciais; (ii) evitar prejuízo para a prevenção, detecção, investigação ou repressão de infrações penais ou para a execução de sanções penais; (iii) proteger a segurança do Estado ou a defesa nacional; ou (iv) proteger os direitos e garantias de terceiros.

Portanto, atribuir a responsabilidade por salvaguardas tão somente ao titular de dados revela-se completamente inadequado. Além disso, em alguns casos,

---

<sup>53</sup> WIMMER, Miriam; DONEDA, Danilo. “Falhas de IA” e a intervenção humana em decisões automatizadas: parâmetros para a legitimação pela humanização. p. 395.

<sup>54</sup> WIMMER, Miriam; DONEDA, Danilo. “Falhas de IA” e a intervenção humana em decisões automatizadas: parâmetros para a legitimação pela humanização.

o exercício desses direitos pode ser tardio, a depender dos efeitos já produzidos, que por vezes serão irreversíveis<sup>55</sup>. Nesse contexto, a revisão humana não constitui único elemento capaz de mitigar riscos, objetivo que pode ser alcançado por meio da transparência e contínuo processo de gestão de riscos, no qual se insere a elaboração e revisão de relatório de impacto à proteção de dados, já mencionado. Dessa forma, propõe-se que os requisitos de segurança, os padrões de boas práticas e de governança, assim como os princípios balizadores de proteção de dados sejam observados desde a fase de concepção do produto ou do serviço até sua execução.

## 5. Conclusão

A possibilidade de adotar novas técnicas na operacionalização do sistema jurídico-criminal, notadamente de mecanismos automatizados que operam por meio de *big data*, com vistas ao auxílio em diversas situações, desde a prevenção de delitos até a execução das sanções impostas, é matéria que desafia o sistema e impõe uma dicotomia. De um lado, o interesse do Estado em otimizar as suas rotinas de trabalho e a sua resposta jurisdicional; e, de outro, os direitos e garantias individuais, notadamente a privacidade e a proteção de dados pessoais, em nível material, mas também o devido processo legal, a paridade de armas, o contraditório e a presunção de inocência, em nível processual.

Assim, ambientados em um Estado de Direito democrático e social, urge harmonizar os interesses em pauta, de modo a conciliar legalidade, direitos humanos e governo democrático. Nesse sentido, o avanço da matéria em nível legislativo é essencial na conjuntura brasileira, especialmente pelo fato de que alguns mecanismos já têm sido adotados à revelia de qualquer regulamentação apropriada, conforme exposto.

Diante dos desafios e necessidades evidenciados, o presente artigo analisou as medidas que possivelmente corroboram o bom funcionamento desses mecanismos, assim como o exercício de direitos por parte dos jurisdicionados, dispostas no Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e investigação criminal, de 2020, e no Projeto de Lei nº 1515/2022, mas a elas não se restringindo. Sugere-se, portanto, que ao problema dicotômico uma resposta também dúplici seja apresentada, para fins de promover a verificação e validação dos sistemas

<sup>55</sup> WIMMER, Miriam; DONEDA, Danilo. “Falhas de IA” e a intervenção humana em decisões automatizadas: parâmetros para a legitimação pela humanização. p. 399.

mencionados, bem como de eventuais produtos que venham a ser admitidos como meio de prova em processo judicial.

Em primeiro lugar, propõem-se medidas capazes de assegurar o bom funcionamento dos sistemas, ou seja, que, por meio de uma avaliação individualizada, sejam auditáveis, não discriminatórios e passíveis de comprovação acerca de sua precisão e grau de acurácia, bem como que disponham de relatório de impacto a proteção de dados pessoais, com a respectiva análise acerca das medidas, das salvaguardas e dos mecanismos de mitigação de risco. De forma complementar, a necessidade de autorização de uma autoridade fiscalizadora, bem como, a depender do caso concreto, de legislação específica, constitui uma forma de impor a chancela estatal no que diz respeito à avaliação do bom funcionamento desses sistemas.

Em segundo lugar, colocam-se medidas no sentido de promover os direitos dos cidadãos, quais sejam, direito de informação, direito de explicabilidade, direito de revisão, direito à não submissão a decisões tomadas exclusivamente de forma automatizada, imposição de ressalvas com relação aos dados e às informações sensíveis, e vedação à adoção de qualquer medida coercitiva ou restritiva de direitos exclusivamente com base em decisão automatizada. Assim, em conjunto com o explicitado acima, almeja-se justamente o estabelecimento do devido processo legal, com o fito de possibilitar o contraditório e a paridade de armas. Tem-se, por fim, que, se a intenção é a melhoria da prestação jurisdicional, deve proporcionalmente ser interesse do Estado a incorporação segura e criteriosa desses mecanismos.

## Referências

AÇÕES de videomonitoramento e banco de dados da segurança pública são ampliados no Ceará. **Diário do Nordeste**, Fortaleza, 24 maio 2021. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/seguranca/acoes-de-videomonitoramento-e-banco-de-dados-da-seguranca-publica-sao-ampliados-no-ceara-1.3088871>. Acesso em: 7 set. 2022.

AZEVEDO, Cynthia Picolo Gonzaga de *et al.* **Nota técnica**: análise comparativa entre o anteprojeto de LGPD penal e o PL 1515/2022. Belo Horizonte: IRIS; Brasília: LAPIN, 2022. Disponível em: <https://irisbh.com.br/wp-content/uploads/2022/11/Nota-tecnica-Analise-comparativa-entre-o-anteprojeto-de-LGPD-Penal-e-o-PL-1515-2022.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2023.

BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância líquida**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRAGA, Carolina. Discriminação nas decisões por algoritmos: polícia preditiva. *In*: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

CHRISTIN, Angèle; ROSENBLAT, Alex; BOYD, Danah. Courts and predictive algorithms. **Data & Civil Rights: a new era of policing and justice**, Oct. 25 2015. Disponível em: [https://datasociety.net/wp-content/uploads/2015/10/Courts\\_and\\_Predictive\\_Algorithms.pdf](https://datasociety.net/wp-content/uploads/2015/10/Courts_and_Predictive_Algorithms.pdf). Acesso em: 24 mar. 2023.

DEMPSEY, James X. Privacy and mass surveillance: balancing human rights and government security in the era of big data. *In*: GONTIJO, Bruno Miranda; LIMA, Henrique Cunha Souza (org.); PARENTONI, Leonardo (coord.). **Direito, tecnologia e inovação**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 189-215.

FERRAMENTA que mapeia manchas criminais encorpa rol de tecnologias da segurança pública no Ceará. **Diário do Nordeste**, Fortaleza, 24 fev. 2021. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/seguranca/ferramenta-que-mapeia-manchas-criminais-encorpa-rol-de-tecnologias-da-seguranca-publica-no-ceara-1.3052819>. Acesso em: 7 set. 2022.

ELLUL, Jacques. **A técnica e o desafio do século**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.

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

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. São Paulo: **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 88, p. 439-459, 1993. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>. Acesso em: 28 mar. 2023.

FLORIDI, Luciano (ed.). **The onlife manifesto: being hunam in a hyperconnected era**. London: Springer Open, 2015. Disponível em: <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-319-04093-6>. Acesso em: 31 maio 2023.

JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Tradução: Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijóo Sanchez. Madrid: Civitas, 1996.

MINAS GERAIS. Secretaria de Desenvolvimento Econômico. **Startup acelerada pelo Governo de Minas desenvolve solução tecnológica que pode melhorar a segurança pública**. Belo Horizonte: Sect/MG, 2023. Disponível em: <http://www.desenvolvimento.mg.gov.br/application/noticias/noticia/2108/ivare,-acelerada-pelo-seed-mg,-desenvolve-smart-glasses-que-sera-usado-pela-pmmg>. Acesso em: 20 mar. 2023.

NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho de Ávila; OLIVEIRA, Samuel Rodrigues de; COSTA, Ramon Silva. O uso de tecnologias de reconhecimento facial baseadas em inteligência artificial e o direito à proteção de dados. **Revista Direito Público**, v. 17, p. 82-103, 2020.

PIRES, Ana Beatriz Santos *et al.* Alvos predeterminados: um estudo sobre a implementação da tecnologia de reconhecimento facial na Bahia. In: ALMEIDA, Eloísa Machado de; ESTELLITA, Heloisa. **Dados, privacidade e persecução penal: cinco estudos**. São Paulo: FGV-Direito SP, 2021. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/31784>. Acesso em: 20 mar. 2023.

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

REIS, Carolina *et al.* **Nota técnica: sobre o anteprojeto de Lei de proteção de dados para a segurança pública e investigação criminal**. Brasília: LAPIN, 2021. Disponível em: <https://lapin.org.br/2021/03/24/nota-tecnica-sobre-o-anteprojeto-de-lei-de-protecao-de-dados-para-a-seguranca-publica-e-investigacao-criminal/>. Acesso em: 24 ago. 2021.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda, Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Inteligência artificial no direito penal: a justiça preditiva entre a americanização e a europeização. *In*: RODRIGUES, Anabela Miranda (coord.). **A inteligência artificial no direito penal**. Coimbra: Almedina, 2020.

RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. **Inteligência artificial**. Tradução de Regina Célia Simille. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SIEBER, Ulrich. Limites do direito penal: princípios e desafios do novo programa de pesquisa em direito penal no Instituto Max-Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional. Tradução: Alessandro Hirata. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 1, p. 269-330, jan.-jun. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6fTSb6QbhLFHBJYKCKwFdRF/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 31 maio 2023.

SILVA, Luciana Carneiro da Silva. Perspectivas políticos-criminais: sob o paradigma da sociedade mundial do risco. **Revista Liberdades**, n.5, set./dez. 2010. Disponível em: [https://ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/6/\\_\\_\\_artigo3.pdf](https://ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/6/___artigo3.pdf). Acesso em: 31 maio 2023.

SILVA SANCHEZ, Jesús Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

STALDER, Felix; LYON, David. Electronic identity cards and social classification. *In*: LYON, David (ed.). **Surveillance as social sorting**: privacy, risk, and digital discrimination. Londres: Routledge, 2003.

VILARES, Fernanda Regina. **Processo penal**: reserva de jurisdição de CPIs. São Paulo: Ônix Jur, 2012.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 4, n. 5. p. 193-220, Dec.1890.

WIMMER, Miriam; DONEDA, Danilo. “Falhas de IA” e a intervenção humana em decisões automatizadas: parâmetros para a legitimação pela humanização. **Direito Público**, v. 18, n. 100, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6119/pdf>. Acesso em: 31 maio 2023.

## Legislação citada

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1515/2022**. Lei de Proteção de Dados Pessoais para fins exclusivos de segurança do Estado, de defesa nacional, de segurança pública, e de investigação e repressão de infrações penais. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2326300>. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. GT – Comissão de Juristas – Segurança Pública. **Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2020]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/comissao-de-juristas-dados-pessoais-seguranca-publica/outros-documentos/DADOSAnteprojetoComissaoProtecaoDadosSegurancaPersecucaoFINAL.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013**. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm). Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 24 jan. 2022.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Ofício nº 539/2020/SPPEA/PGR**. Assunto: Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal. Brasília, DF: Procuradoria Geral da República, Secretaria de Perícia, Pesquisa e Análise, 2020. Disponível em: [https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ENCCLA\\_-\\_PGR-00456556-2020\\_NT.pdf](https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ENCCLA_-_PGR-00456556-2020_NT.pdf). Acesso em: 31 maio 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995. Relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, n. 281, p. 31-50, 23 nov. 1995. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046>. Acesso em: 15 set. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, n. 119, 4 maio 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>. Acesso em: 15 set. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (EU) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, n. 119, 4 maio 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016L0680&from=PT>. Acesso em: 15 set. 2021.

# POLÍTICA EDITORIAL

## Objetivo da Revista

A *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais* é um periódico científico, de periodicidade semestral, promovido pelo Supremo Tribunal Federal, destinado à publicação de artigos, traduções, resenhas e entrevistas inéditos da área jurídica. Seu principal objetivo consiste em difundir textos das mais diversas áreas do direito público e privado, possibilitando a circulação do conhecimento gerado em pesquisas baseadas em abordagens teóricas e empíricas, a fim de propiciar um espaço qualificado para o debate acadêmico.

## Linha editorial

A *Suprema* adota uma linha editorial ampla, admitindo a submissão de trabalhos tanto dos ramos do direito tradicionalmente reconhecidos quanto de linhas menos convencionais, sendo especialmente valorizados os textos com abordagem interdisciplinar, de forma a promover maior diversidade nos temas discutidos. O fluxo de recebimento dos textos acadêmicos será contínuo. Serão aceitos trabalhos em português, inglês, espanhol, francês e italiano.

## Processo de avaliação por pares

O artigo é inicialmente analisado pela Equipe Editorial da *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*, para verificação de sua adequação quanto à linha editorial da revista, aos requisitos formais de submissão, à política de publicação da revista e ao potencial para publicação. Após essa análise prévia, o arquivo sem a identificação de autoria é encaminhado a pareceristas do quadro definitivo de pareceristas ou *ad hoc* da revista. Nessa etapa, os artigos são avaliados em um sistema de avaliação às cegas por pares (*double-blind peer review*), mantendo-se em sigilo o nome de autores e pareceristas.

## Instruções Editoriais para Autores

### 1. Ineditismo

**1.1** Os artigos, resenhas e traduções submetidos deverão ser originais, inéditos e não podem estar em processo de avaliação em outros periódicos, a não ser que tenha sido publicado em outro idioma e em outro país, situação em que deve haver referência, em nota de rodapé, de que se trata de uma versão de artigo já publicado em outro periódico.

**1.2** Uma vez publicados na *Suprema*, os artigos somente poderão ser republicados, após consulta prévia à Comissão Editorial da revista.

### 2. Titulação dos autores

**2.1** Os artigos poderão ter até três coautores, exigindo-se, primordialmente, a titulação de doutor. Excepcionalmente poderão ser aceitos textos de autores com título de mestre ou que estejam cursando o doutorado ou o mestrado, desde que haja ao menos um coautor com o título de doutorado.

**2.2** No caso de grupos de pesquisa, os nomes dos participantes devem constar de nota de rodapé, com a indicação da tarefa executada por cada integrante.

### 3. Limite de submissões de artigos

**3.1** Visando atender o propósito da *Suprema* de refletir a pluralidade tanto em seu conteúdo como em seu campo editorial, a publicação de artigos de mesma autoria está limitada a 1 (um) artigo por número, tanto de trabalhos individuais como em coautoria, devendo o autor aguardar 18 meses para submeter novos textos, contados a partir da data de publicação do número em que consta o manuscrito.

### 4. Idiomas

**4.1** Serão aceitos trabalhos em português, inglês, espanhol, francês e italiano.

**4.2** Para os textos em português, o título, o resumo, as palavras-chave e o sumário devem ser traduzidos também para o inglês e para o espanhol. Para textos em outras línguas, o título, o resumo, as palavras-chave e o sumário devem ser traduzidos para o português, para o inglês e para o espanhol, caso estes dois últimos não sejam o idioma original.

## 5. Metadados

**5.1** No momento da submissão do artigo, os metadados devem ser preenchidos de acordo com as diretrizes a seguir, sob pena de rejeição liminar da submissão.

### 5.1.1 **Autoria:**

**5.1.1.1 Prenome e sobrenome:** Indicação do nome completo dos autores, apenas com as iniciais de cada nome em caixa alta. Em caso de coautoria, os nomes dos autores devem ser inseridos na ordem em que deverão aparecer na publicação.

**5.1.1.2 E-mail:** Indicação do *e-mail* de cada um dos autores, que será obrigatoriamente divulgado na versão publicada do artigo.

**5.1.1.3 ORCID iD:** Indicação do número de identificação ORCID de cada um dos autores. O identificador ORCID pode ser obtido gratuitamente no endereço <https://orcid.org/register>. O autor deverá aceitar os padrões para a apresentação de iD ORCID e incluir, no seu cadastro, a URL completa, acompanhada da expressão “http://” (por exemplo: <http://orcid.org/0000-0002-1825-0097>).

**5.1.1.4 URL:** Indicação de *link* para o currículo completo de cada um dos autores. No caso de autores brasileiros, deve ser indicado *link* para o Currículo Lattes.

**5.1.1.5 Instituição/Afiliação:** Indicação da principal afiliação institucional ou das duas principais, caso o vínculo com ambas tenha a mesma importância. A afiliação diz respeito à instituição à qual o autor se encontra vinculado como docente ou discente. Caso não seja docente nem discente, deve ser informada a instituição onde obteve o maior título acadêmico, como doutorado, mestrado, especialização etc. O nome da instituição deverá constar por extenso e em sua língua original, seguido da indicação de seu país de origem entre parênteses. Caso o autor seja docente e esteja cursando mestrado ou doutorado em outra instituição, a afiliação principal será a da instituição na qual o autor figura como mestrando ou doutorando.

**5.1.1.6 País:** Indicação do país da principal afiliação institucional de cada um dos autores.

**5.1.1.7 Biografia:** Minicurrículo de cada um dos autores, iniciando com a indicação da instituição onde figura como

docente, com referência à respectiva cidade, sigla do Estado e país entre parênteses, seguida da indicação de suas titulações acadêmicas (começando pela mais elevada), de seus outros vínculos com associações científicas, de sua profissão etc.

### 5.1.2 Título e Resumo:

**5.1.2.1 Título:** Indicação no idioma original do artigo, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula, com até dez palavras (cf, informações completas a seguir em “Apresentação do texto”).

**5.1.2.2 Resumo:** Indicação no idioma original do artigo, com até 150 palavras, sem formatação em parágrafos e sem apresentação de citações ou referências.

### 5.1.3 Indexação:

**5.1.3.1 Palavras-chave:** Indicação de até cinco termos no idioma original do artigo, em letras minúsculas e separados por ponto e vírgula.

**5.1.3.2 Idioma:** Indicação da sigla correspondente ao idioma do artigo (Português=pt; English=en; Français=fr; Español=es).

**5.1.4 Fomento:** Indicação das fontes de financiamento da pesquisa, se for o caso.

**5.1.5 Referências:** Indicação da lista completa de referências citadas no artigo, com um espaço entre cada uma delas.

## 6. Apresentação do texto

**6.1** As submissões devem ser enviadas em arquivo “.doc” ou “.docx”, utilizando-se o programa *Microsoft Word* para a sua digitação. Deve-se utilizar a fonte *Times New Roman*, tamanho 12, com espaçamento entre linhas de 1,5 e parágrafos justificados (à exceção das citações, notas de rodapé, referências e legendas de figuras, as quais devem estar de acordo com os padrões da ABNT). O espaço da primeira linha dos parágrafos deverá ser de 1,25 cm ou 1 TAB. A configuração da página deve ser feita no padrão A4 (210 mm x 297 mm), com margens superior e esquerda de 3 cm e inferior e direita de 2 cm.

**6.2** O tamanho dos textos, no caso de artigos e traduções, é de, no mínimo, 7.000 (sete mil) e de, no máximo, 10.000 (dez mil) palavras. Para resenhas, o mínimo é de 4.000 (quatro mil) e o máximo de 7.000 (sete mil) palavras.

Poderão ser publicados textos mais extensos, a critério da editoria, caso seu tamanho seja justificável.

**6.3** As seções iniciais e finais do artigo devem ser denominadas Introdução e Conclusão, respectivamente.

**6.4** As submissões deverão conter os seguintes itens:

**6.4.1 Título:** O título deve ter no máximo dez palavras, incluído o subtítulo (quando houver). O título no idioma original do artigo deverá ser redigido em fonte Times New Roman, tamanho 14, realçado em negrito e com alinhamento centralizado. Os títulos nos demais idiomas deverão ser redigidos em fonte Times New Roman, tamanho 14, itálico, também com alinhamento centralizado. Título e subtítulo do artigo devem ter apenas a primeira letra de cada frase em maiúscula, salvo nos casos em que o uso desta seja obrigatório.

**6.4.2 Resumo:** O resumo deve ser conciso (até 150 palavras), redigido em parágrafo único, e ressaltar o objetivo, o assunto principal do artigo, a metodologia utilizada e as principais conclusões. A enumeração de tópicos não deve ser usada nesse item.

**6.4.3 Palavras-chave:** Indicar até cinco termos que classifiquem o trabalho com precisão adequada para sua indexação, separados por ponto e vírgula (;).

**6.4.4 Sumário:** Deve reproduzir somente número e nome das seções principais que compõem o artigo.

**6.5** As notas de rodapé não devem ser numerosas e devem conter apenas informações que sejam complementares ao corpo do texto. Não devem ser muito extensas nem conter citações diretas. Devem ser formatadas na mesma fonte do artigo (Times New Roman), tamanho 10, espaçamento entre linhas simples e alinhamento justificado.

**6.6** Caso seja necessário indicar informações a respeito do artigo (financiamento por agências de fomento, agradecimentos, tradutores do texto, etc.), deverá ser inserida uma nota de rodapé com um asterisco (e não com número) situada à direita do título no idioma original do artigo.

**6.7** As tabelas, os quadros, as figuras, as imagens e os gráficos, quando existirem, devem compor o corpo do texto, e não constar ao final do documento na forma de anexos. Devem ser inseridos com os devidos cuidados quanto à boa resolução. Para tanto, devem apresentar largura máxima de 10 cm; formato vetorial aberto e editável; legendas curtas e autoexplicativas. As imagens (bitmap) devem apresentar largura mínima de 12 cm e resolução mínima de 300 ppi.

## 7. Citações e notas

7.1 As citações realizadas ao longo do texto devem obedecer ao disposto na NBR 10520 – Informação e Documentação – Citações em documentos – Apresentação/ Ago. 2002, da ABNT.

7.2 Não serão aceitos artigos que usem o modelo autor-data ou expressões como *Op. Cit.*, *Idem* e *Ibid.*

7.3 A indicação de autoria deve ser feita em nota de rodapé em fonte Times New Roman 10 e não em nota-de-fim de artigo (indicar a referência completa da obra na primeira citação e, após, evidenciar apenas nome do autor, o título da obra e o número da página).

Exemplos:

No texto:

A chamada “pandectista” havia sido a forma particular pela qual o direito romano fora integrado no século XIX na Alemanha. (3)

Na nota de rodapé:

**Na 1ª citação:**

(3) LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na História**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 225.

**Na 2ª citação:**

(4) LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na História**. p. 225.

7.4 Autores estrangeiros podem, na submissão, seguir outros modelos de citações.

7.5 Citações com até 3 (três) linhas devem permanecer no corpo do texto, sem recuo ou realce, destacadas por aspas. As citações com mais de 3 (três) linhas devem ser separadas do texto com recuo de parágrafo de 4 cm, 11 pontos, espaçamento entre linhas simples e texto justificado, sem o uso de aspas.

7.6 Os destaques existentes na obra original devem ser reproduzidos de forma idêntica na citação. Caso não haja destaques no original, mas o autor do artigo deseje ressaltar alguma informação, deve-se observar as normas a seguir:

7.6.1 Destaques do autor do artigo: após a transcrição da citação, empregar a expressão “grifo(s) nosso(s)” entre parênteses.

**7.6.2** Outros destaques em trechos do texto devem ocorrer apenas no estilo de fonte itálico e tão somente nos seguintes casos: **a)** expressões em língua estrangeira; e **b)** realce de expressões, se estritamente necessário para a compreensão do texto.

**7.7** As citações em língua estrangeira devem ser sempre traduzidas para o idioma predominante do artigo nas notas de rodapé, acompanhadas do termo “tradução nossa” entre parênteses.

## 8. Referências

**8.1** A indicação das referências deve obedecer ao disposto na NBR 6023/2018 – Informação e Documentação – Referências – Elaboração/Nov. 2018, da ABNT.

**8.2** As referências devem conter todos os dados necessários à identificação das obras e ser dispostas em ordem alfabética da primeira letra do Sobrenome do Autor.

**8.3** A distinção de trabalhos diferentes de mesma autoria será feita levando-se em consideração a ordem cronológica, conforme o ano de publicação. Os trabalhos de igual autoria e publicados no mesmo ano serão diferenciados acrescentando uma letra ao final do ano (Ex. 2019a, 2019b).

**8.4** Todas as referências bibliográficas utilizadas no texto devem vir indicadas ao final do documento, com informação das URLs quando possível.

**8.5** Autores estrangeiros podem, na submissão, seguir outros modelos de referência.

## 9. Modelos de referências

**9.1 Na 1ª citação:** SOBRENOME, Prenome. Título do documento em negrito: subtítulo (se houver). Edição (se houver). Tradução de NOME DO TRADUTOR (se houver). Local de publicação (cidade): Editora, data de publicação da obra. N° da página.

**9.2 Na 2ª citação:** SOBRENOME, Prenome. Título do documento em negrito: subtítulo (se houver). N° da página.

**9.3 Capítulo de Livro:** SOBRENOME DO AUTOR DO CAPÍTULO, Prenome. Título do capítulo. *In:* SOBRENOME DO ORGANIZADOR DO LIVRO, Prenome (org.). Título do documento em negrito. Local de publicação (cidade): Editora, data de publicação da obra. p. x-y.

**9.4 Monografia, Dissertação, Tese:** SOBRENOME DO AUTOR, Prenome. Título do documento em negrito. Data de publicação da obra. Dissertação (Mestrado em \_\_) – Faculdade de \_\_, Universidade de \_\_, Local da instituição (cidade), ano.

**9.5 Artigo de Revista:** SOBRENOME DO AUTOR, Prenome. Título do artigo. Nome da Revista em negrito, Local de publicação (cidade), v. x, n. x, p. x-y, mês ano.

**9.6 Artigo de Jornal assinado:** SOBRENOME DO AUTOR, Prenome. Título do artigo. Nome do Jornal em negrito, Local de publicação (cidade), v. x, n. x, p. x-y, mês ano.

**9.7 Artigo de Jornal não assinado:** TÍTULO do artigo com primeira palavra em maiúscula. Nome do Jornal em negrito, Local de publicação (cidade), v. x, n. x, p. x-y, dia mês ano.

**9.8 Artigo de Revista em meio eletrônico:** SOBRENOME DO AUTOR, Prenome. Título do artigo. Nome da Revista em negrito, Local de publicação (cidade), dia mês ano [se houver]. Disponível em: . Acesso em: dia mês ano.

**9.9 Artigo de Jornal em meio eletrônico:** SOBRENOME DO AUTOR, Prenome. Título do artigo. Nome do Jornal em negrito, Local de publicação (cidade), dia mês ano. Disponível em: . Acesso em: dia mês ano.

## 10. Fomento

**10.1** Os autores devem informar à Comissão Editorial qualquer tipo de financiamento, bolsa de pesquisa ou benefícios recebidos para o desenvolvimento do trabalho e declarar não haver conflito de interesses que comprometa o manuscrito apresentado.

**10.2** Caso haja possibilidade de identificação da autoria, a informação não deve ser incluída no arquivo submetido, a fim de não prejudicar a avaliação às cegas por pares. A inclusão deverá ser feita na fase final prévia à publicação do artigo, após o contato da Comissão Editorial com o autor.

## 11. Garantia de avaliação duplo-cego por pares (*double blind review*)

**11.1** É imprescindível que autores tomem todos os cuidados para que sejam eliminados do documento a ser submetido qualquer tipo de identificação da autoria.

**11.2** Não devem ser incluídos, no corpo do texto, elementos como minicurrículo sob o título do artigo, nota de rodapé com dados de autoria, referência, no corpo do texto, a obra anteriormente publicada que faça referência aos autores de qualquer outra forma que não na terceira pessoa.

**11.3** A identificação de autoria do trabalho deve ser removida do arquivo Word, conforme orientação disponível na página da Microsoft (inserir link: <https://support.microsoft.com/pt-br/topic/remover-dados-ocultos-e-informações-pessoais-inspecionando-documentos-apresentações-ou-workbooks-356b7b5d-77af-44fe-a07f-9aa4d085966f>).

## 12. Termo de Compromisso e de Direito Autoral

**12.1** Para publicação do artigo, os autores devem assinar o Termo de Compromisso e de Direito Autoral, a ser encaminhado pela Comissão Editorial, no qual declaram o ineditismo do texto, a inexistência de qualquer infração à ética acadêmica e a concordância com a publicação do manuscrito sem ônus, sob a Licença Creative Commons – Atribuição 4.0 Internacional – CC BY 4.0.



## EDITORIAL POLICY

### Objectives of the Journal

*Suprema – Revista de Estudos Constitucionais* is a scientific journal, of semiannual periodicity, promoted by the Federal Supreme Court of Brazil (Supremo Tribunal Federal – STF), aimed at publishing original articles, translations, reviews, and interviews from the legal field. Its main objective is to disclose texts from the most diverse fields of public and private law, enabling the circulation of knowledge in research based on theoretical and empirical approaches to provide a qualified space for academic debate.

### Editorial line

*Suprema* adopts a broad editorial line, accepting the submission of papers from both the traditionally recognized branches of law and the less conventional lines, such as texts with an interdisciplinary approach, to promote greater diversity in the discussed topics, which is especially valued by *Suprema*. The inbound flow of academic texts will be continuous. Papers will be accepted in Brazilian Portuguese, English, Spanish, French, and Italian.

### Peer review process

The article is initially analyzed by the Editorial Team of *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais* to verify its compliance with the guidelines established in the editorial line of the journal, the formal requirements for submission, the journal's publication policy, and the potential for publication. After this preliminary analysis, the file without the identification of authorship is sent to the journal's definitive or *ad hoc* referees. At this stage, the articles are evaluated in a double-blind review system, keeping the names of authors and referees confidential.

## Guidelines for Authors

### 1. Originality

**1.1** Articles, reviews, and translations submitted must be original, unpublished, and cannot be under evaluation in other journals unless it has been published in another language and in another country, in which case there must be a reference in a footnote that it is a version of an article already published in another journal. Submitted articles, reviews, and translations must be original, unpublished, and cannot be under evaluation by other journals.

**1.2** Once published in *Suprema*, articles may only be republished after prior consultation with the journal's Editorial Committee.

### 2. Author's academic degrees

**2.1** Articles may have up to three co-authors, requiring a doctorate as a priority. Exceptionally, papers by authors holding a master's degree, or who are pursuing a doctorate or master's degree may be accepted, provided there is at least one co-author with a doctorate.

**2.2** In the case of research groups, the names of the participants must be included in a footnote, indicating the work performed by each member.

### 3. Limit of article submissions

**3.1** To meet *Suprema's* purpose to reflect plurality both in its content and in its editorial field, the publication of articles by the same authorship is limited to one article per issue, both of individual works and in co-authorship. The author must wait 18 months to submit new texts, counting from the date of publication of the number in which the manuscript appears.

### 4. Languages

**4.1** Papers will be accepted in Portuguese, English, Spanish, French, and Italian.

**4.2** For texts in Portuguese, the title, abstract, keywords, and summary should be translated to English and Spanish. For papers in other languages, the title, abstract, keywords, and summary should be translated into Portuguese, English, and Spanish, if the latter two are not the original languages.

## 5. Metadata

**5.1** At the time of article submission, the metadata must be filled out according to the following guidelines, under penalty of outright rejection of the submission.

### 5.1.1 Authorship:

**5.1.1.1 First and last name:** Indication of the full name of the authors, with only the initials of each name in capital letters. In the case of co-authorship, the names of the authors should be inserted in the order they should appear in the publication.

**5.1.1.2 E-mail:** Indication of the e-mail address of each of the authors, which must be displayed in the published version of the article.

**5.1.1.3 ORCID iD:** Indication of the ORCID identification number of each author. The ORCID identifier can be obtained free of charge from <https://orcid.org/register>. The author must accept the standards for the presentation of ORCID iD and include the complete URL in his or her registration accompanied by the expression “http://” (for example <http://orcid.org/0000-0002-1825-0097>).

**5.1.1.4 URL:** Indication of a link to each of the authors’ complete curriculum vitae. In the case of Brazilian authors, a link to the Lattes Curriculum Vitae must be indicated.

**5.1.1.5 Institution/Affiliation:** Indication of the main institutional affiliation or the two main ones if the partnership with both is of equal importance. The affiliation refers to the institution to which the author is linked as a teacher or student. If the author is neither a professor nor a student, the institution where he/she obtained the highest academic degree, such as a doctorate, master’s, specialization, etc., should be informed. The name of the institution must appear in full in its original language, followed by its country of origin in parentheses. If the author is a professor pursuing a master’s or doctoral degree at another institution, the main affiliation will be that of the institution in which the author appears as a master’s or doctoral student.

**5.1.1.6 Country:** Indication of the country of the main institutional affiliation of each of the authors.

**5.1.1.7 Biography:** A brief curriculum vitae of each author, beginning with the indication of the institution where he/she works as a professor, with reference to the respective city, the acronym of the state, and country in parentheses, followed by the indication of his/her academic degrees (beginning with the highest), his/her other links with scientific associations, his/her profession, etc.

### 5.1.2 Title and Abstract:

**5.1.2.1 Title:** Indication in the original language of the article, with only the first letter of the sentence in uppercase, with up to ten words (cf, complete information below in “Text presentation”).

**5.1.2.2 Abstract:** Indication in the original language of the article, with up to 150 words, without paragraph formatting, and without citations or references.

### 5.1.3 Indexing:

**5.1.3.1 Keywords:** Indication of up to five terms in the original language of the article, in lowercase letters and separated by semicolons.

**5.1.3.2 Language:** Indication of the acronym corresponding to the language of the article (Português=pt; English=en; Français=fr; Español=es).

**5.1.4 Funding:** Indication of research funding sources, if applicable.

**5.1.5 References:** Indication of the complete list of references cited in the article, with a space between each of them.

## 6. Text Presentation

**6.1** Submissions must be sent as “.doc” or “.docx” files, using Microsoft Word for typing. Times New Roman font, size 12, with 1.5 line spacing, and justified paragraphs should be used (except for citations, footnotes, references, and figure legends, which should conform to ABNT standards). The spacing of the first line of paragraphs should be 1.25 cm or 1 TAB. The page setup should be A4 (210 mm x 297 mm), with top and left margins of 3 cm and bottom and right margins of 2 cm.

**6.2** Articles and translations’ manuscripts should range from 7,000 to 10,000 words in length. Reviews should range from 4,000 to 7,000 words in length.

Longer manuscripts may be published at the editor's discretion if their length is justifiable.

**6.3** The initial and final sections of the article should be called Introduction and Conclusion, respectively.

**6.4** Submissions must contain the following items:

**6.4.1 Title:** The title must range up to ten words, including the subtitle (if any). The title in the original language of the article must be written in Times New Roman font, size 14, highlighted in bold and centralized alignment. Titles in other languages must be written in Times New Roman font, size 14, italicized, also centered. The title and subtitle of the article must only have the first letter of each phrase capitalized, except in cases where the use of capitalization is mandatory.

**6.4.2 Abstract:** The abstract should be concise (up to 150 words), written in a single paragraph, and highlight the objective, the main subject of the article, the methodology used, and the main conclusions. The enumeration of topics should not be used in this item.

**6.4.3 Keywords:** Indicate up to five terms that classify the work with adequate precision for its indexing, separated by semicolons (;).

**6.4.4 Summary:** It must reproduce only the number and name of the main sections that compose the article.

**6.5** Footnotes should not be numerous and should only contain information that is complementary to the body of the text. They should not be too long or contain direct quotations. They must be formatted in the same font as the article (Times New Roman), size 10, single line spacing, and justified alignment.

**6.6** If it is necessary to indicate information about the article (funding by funding agencies, acknowledgments, translators of the text, etc.), a footnote with an asterisk (not a number) should be inserted to the right of the title in the original language of the article.

**6.7** Tables, charts, figures, images, and graphs, when they exist, should be included in the body of the text and not at the end of the document as annexes. They should be inserted with due care as to good resolution. To do so, they must present a maximum width of 10 cm; open and editable vector format; short, self-explanatory subtitles. The images (bitmap) must have a minimum width of 12 cm and a minimum resolution of 300 ppi.

## 7. Quotations and notes

7.1 Quotations throughout the text should follow ABNT's NBR 10520 – Information and Documentation – Quotations in documents – Presentation/ Aug. 2002.

7.2 Articles using the author-date model or expressions such as *Op. Cit.*, *Idem*, and *Ibid* will not be accepted.

7.3 The indication of authorship must be made in a footnote in Times New Roman 10 font and not in an endnote of the article (indicate the complete reference of the work in the first citation and, afterward, highlight only the author's name, the title of the work and the page number).

Examples:

### In the text:

The so-called “pandectist” had been the peculiar way in which Roman law was integrated into nineteenth-century Germany. (3)

In the footnote:

### In the 1st quote:

(3) LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na História**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 225.

### In the 2nd quote:

(4) LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na História**. p. 225.

7.4 Foreign authors may follow other citation models in their submissions.

7.5 Quotations with up to three lines must remain in the body of the text, without indentation or highlighting, emphasized by quotation marks. Quotations longer than 3 lines must be separated from the text with a 4 cm paragraph indentation, 11 points, single line spacing, and justified text, without the use of quotation marks.

7.6 Highlights from the original work should be reproduced identically in the quotation. If there are no highlights in the original, but the author of the article wishes to highlight some information, the following rules should be observed:

7.6.1 Highlights from the author of the article: after transcribing the quotation, use the expression “our emphasis” in parentheses.

7.6.2 Other highlights in parts of the text must only occur in italic font style and only in the following cases: **a)** expressions in a foreign language; and **b)** highlighting expressions, if strictly necessary for the understanding of the text.

7.7 Quotations in a foreign language must always be translated into the predominant language of the article in the footnotes, accompanied by the term “our translation” in parentheses.

## 8. References

8.1 The indication of references must obey the provisions of NBR 6023/2018 – Information and Documentation – References – Elaboration/Nov. 2018, of ABNT.

8.2 References must contain all the necessary data to identify the works and be arranged in alphabetical order from the first letter of the Author’s Last Name.

8.3 The distinction of different works by the same author will be made taking into consideration the chronological order, according to the year of publication. Works by the same author and published in the same year will be differentiated by adding a letter at the end of the year (Ex. 2019a, 2019b).

8.4 All bibliographical references used in the text must be indicated at the end of the document, with URL information whenever possible.

8.5 Foreign authors may follow other reference models in their submissions.

## 9. Reference Models

9.1 **In the 1st citation:** SURNAME, First Name. Document title in bold: subtitle (if any). Edition (if any). Translation of NAME OF TRANSLATOR (if any). Place of publication (city): Publisher, date of publication of the work. Page number.

9.2 **In the 2nd citation:** SURNAME, First name. Title of the document in bold: subtitle (if any). Page number.

9.3 **Book chapter:** SURNAME OF THE AUTHOR OF THE CHAPTER, First Name. Title of the chapter. *In:* SURNAME OF THE BOOK ORGANIZER, First name (org.). Title of the document in bold. Place of publication (city): Publisher, date of publication of the work. p. x-y.

9.4 **Monograph, Dissertation, Thesis:** AUTHOR’S SURNAME, First name. Title of the document in bold. Date of publication of the work. Dissertation

(master's degree in \_\_) – Faculty of \_\_, University of \_\_, Place of institution (city), year.

**9.5 Journal Article:** AUTHOR'S SURNAME, First Name. Title of the article. Name of the Journal in bold, Place of publication (city), v. x, n. x, p. x-y, month year.

**9.6 Signed Journal Article:** AUTHOR'S SURNAME, First Name. Title of the article. Name of the Journal in bold, Place of publication (city), v. x, n. x, p. x-y, month year.

**9.7 Unsigned newspaper article:** TITLE of article with first word in capital letters. Name of the Journal in bold, Place of publication (city), v. x, n. x, p. x-y, day month year.

**9.8 Journal article in electronic media:** AUTHOR'S SURNAME, First Name. Title of the article. Name of the journal in bold, place of publication (city), day month year [if any]. Available at: . Accessed on: day month year.

**9.9 Newspaper Article in electronic media:** AUTHOR'S SURNAME, First Name. Title of the article. Name of the newspaper in bold, place of publication (city), day month year. Available at: . Accessed on: day month year.

## 10. Funding

**10.1** Authors must inform the Editorial Committee of any type of funding, research grant, or benefits received for the development of the work and declare that there is no conflict of interest that would compromise the submitted manuscript.

**10.2** If it is possible to identify the authorship, this information should not be included in the submitted file, so as not to jeopardize the blind peer review. The inclusion should be done in the final stage prior to the article's publication after the Editorial Committee has contacted the author.

## 11. Guarantee of double-blind peer review

**11.1** It is imperative that authors take every precaution to eliminate any kind of identification of authorship from the document to be submitted.

**11.2** Elements such as a mini *résumé* under the title of the article, footnotes with authorship data, and references to previously published works in the text referring to the authors in any way other than in the third person must not be included in the body of the text.

**11.3** The authorship identification of the paper must be removed from the Word file, according to guidance available on the Microsoft page (insert link: <https://support.microsoft.com/pt-br/topic/remover-dados-ocultos-e-informações-pessoais-inspecionando-documentos-apresentações-or-workbooks-356b7b5d-77af-44fe-a07f-9aa4d085966f>).

## 12. Term of Commitment and Copyright

**12.1** To publish the article, the authors must sign the Term of Commitment and Copyright, to be sent by the Editorial Committee, in which they declare the originality of the manuscript, that there is no academic ethical misconduct, and that they agree to publish the manuscript free of charge, under the Creative Commons – Attribution 4.0 International License – CC BY 4.0.



