

Nota do Editor-Chefe

É com satisfação que apresentamos mais uma edição da **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, reafirmando o compromisso da Revista com a divulgação da produção científica jurídica, com o diálogo interdisciplinar e com a reflexão crítica sobre os desafios que marcam o Direito contemporâneo.

Os artigos que compõem esta edição revelam a amplitude e a diversidade da pesquisa jurídica atual. Embora partam de objetos distintos, os trabalhos convergem em torno de uma preocupação comum: compreender como as transformações tecnológicas, institucionais, sociais e políticas contemporâneas desafiam categorias jurídicas consolidadas e exigem novas formas de interpretação, regulação e proteção de direitos.

A inteligência artificial ocupa lugar de destaque neste número. Os trabalhos dedicados à utilização de sistemas algorítmicos pelo Estado, à rotulagem de conteúdos sintéticos e à utilização de inteligência artificial nos tribunais examinam diferentes dimensões da crescente incorporação da tecnologia às relações jurídicas e às instituições. As pesquisas chamam atenção, sob perspectivas distintas, para questões como transparência, responsabilidade, proteção de direitos, controle e os limites da automação das decisões.

As transformações tecnológicas também aparecem no âmbito das relações de trabalho e da investigação criminal. O estudo sobre o trabalho em plataformas digitais discute os limites das categorias tradicionais de subordinação diante do controle algorítmico e da gamificação, enquanto a pesquisa sobre o emprego de *malware* na obtenção de provas no processo penal examina os limites jurídicos de técnicas investigativas invasivas e a necessidade de compatibilização entre inovação tecnológica, legalidade e direitos fundamentais.

A presente edição contempla, igualmente, importantes questões de Direito Constitucional, Teoria do Direito e Teoria Política. O estudo dedicado ao mandado de injunção investiga as possibilidades de releitura do instituto diante das omissões normativas e de novos desafios de governança constitucional, inclusive em diálogo com as *injunctions* anglo-saxãs. Em outra perspectiva, o artigo que aproxima as formulações de Hans Kelsen e Carl Schmitt retoma um dos debates fundamentais acerca das relações entre autoridade, Direito e democracia.

O Direito Internacional e o Direito Comparado também integram este número. A análise do dualismo jurisdicional francês e da atuação do Tribunal de Conflitos permite refletir sobre os mecanismos institucionais de distribuição de competência entre as jurisdições administrativa e judiciária e sobre sua relação com as garantias previstas no artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Por fim, a edição amplia seu horizonte interdisciplinar ao incorporar uma investigação sobre jogos, poder e biopolítica, aproximando o fenômeno jurídico das reflexões contemporâneas sobre disciplina, governança e resistência. A abordagem permite compreender os jogos não apenas como manifestações culturais ou formas de entretenimento, mas também como espaços atravessados por relações de poder e por mecanismos de regulação da vida.

Outro aspecto que merece destaque é a diversidade institucional dos trabalhos publicados. A edição reúne pesquisadores vinculados a instituições brasileiras de diferentes regiões, como UFU, UNESP, UEL, UEM, UEMG, USP, UFC, PUC Minas, Unilavras, Faculdade de Direito Milton Campos e Faculdade do Sul de Minas, além de contar com contribuições vinculadas à Universidad Argentina John Fitzgerald Kennedy e à Université Paris-Cité. Essa pluralidade institucional fortalece o caráter nacional e internacional da Revista e amplia os espaços de diálogo acadêmico que buscamos promover. A diversidade temática e metodológica dos artigos confirma, assim, a vocação da Revista para acolher pesquisas que enfrentem problemas jurídicos relevantes a partir de diferentes perspectivas teóricas, metodológicas e disciplinares. Mais do que registrar a produção acadêmica de seu tempo, uma revista científica deve contribuir para a construção de espaços de debate, questionamento e renovação do pensamento jurídico.

Agradecemos aos autores e autoras que confiaram seus trabalhos à Revista, bem como aos avaliadores, pareceristas, membros do corpo editorial e demais colaboradores que contribuíram para a realização desta edição. Esperamos que os textos aqui reunidos estimulem novas pesquisas, debates e interlocuções e que contribuam para uma compreensão crítica e plural dos desafios que se colocam ao Direito no presente.

Boa leitura!

O dualismo jurisdicional e a resolução de conflitos de competência pelas jurisdições francesas: A atuação do Tribunal de Conflitos na garantia do equilíbrio jurisdicional e do respeito ao artigo 6º da CEDH

Jurisdictional Dualism and the Resolution of Jurisdictional Conflicts by French Courts: The Role of the Court of Jurisdictional Conflicts in Ensuring Judicial Balance and Compliance with Article 6 of the ECHR

Lara Campos Arriaga¹

Raquel C. Ramos Machado Malenchini²

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar a atuação do Tribunal de Conflitos na garantia do equilíbrio jurisdicional francês e do respeito ao artigo 6º da CEDH através do método descritivo-analítico e jurídico-dogmático. Aborda-se, primeiramente, a estrutura e a competência da Ordem Judiciária. Expõe-se, em seguida, a estrutura e a competência da Ordem Administrativa. Analisa-se, na sequência, a missão do Tribunal de Conflitos na resolução de conflitos de competência. Explora-se, posteriormente, o papel dessa Jurisdição na prevenção de controvérsias de competência. Com o estudo, verificou-se que, devido à existência do Dualismo Jurisdicional, poderão nascer litígios de atribuição de competência entre a Ordem Administrativa e Judiciária. Percebeu-se, também, a existência, da Questão Prejudicial como mecanismo destinado a resolver litígios de competência entre os tribunais. Constatou-se, entretanto, que o Tribunal de Conflitos possui função essencial na resolução de conflitos de competência entre as esferas Judiciária e Administrativa. Notou-se, outrossim, que a resolução dos conflitos de competência pelo Tribunal de Conflitos é um instrumento essencial para assegurar o equilíbrio entre as jurisdições da Ordem Judiciária e da Ordem

¹Doutora em direito pela Université Paris-Cité (França), em cotutela com a Universidade Federal do Ceará. Mestrado em direito pela Université Paris-Cité. Aprovada no Exame da Ordem dos Advogados de Versailles (França). Jurista em Paris desde 2017. Ex-assistente na Delegação de Portugal junto à Unesco em Paris. Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7420292282543569>. ORCID : <http://orcid.org/0000-0002-7987-9112>

²Doutora em Direito pela USP. Advogada, professora de Direito Eleitoral e de Teoria da Democracia na Universidade Federal do Ceará. Ex Coordenadora da Pós-graduação em Direito na Universidade Federal do Ceará. Coordenadora do grupo de pesquisa e extensão Agora, educação para a cidadania. Coordenadora da Área Acadêmica da Transparência Eleitoral Brasil. Lattes : <http://lattes.cnpq.br/3499098855052085>. ORCID : <http://orcid.org/0000-0002-9749-3539>

Administrativa. Concluiu-se, ademais, que a atuação do Tribunal de Conflitos na resolução e na prevenção de conflitos de competência é indispensável para assegurar que cada jurisdição opere dentro de seus limites, evitando a contrariedade de decisões judiciais e a duração excessiva de processos, favorecendo a celeridade processual e o direito a que toda pessoa tenha sua causa examinada por um juiz independente, em conformidade com os preceitos do artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Competência. Dualismo. Tribunal de Conflitos. França. CEDH.

Abstract: This article aims to analyze the role of the Court of Conflicts in ensuring French jurisdictional balance and compliance with Article 6 of the ECHR through descriptive-analytical and legal-dogmatic methods. First, it addresses the structure and jurisdiction of the Judicial Order. Next, it outlines the structure and jurisdiction of the Administrative Order. It then analyzes the mission of the Court of Conflicts in resolving conflicts of jurisdiction. It subsequently explores the role of this jurisdiction in preventing jurisdictional disputes. The study found that, due to the existence of jurisdictional dualism in France, disputes over the attribution of jurisdiction between the Administrative and Judicial Orders may arise. It also noted the existence of the preliminary ruling as a mechanism for resolving disputes over jurisdiction between courts. However, it was found that the Court of Conflicts plays an essential role in resolving conflicts of jurisdiction between the Judicial and Administrative Orders. It was also noted that the resolution of conflicts of jurisdiction by the Court of Conflicts is an essential tool for ensuring balance between the jurisdictions of the judicial and administrative orders. It was further concluded that the role of the Court of Conflicts in resolving and preventing conflicts of jurisdiction is indispensable to ensure that each jurisdiction acts within its limits, avoiding conflicting judicial decisions and excessive length of proceedings, favoring procedural speed, and the right of every person to have their case examined by an independent judge, in accordance with the provisions of Article 6 of the European Convention on Human Rights.

Keywords: Jurisdiction. Dualism. Court of Conflicts. France. ECHR.

1. Introdução

A França é uma república parlamentarista na qual, conforme o artigo 8 da Constituição francesa de 1958, o Presidente da República nomeia o Primeiro-Ministro (FRANÇA, 1958), que assegura a execução das leis, de acordo com o artigo 21 da Carta Magna (FRANÇA, 1958).

A organização da justiça na França é marcada pela existência de duas ordens jurisdicionais: a Ordem Judiciária, a qual está sob a hierarquia da

Corte de Cassação (*Cour de Cassation*) e a Ordem Administrativa, que é subordinada ao Conselho de Estado (*Conseil d'État*).

A separação entre as jurisdições reflete o princípio do dualismo Jurisdicional (*dualisme juridictionnel*) que possui origem no postulado da separação dos Poderes de Montesquieu. Cumpre ressaltar que o nascimento da jurisdição administrativa ocorreu devido à necessidade de que a autoridade judiciária não intervisse nos assuntos relativos à administração do governo francês.

No âmbito da Ordem Judiciária, o artigo 64 da Constituição francesa assegura a independência dos magistrados (FRANÇA, 1958). Convém observar, porém, que os membros do Ministério Público francês, também, possuem status de magistrados. Eles compõem, junto aos juízes civis e penais, o Corpo de magistrados da justiça civil (*corps de magistrats de la justice civile*). Ocorre, entretanto, que esses últimos julgam litígios, enquanto os membros do Ministério Público (*Parquet*) são magistrados detentores da ação penal pública, não exercendo, portanto, função jurisdicional.

Nota-se que a independência do Ministério Público é questionada pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH, 2008, *online*) que discorda da autonomia plena dos promotores de justiça franceses. Segundo essa jurisdição, os membros do Parquet não são independentes, pois eles atuam sob a hierarquia do Ministro da Justiça, o qual, por sua vez, é subordinado ao governo francês.

No que se refere à Ordem Administrativa, a independência de seus magistrados é prevista no bloco de constitucionalidade francês (*Bloc de constitutionnalité*), uma vez que se trata de um Princípio Fundamental Reconhecido pelas Leis da República (PFRLR) de 1987, consagrado através da decisão *Conseil de la Concurrence* do Conselho Constitucional francês (*Conseil Constitutionnel*, 1987, *online*). Cumpre afirmar que esse dispositivo integra, hoje, a Constituição francesa atual, uma vez que todos os

instrumentos normativos os quais compõem o bloco de constitucionalidade possuem valor constitucional.

É possível, também, ressaltar, dentro do panorama de jurisdições francesas, a existência da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte de Justiça da União Europeia. Ocorre, entretanto, que essas duas jurisdições não integram nem a Ordem Judiciária nem a Ordem Administrativa francesa, mas desempenham função relevante no diálogo contínuo com as jurisdições da ordem administrativa e judiciária e na formação da jurisprudência francesa.

No âmbito deste estudo, é merecido, também, destacar a existência do Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel*) entre as instituições francesas. Esse órgão desempenha função relevante na verificação da constitucionalidade das leis francesas. Outrossim, essa Instituição possui competência, conforme o artigo 58 da Constituição de 1958, em garantir a regularidade das eleições presidenciais nacionais (FRANÇA, 1958).

Ademais, segundo o artigo 61 da Carta Magna francesa, o Conselho Constitucional efetua o controle de constitucionalidade antes da entrada em vigor do texto legislativo quando novas leis orgânicas lhe são submetidas para análise (FRANÇA, 1958), cabendo a seus membros pronunciar-se acerca de sua constitucionalidade. Outro modo de controle de constitucionalidade que pode ser efetuado pelos membros do *Conseil Constitutionnel*, após a entrada em vigor do texto legislativo, realizar-se por meio da Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC), cuja regulamentação é prevista na Lei Orgânica 1.523 do 10 de dezembro de 2009. Percebe-se, portanto, que, embora o Conselho Constitucional não seja uma jurisdição, ele tem um papel de destaque em meio às jurisdições francesas, uma vez que ele decidirá se irá abrogar uma determinada disposição legislativa.

Convém observar também que, em matéria de QPC, o diálogo entre as duas Cortes Supremas Francesas e o Conselho Constitucional passa a ser obrigatório, visto que são as cortes supremas que transmitem a questão de

constitucionalidade recebida por uma jurisdição inferior ao Conselho Constitucional.

Ressalte-se que a Corte de Justiça da União Europeia é um organismo que pertence à União Europeia cuja função principal é garantir que os estados-membros europeus respeitem a legislação regional. Quanto à Corte Europeia de Direitos Humanos, convém observar que ela possui como função principal garantir que os estados europeus cumpram os dispositivos da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Ademais, acerca desses órgãos, cumpre destacar o conteúdo do artigo 55 da Constituição de 4 de outubro de 1958 no que se refere à primazia dos instrumentos normativos internacionais assinados pela França. Esse dispositivo prevê que: “Os tratados ou acordos que tenham sido devidamente ratificados ou aprovados têm, a partir do momento de sua publicação, uma autoridade superior à das leis.” (FRANÇA, 1958).

Vale destacar, também, a importância do artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos no direito francês. Esse dispositivo legal assegura o direito a um processo equitativo, garantindo a toda pessoa o direito ao exame justo e público de sua causa por um tribunal independente e imparcial, constituído conforme a lei. (EUROPA, 1950). Esse tribunal, também, possuirá competência para decidir tanto sobre direitos e obrigações de natureza civil quanto sobre o fundamento de qualquer acusação penal dirigida contra o indivíduo. O cumprimento do conteúdo do artigo 6º da CEDH é, portanto, indispensável a efetivação do acesso à justiça.

Convém dizer que o teor do artigo 6º da CEDH é invocado diversas na análise de textos legislativos e da jurisprudência francesa. Conforme afirma ROUVILLOIS (p. 92, 2019): “Em meio século, a Corte Europeia de Direitos Humanos já produziu uma jurisprudência abundante e notavelmente criativa.”

A existência do dualismo jurisdicional, embora promova uma repartição rigorosa de competências entre duas ordens, pode gerar conflitos

de competências entre tribunais. De acordo com DAMIENS, HOFFSCHIR, LLAHI e MAUCLAR (2024, p. 28), as regras de competência se destinam a determinar a jurisdição que deverá conhecer uma demanda judicial. Percebe-se que o surgimento de impasses jurídicos entre as duas ordens jurisdicionais francesas levou à criação, em 1872, do Tribunal de Conflitos, cujo objetivo principal é solucionar os conflitos de competência entre as duas jurisdições.

Diante do contexto descrito, torna-se necessário analisar o seguinte problema: De que forma o Tribunal de Conflitos age na prevenção e na resolução dos conflitos de competência entre a Ordem Administrativa e a Ordem Judiciária no sistema jurisdicional francês, a fim de promover o equilíbrio entre as Ordens e assegurar o cumprimento dos preceitos do artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos?

Cumprir afirmar que este estudo se justifica pela necessidade de compreender como o equilíbrio entre a Ordem Judiciária e a Ordem Administrativa, no âmbito do dualismo jurisdicional, é preservado face a conflitos de competência. O Tribunal de Conflitos, composto por membros do Conselho de Estado e da Corte de Cassação, exerce papel relevante nesse processo, uma vez que ele atua como jurisdição competente para resolver esses litígios, assegurando que cada tribunal atue no respeito dos limites de sua competência. Ademais, possui, também, função notória na prevenção de conflitos de competência, na redução de duração dos processos, favorecendo a celeridade processual e a coerência de decisões judiciais, evitando, assim, decisões contraditórias. Analisar o papel do Tribunal de Conflitos na resolução dos conflitos de competência no sistema jurisdicional francês é de considerável importância, uma vez que esse estudo permite verificar o modo como esse órgão contribui para a harmonia entre as duas ordens jurisdicionais e à promoção da efetividade do acesso à justiça, no cumprimento dos preceitos do artigo 6 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. No âmbito deste trabalho, será utilizado o método descritivo-analítico, a fim de descrever e analisar como funciona o dualismo jurisdicional e a resolução de conflitos de

competência e, também, o método jurídico-dogmático, a fim de examinar normas constitucionais, leis e jurisprudência. Serão, portanto, analisadas fontes, como a Constituição Francesa de 1958, textos de lei relativos ao Tribunal de Conflitos e aqueles referentes à competência dos tribunais da Ordem Administrativa e da Ordem Judiciária. Ademais, serão, também, utilizadas doutrina de especialistas em direito e jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Ante o exposto, percebe-se a relevância de verificar qual o alcance do Tribunal de Conflitos na manutenção do equilíbrio entre a ordem judiciária e a ordem administrativa no âmbito da organização jurisdicional francesa, uma vez que essa Corte busca determinar quando uma dessas duas jurisdições possuirá competência para julgar um litígio determinado.

Nos próximos parágrafos, examinaremos o funcionamento do dualismo jurisdicional e os mecanismos criados pelo legislador francês para promover uma resolução eficaz dos conflitos de competência entre as duas jurisdições.

2. O sistema francês do dualismo jurisdicional: A existência da ordem administrativa e da ordem judiciária

A primeira parte deste artigo apresentará a composição e a competência dos tribunais pertencentes ao sistema judiciário e administrativo francês.

2.1. A estrutura e a competência da Ordem Judiciária

Conforme estabelece o artigo 64 da Constituição francesa de 1958 (FRANÇA, 1958, *online*): “O Presidente da República garante a independência da autoridade judiciária. Ele é assistido pelo Conselho Superior da Magistratura.” De acordo com que foi destacado anteriormente,

a Ordem Judiciária é composta por juízes independentes e imparciais que fazem parte das jurisdições civis e penais. O ministério público, titular da ação penal pública, exerce suas funções junto às jurisdições da Ordem Judiciária.

Insta afirmar que o tribunal que possui competências mais relevantes na Ordem Judiciária é o Tribunal Judiciário o qual é, portanto, a jurisdição de direito comum do primeiro grau. Convém ressaltar que esse Tribunal foi criado com a união entre os antigos Tribunais de Grande Instância e Tribunais de Instância (*Tribunaux de Grande Instance et Tribunaux d'Instance*). Essa importante reforma da justiça francesa ocorreu no ano de 2020 e teve como objetivo simplificar o acesso do cidadão à justiça.

No Tribunal Judiciário, a regra é a obrigatoriedade de representação por advogado, ao passo que nas jurisdições de exceção, o processo é menos formal, estando sujeito ao princípio da oralidade e à ausência de obrigatoriedade de representação por advogado. Convém afirmar que, com a reforma de 2020, alguns antigos Tribunais de instância deram origem aos tribunais de proximidade (*Chambres de proximité*) que possuem, por exemplo, competência exclusiva em matéria de conflitos entre vizinhos e outros litígios do dia-a-dia do valor de até 10 mil euros. Além disso, os Tribunais de proximidade são anexos dos tribunais judiciais e, conforme o artigo L212-8 do Código de Organização Judiciária (FRANÇA, 1978), situam-se na mesma circunscrição da Corte de Apelação do Tribunal Judiciário.

Conforme mencionado anteriormente, o Tribunal Judiciário é a jurisdição com maior número de competências entre as jurisdições de primeiro grau. Essa jurisdição possui competência em primeira instância para julgar litígios de direito privado, quando a competência não for expressamente atribuída à outra jurisdição. Além disso, no âmbito Tribunal Judiciário, existirão varas (*chambres*) com juízes únicos ou com turmas colegiadas de primeira instância. É igualmente importante salientar que alguns Tribunais judiciais no Território Francês têm competência exclusiva e especial, por

exemplo, em matérias de marcas e desenhos, cuja competência é atribuída apenas ao Tribunal Judiciário de Paris, segundo estabelece o artigo R211-7 do Código de Organização Judiciária (FRANÇA, 1978).

Entre os juízes únicos, é possível destacar, por exemplo, a existência do Juiz do Contencioso e da Proteção, que terá um papel relevante na proteção de pessoas vulneráveis. Também, convém salientar a função do Juiz de Negócios Familiares (*Juge des affaires familiales*), que possuirá competência em matéria de divórcio. Deve-se, também, destacar a figura do *Juge de la Mise en État*, o juiz responsável pela fase de instrução civil, que é competente para preparar processos mais complexos antes do julgamento, conforme o artigo 780 do Código de Processo Civil (FRANÇA, 1976). É importante ressaltar que compete a esse magistrado examinar toda a instrução processual em matéria cível, assegurando o respeito ao contraditório e preparando o processo para ser apreciado pelo juiz responsável pelo julgamento.

O Tribunal Judiciário é, portanto, a jurisdição que possuiu competência de atribuição em princípio, de modo que todas as matérias que não forem de sua competência serão julgadas pelas jurisdições de exceção. É válido, também, acrescentar o papel relevante do Juiz das Crianças (*Juge des enfants*), conforme previsto no artigo L252-1 do Código de Organização Judiciária (FRANÇA, 1978). Esse magistrado possui competência em matéria de assistência educativa, em proteção de menores de idade emancipados e, também, em assuntos penais, julgando delitos e contravenções de quinta classe cometidos por menores de idade.

Convém mencionar, também, o papel relevante do Juiz de Instrução (*Juge d'instruction*) e a função importante do Juiz das Liberdades e da Detenção (*Juge des libertés et de la détention*), que decidem, de forma não-colegiada, em matéria penal. Relativamente ao Juiz de Instrução, trata-se de um magistrado independente responsável pela instrução processual. É importante salientar que, no direito francês, a instrução é obrigatória em processos criminais, mas permanece facultativa no caso de processos de

julgamento de delitos, conforme estabelece o artigo 79 do Código de Processo Penal (FRANÇA, 1959). Ocorre, entretanto, que a instrução não é efetuada em julgamentos de contravenções penais. Nota-se, também, que, a função do Juiz de Instrução é ampla no processo penal francês, pois, conforme o artigo 81 do Código de Processo Penal (FRANÇA, 1959), ele realiza todos os atos de investigação que julgar úteis para a descoberta da verdade, instruindo tanto para acusação quanto para defesa. Quanto ao Juiz das Liberdades e da Detenção, esse possui papel ativo relativamente à prisão provisória, escutas telefônicas e perquisição. É ele quem possui competência nessas três matérias.

No que se refere às jurisdições “de exceção”, é necessário destacar a existência do Tribunal de comércio (*Tribunal de commerce*), do Tribunal Trabalhista (*Conseil de Prud’hommes*) e do Tribunal Paritário dos Arrendamentos Rurais (*Tribunal paritaire des baux ruraux*). Relativamente ao Tribunal de Comércio, ele é competente para resolver os litígios relativos a negócios entre comerciantes, artesãos, instituições de crédito e sociedades comerciais, bem como outros atos de comércio entre quaisquer pessoas, conforme o artigo L721-3 do Código de Comércio (FRANÇA, 2000). É igualmente importante salientar, que esse Tribunal é formado por membros da profissão que são, portanto, juízes leigos (*consulaires*) eleitos por seus pares. Além disso, o Tribunal de Comércio é a mais antiga jurisdição francesa. A representação por advogado é a regra, entretanto, se o valor da causa for inferior a dez mil euros, a representação não será obrigatória.

Relativamente ao Tribunal Trabalhista (*Conseil de Prud’hommes*), trata-se, também, de uma instituição paritária, cujos membros são representantes de empregadores e de empregados. Nesse tribunal, a conciliação é obrigatória antes do julgamento, a fim de resolver litígios ocorridos devido à celebração, à execução e à rescisão de contratos de trabalho. Convém mencionar que a representação por advogado não é obrigatória no

Conseil de Prud'hommes, de modo que a pessoa poderá ser representada, por exemplo, por um defensor sindical.

Com relação aos Tribunais paritários de arrendamentos rurais, convém informar que são competentes para julgar litígios entre proprietários de terras e arrendatários, de acordo com o artigo L491-1 do Código Rural e da Pesca Marítima (FRANÇA, 2010). Eles são compostos por um juiz profissional e por juízes leigos, representando proprietários de terras e agricultores. Embora haja uma complexidade em matéria agrícola, a obrigatoriedade de advogado não existe no âmbito desses tribunais, que não são permanentes.

No que se refere às jurisdições penais colegiadas, destacam-se os Tribunais de Polícia, os Tribunais Correcionais e as Cortes dos Sentados (*Cour d'assises*). Essas jurisdições estão localizadas dentro do Tribunal Judiciário, porém cada uma possui competência específica. Dessa forma, os Tribunais de Polícia possuem competência em matéria de julgamento de contravenções penais, os Tribunais Correcionais apreciam os delitos e, as Cortes dos Sentados possuem competência no julgamento de crimes, sendo, também, compostas por júri popular.

A fim de promover maior eficácia no julgamento de crimes, foram criadas em 2025, as Cortes Criminais Departamentais (*Cour criminelle départementale*), que, contrariamente à *Cour d'Assises*, não possuem júri popular, de acordo com o artigo 380-17 do Código de Processo Penal (FRANÇA, 1959), sendo compostas, portanto, de magistrados de carreira.

As 36 Cortes de Apelação existentes no território nacional, têm, conforme o princípio do Duplo grau de jurisdição (*Double degré de juridiction*), competência para reexaminar litígios julgados por juízes de primeira instância. No que se refere à competência das Cortes de Apelação, o artigo L311-1 do Código de Organização Judiciária (FRANÇA, 1978) estabelece que: “A Corte de Apelação é competente, sem prejuízo das atribuições conferidas a outras jurisdições, para apreciar as decisões judiciais, civis e penais, proferidas em primeira instância.” Percebe-se que o valor da causa, deve ser

superior a cinco mil euros, atualmente, que é o valor de referência mínimo para que possa se fazer apelação em sede de processo civil.

Na França, as Cortes de Apelação poderão examinar novamente decisões pronunciadas por juízes do Tribunal Judiciário e decisões pronunciadas pelas jurisdições de exceção anteriormente mencionadas. As Cortes de Apelação podem, portanto, reexaminar a apelação em matéria cível, comercial, social e penal. É válido, entretanto, destacar que, dentro dessas jurisdições de segunda instância, existirá também a vara de apelações correcionais (*chambre des appels correctionnels*), com competência para examinar as apelações do Tribunal de Polícia e do Tribunal Correcional, e uma vara da instrução (*chambre de l'instruction*), com competência para julgar as apelações contra as decisões do Juiz de instrução e do Juiz das liberdades de detenção.

Nas Cortes de Apelação, é necessário destacar a existência do Conselheiro da instrução civil (*Conseiller de la mise en état*), cujas funções são semelhantes às do *Juge de la mise en état* do Tribunal Judiciário. Ele verifica, portanto, o respeito do contraditório entre as partes, a comunicação das provas entre elas e o respeito dos prazos processuais. As atribuições do *Conseiller de la mise en état* são previstas no artigo 913 do Código de Processo Civil. Convém destacar que o Ministério Público é representado junto à Corte de apelação pelo Ministério Público Geral (*Parquet général*).

É relevante enfatizar que, na França, antes do depósito da petição de apelação, as partes devem fazer uma declaração eletrônica junto à Corte. Ademais, o prazo para interpor esse recurso é de um mês, contado a partir da notificação da decisão do juiz de primeiro grau, conforme o artigo 538 do Código de Processo Civil (FRANÇA, 1976).

A importância da Corte de Cassação não pode ser ignorada no presente trabalho. Essa jurisdição possui a função principal de efetuar a verificação da conformidade das decisões do juiz de primeira instância e das cortes de apelação em relação à legislação francesa. Importa ressaltar, entretanto, que

a Corte de Cassação não constitui uma jurisdição de última instância, uma vez que ela não possui como função julgar novamente um litígio. Ademais, o acesso à essa jurisdição é condicionado à observação de uma série de exigências legais específicas. Entre elas, é necessário que a decisão impugnada não seja suscetível de apelação, conforme o artigo 605 do Código de Processo Civil. Outrossim, exige-se a existência de uma questão nova que apresente uma dificuldade séria, conforme o artigo L441-1 do Código de Organização Judiciária (FRANÇA, 1978).

Em relação ao objetivo do dispositivo da cassação, o artigo 604 do Código de Processo Civil (FRANÇA, 1976), estabelece que: “O recurso de cassação visa a fazer com que a Corte de Cassação censure a desconformidade da decisão impugnada com as regras de direito.” É necessário esclarecer, entretanto, que esse recurso é cabível apenas quando não for possível a interposição de outro meio recursal que possa reexaminar uma decisão judicial a qual já tenha sido proferida. Ademais, o prazo de interposição é de dois meses contados a partir da referida decisão judicial e de sua notificação, sendo, portanto, um recurso extraordinário. Insta, porém, acrescentar que, similarmente ao Conselho de Estado, a Corte de Cassação pode ser acionada para emitir uma consulta a uma outra jurisdição.

2.2 A estrutura e a competência da Ordem Administrativa

A Ordem Administrativa francesa possui como função julgar os litígios entre o Estado e as pessoas de direito privado. Convém salientar que no topo da Ordem Administrativa, o Conselho de Estado (*Conseil d'Etat*) está presente. É necessário afirmar que, durante o Antigo Regime, a justiça estava retida nas mãos do Chefe do Estado, passando, em seguida, a ser delegada nas mãos de um juiz especializado e independente. Conforme afirmam FRICERO e GOUJON BETHAN (p. 161, 2024): “A lei do 16-24 de agosto de 1790 proibiu ao juiz judiciário de julgar a administração.” Dessa forma, foi

criado, em seguida, em 1872, o Tribunal de Conflitos que, conforme será examinado mais adiante, julga os litígios de competência entre a ordem judiciária e a ordem administrativa.

No primeiro grau da Ordem Administrativa estão os Tribunais Administrativos. Nota-se que, nesses tribunais, os julgamentos poderão ser feitos por um só juiz ou por turmas colegiadas.

Com relação à competência territorial dos Tribunais Administrativos, o artigo R312-1 do Código de Justiça Administrativa (FRANÇA, 2001), prevê que: “O Tribunal Administrativo territorialmente competente é aquele na circunscrição do qual se encontra legalmente a sede da autoridade que, seja no exercício de seu próprio poder, seja por delegação, tomou a decisão impugnada.” Além de ter competência para julgar litígios na primeira instância, insta mencionar, segundo afirmam FRICERO e GOUJON BETHAN (p. 166, 2024) que esses tribunais, também, podem desempenhar funções de natureza consultiva, emitindo pareceres sobre questões que lhes sejam submetidas, bem como atuar em matéria de mediação, auxiliando as partes a encontrarem soluções consensuais para os litígios.

É importante, contudo, ressaltar que o Tribunal Administrativo nem sempre atua como instância inicial. Cumpre afirmar que, no âmbito da jurisdição administrativa, excepcionalmente, e, em contraste com a Ordem Judiciária, o Conselho de Estado e as Cortes Administrativas de Apelação poderão exercer competência para julgar litígios em primeira instância.

As Cortes Administrativas de Apelação possuem competência para reexaminar, em segunda instância, decisões de juízes administrativos de primeiro grau. Ocorre que, em determinados casos, algumas cortes de apelação poderão exercer competências específicas, como a Corte Administrativa de Apelação de Paris que, segundo o artigo R311-2 do Código de Justiça Administrativa (FRANÇA, 2001), será a única jurisdição competente para o julgamento, em primeira e última instância, de “recursos interpostos contra as portarias do ministro responsável pelo trabalho

relativas à representatividade das organizações sindicais de trabalhadores e das organizações profissionais do empregador.” Ademais, convém esclarecer que a Corte Administrativa de Apelação competente territorialmente será aquela cuja jurisdição territorial abrange a sede do Tribunal Administrativo.

No topo da Ordem Administrativa, é necessário destacar a importância relevante do Conselho de Estado no contexto das jurisdições francesas. Acerca de suas competências, convém afirmar, que essa Corte (*CONSEIL D'ÉTAT, online*): “É um dos pilares do Estado de direito. Por um lado, resolve os litígios entre cidadãos, empresas e associações e a administração. Por outro lado, propõe ao Governo e ao Parlamento melhorias para tornar as leis e os regulamentos mais seguros, antes de serem votados ou entrarem em vigor.”

O Conselho de Estado pode exercer função de julgar, em primeira e última instância, certos litígios envolvendo pessoas que ocupam cargos relevantes no Governo francês. Dessa forma, ele poderá examinar, nos termos do artigo R311-1 do Código de Justiça Administrativa (FRANÇA, 2001), os recursos interpostos contra as decisões do Presidente da República, contra os atos regulamentares dos ministros e alguns litígios envolvendo agentes públicos. Ademais, de acordo com o artigo R321-1 do Código de Justiça Administrativa (FRANÇA, 2001), essa Instituição poderá decidir, em matéria de recursos, contra as sentenças dos Tribunais Administrativos em assuntos de conflitos relativos às eleições municipais.

Desse modo, verifica-se que o Conselho de Estado não atua apenas como uma jurisdição de reexame de decisões em terceira instância, uma vez que ele poderá também exercer função jurisdicional de exame de determinadas decisões de segunda instância.

Cumpre, ainda, destacar a função do Conselho de Estado como jurisdição de cassação, similarmente à Corte de Cassação da Ordem Judiciária, conforme prevê o artigo R822-1 do Código de Justiça Administrativa (FRANÇA, 2001). Nesse caso, caberá às jurisdições de primeiro grau encaminhar a solicitação de cassação ao Conselho de Estado,

que analisará, no prazo de três meses, a possibilidade de proceder à cassação da decisão, verificando se houve a boa aplicação das regras de direito. Ademais, é importante destacar que o Conselho de Estado possui função essencial na elaboração de leis, ao ser consultado pelo Primeiro Ministro, segundo dispõe o artigo L112-1 do Código de Justiça Administrativa (FRANÇA, 2001). Na segunda parte deste trabalho, a resolução de conflitos de competência em litígios na França será examinada.

3. O sistema francês de resolução de conflitos de competência

Antes de analisar a resolução de conflitos de competência pelo Tribunal de Conflitos, cumpre mencionar que as jurisdições possuem a faculdade de resolver, entre si, controvérsias surgidas no decorrer de julgamentos de litígios, por meio do mecanismo da Questão Prejudicial, conforme o artigo 49 do Código de Processo Civil (FRANÇA, 1976). Dessa forma, quando uma questão apresentar dificuldade séria e se inserir na competência da jurisdição administrativa, a jurisdição judicial inicialmente acionada encaminhará a questão à jurisdição administrativa competente.

Até que uma decisão sobre a questão prejudicial seja proferida, o julgamento permanecerá interrompido no âmbito da jurisdição judiciária. Ocorre, entretanto, que, em diversas situações, a problemática em questão é relativa à própria competência para julgar o litígio, e não a uma questão que necessita ser esclarecida entre as duas Ordens jurisdicionais. Nessa situação, caberá ao Tribunal de Conflitos intervir.

3.1 A atribuição de Tribunal de Conflitos na resolução de conflitos de competência

Conforme destacado anteriormente, o Tribunal de Conflitos foi instituído em 1872 a fim de resolver conflitos de competência entre a Ordem Judiciária e a Ordem Administrativa. Essa Instituição passou por uma reforma que contribuiu para a sua modernização no ano de 2015. Ademais, essa Jurisdição é composta por membros do Conselho de Estado e membros da Corte de Cassação. Nota-se, também, que antes da reforma de 2015, sua presidência era exercida pelo Ministro da Justiça. Atualmente, o presidente é eleito, alternativamente, por um membro de cada uma dessas Cortes, conforme o artigo 3º da lei do 24 de maio de 1872 (FRANÇA, 1872).

Convém afirmar, também, que, no âmbito desse tribunal, o processo é escrito, conforme dispõe o artigo 3º do Decreto 233 de 27 de fevereiro de 2015 (FRANÇA, 2015), e que as partes devem ser representadas por um advogado habilitado aos Conselhos (*Avocat aux conseils*), segundo o artigo 5º desse mesmo dispositivo legal. É necessário, contudo, esclarecer que esses advogados se diferem dos advogados que intervêm nos outros tribunais, uma vez que eles não possuem habilitação para intervir junto à Corte de Cassação, junto ao Conselho de Estado e junto ao Tribunal de Conflitos.

Relativamente ao processo no Tribunal de Conflitos, nota-se que os debates ocorrem em audiência pública após uma instrução contraditória, de acordo com o artigo 7º da lei do 24 de maio de 1872 relativa ao Tribunal de Conflitos (FRANÇA, 1872). Ademais, as decisões dessa Jurisdição se impõem às demais da Ordem Administrativa e da Ordem Judiciária.

Cumpre mencionar, também, a presença de membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Conflitos. Percebe-se que esses membros são denominados Relatores (*Rapporteurs*), que poderão opinar acerca dos processos julgados pelo Tribunal de Conflitos. Ademais, é válido afirmar que o Ministério Público é, portanto, composto de membros do Ministério Público Geral junto à Corte de Cassação e de membros do Conselho de Estado, conforme dispõe o artigo 4º da Lei do 24 de maio de 1872 (FRANÇA, 1872).

Os conflitos de competência que podem existir entre jurisdições da Ordem Judiciária e da Ordem Administrativa classificam-se em conflitos positivos ou negativos exceto junto às jurisdições penais, nas quais nenhum conflito poderá ser suscitado, conforme o artigo 14 da lei do 24 de maio de 1872 (FRANÇA, 1872).

Haverá conflito positivo quando o prefeito de uma entidade administrativa enviar à secretaria do tribunal competente uma exceção de incompetência, que deverá ser fundamentada. Nota-se, portanto, que haverá conflito positivo quando a jurisdição administrativa se declarar incompetente para julgar um litígio, informando que a competência pertence à Ordem Judiciária. Em seguida, a jurisdição deverá decidir rapidamente sobre a exceção de incompetência, conforme dispõe o artigo 20 do Decreto 233 de 27 de fevereiro de 2015 (FRANÇA, 2015). O tribunal pertencente à ordem judiciária encaminhará, em seguida, ao Tribunal de Conflitos a exceção de incompetência, as eventuais observações do Ministério Público e as observações das partes, conforme estabelece o artigo 28 do Decreto 233 de 27 de fevereiro de 2015 (FRANÇA, 2015). Caberá, portanto, ao Tribunal de Conflitos decidir em um prazo de três meses.

Relativamente aos conflitos negativos de competência, é oportuno afirmar que eles ocorrerão quando ambas as jurisdições se declararem incompetentes para apreciar determinado litígio. Observa-se, ainda, que o artigo 38 do Decreto 233 de 27 de fevereiro de 2015 (FRANÇA, 2015.) estabelece que: “O recurso perante o Tribunal de Conflitos deve ser interposto no prazo de dois meses a contar do dia em que a última das decisões de incompetência se tornou irrevogável.” Percebe-se, portanto, que nessa hipótese, as partes devem submeter o litígio ao Tribunal de Conflitos, a fim de que ele determine a qual jurisdição caberá julgar a questão litigiosa.

3.2 A atribuição de Tribunal de Conflitos na resolução de conflitos de competência

Cumpra assinalar que as jurisdições francesas, também, podem submeter um litígio ao Tribunal de Conflitos, a fim de prever conflitos de competência, conforme estabelece o artigo 32 do Decreto 233 de 27 de fevereiro de 2015 (FRANÇA, 2015). Nesse contexto, caso um tribunal da Ordem Judiciária ou da Ordem Administrativa alegue não ser competente para julgar um litígio, por entender que ele não pertence à sua Ordem, qualquer tribunal da outra Ordem, se considerar que o litígio pertence à ordem jurisdicional inicialmente acionada, deve, por meio de uma decisão fundamentada e irrecurável, encaminhar ao Tribunal de Conflitos a decisão sobre a questão de competência suscitada.

Ademais, é válido acrescentar que, até que haja o pronunciamento de uma decisão por parte do Tribunal, o processo permanecerá suspenso. Nesse caso, o Tribunal de Conflitos disporá de um prazo de três anos para decidir.

Insta destacar, também, que outra possibilidade de prevenção de conflitos que poderá ocorrer, será, segundo afirmam FRICERO e GOUJON-BETHAN (2024, p. 176) quando existir: “uma questão de competência apontando uma dificuldade séria e que coloque em risco a separação das ordens de jurisdição.” Nesse caso, caberá ao Tribunal de Conflitos decidir sobre qual jurisdição terá competência para julgar o processo.

Importa também salientar que uma terceira hipótese de conflito poderá existir quando houver decisões contraditórias emitidas pelas duas esferas jurisdicionais causando uma denegação de justiça em litígios com o mesmo objeto, conforme dispõe o artigo 15 da Lei do 24 de maio de 1872 (FRANÇA, 1872).

Percebe-se, também, que é possível acionar o Tribunal de Conflitos em casos de duração excessiva processual, a fim de se obter uma indenização em decorrência do prazo exacerbado em julgar uma causa, decorrente de dificuldades em estabelecer a jurisdição competente, de acordo com o artigo 16 da lei de 1872 (FRANÇA, 1872).

4. Conclusão

Diferentemente do Brasil, onde há apenas um único sistema de justiça com o Supremo Tribunal Federal no ápice da hierarquia, na França, a estrutura da justiça é dual. Nesse modelo, o Conselho de Estado ocupa o topo hierárquico da justiça administrativa, enquanto a Corte de Cassação ocupa o último grau da justiça judiciária.

Constatou-se que justiça judiciária francesa engloba a justiça civil e a justiça penal. No âmbito da Ordem Judiciária, constatou-se que o Tribunal Judiciário possui destaque com suas turmas colegiadas e seus juízes únicos em primeira e em segunda instância. Ademais, esse Tribunal é a jurisdição de direito comum no Estado francês. Relativamente à justiça administrativa, percebeu-se que compete às suas instituições julgar litígios envolvendo a Administração Pública e pessoas de direito privado.

Foi demonstrado, também, que, contrariamente à Corte de Cassação, o Conselho de Estado possui função para julgar litígios, dentre outras missões que foram examinadas.

Notou-se, entretanto, que, em decorrência do dualismo jurisdicional, conflitos de competência entre a Esfera Judiciária e a Esfera Administrativa poderão surgir, de modo que, para o bom funcionamento da justiça, soluções deverão ser encontradas no sistema jurisdicional francês.

Conforme analisado, evidencia-se o papel relevante que o Tribunal de Conflitos possui no seio da organização judiciária francesa. Trata-se de uma jurisdição que não se situa hierarquicamente acima do Conselho de Estado nem da Corte de Cassação, atuando de modo autônomo na resolução e na prevenção dos litígios de competência, sendo composta por membros de ambos os Tribunais.

Dessa forma, a atuação do desse Tribunal favorece, portanto, a correta repartição de competências entre as duas jurisdições, a redução da duração

excessiva de processos e a mitigação do surgimento de contrariedade de decisões, promovendo o equilíbrio entre a Ordem administrativa e a Ordem judiciária. Constatou-se, destarte, que essa intervenção contribui à efetividade dos preceitos do artigo 6 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, assegurando o direito de toda pessoa a ter sua causa examinada por um tribunal independente, em um prazo razoável, promovendo, portanto, um acesso mais amplo à justiça francesa.

Constatou-se, portanto, a importância da atuação do Tribunal de Conflitos na França, uma vez que sua existência permite minimizar o surgimento dos problemas de competência que tendem a aparecer em um contexto caracterizado pela existência de diversos tribunais que possuem competências materiais distintas. Ademais, essa situação é agravada pelo fato de que as regras de atribuição de critérios de competência nem sempre são claras ou lógicas. Conforme o exposto neste trabalho, principalmente no âmbito da justiça administrativa, algumas Cortes, embora sejam de primeira ou de segunda instância, possuirão competência, até mesmo, para julgar litígios em último grau.

Referências

EUROPA. Conselho da Europa. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Roma: 4 de novembro de 1950. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_fra> Acesso em: 20 nov. 2025.

FRANÇA. **Code de Commerce** (Código de Comércio). Paris, 18 de setembro de 2000. em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000005634379/> Acesso em: 22 nov. 2025.

FRANÇA. **Code de Justice Administrative** (Código de justiça administrativa). Paris, 01 de janeiro de 2001. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070933/> Acesso em: 21 nov. 2025.

FRANÇA. **Code de l'Organisation Judiciaire** (Código de Organização Judiciária). Paris, 18 de março de 1978. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006071164/> Acesso em: 24 nov. 2025.

FRANÇA. **Code de Procédure Civile** (Código de Processo Civil). Paris, 01 de janeiro de 1976. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716/> Acesso em: 22 nov. 2025.

FRANÇA. **Code de Procédure Pénale** (Código de Processo Penal). Paris, 02 de março de 1959. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006071154/>. Acesso em: 25 nov. 2025.

FRANÇA. **Code Rural et de la Pêche Maritime** (Código Rural e da Pesca Marítima). Paris, 07 de maio de 2000. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006071367/>. Acesso em: 24 nov. 2025.

FRANÇA. **Constitution du 4 Octobre 1958**. (Constituição do 4 de outubro de 1958). Paris, 05 de outubro de 1958. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000571356/>>. Acesso em: 19 nov. 2025.

FRANÇA. **Décret n° 2015-233 du 27 février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles** (Decreto n° 2015-233 do 27 de fevereiro de 2015 relativo ao Tribunal de conflitos e questões prejudiciais). Paris, 01 de março de 2015. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000030296346>> Acesso em: 25 nov. 2025.

FRANÇA. **Loi du 24 mai 1872 relative au Tribunal des conflits** (Lei do 24 de maio relativa ao Tribunal de conflitos). Paris, 31 de maio de 1872. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT00000052109>>. Acesso em: 19 nov. 2025.

FRANÇA. Cour européenne des droits de l'homme. **Affaire Medvedyev et autres c. France (Requête no 3394/03)**. Arrêt. Strasbourg, 10 de julho de 2008. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-97988>>. Acesso em: 23 nov. 2025.

FRANÇA. Conseil constitutionnel. **Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987**. Paris: Conseil constitutionnel, 1987. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1987/86224DC.htm>>. Acesso em: 25 nov. 2025.

DAMIENS, Audrey; HOFFSCHIR, Nicolas; LLAHI Laurence; MAUCLAR Stéphanie. **Cours de procédure civile**. Paris: Enrick B. Editions, 2024.

FRICERO, Nathalie; GOUJON-BETHAN Thibault. **Les Institutions Judiciaires**. 13^a. ed. Paris: Gualino Lextenso, 2024.

ROUVILLOIS, Frédéric. **Libertés fondamentales**. 3^a. ed. Paris: Flammarion, 2019.

CONSEIL D'ÉTAT, **Les missions du Conseil d'Etat**. Paris, s.d. Conseil d'État. Disponível em: <<https://www.conseil-etat.fr/qui-sommes-nous/le-conseil-d-etat/missions>> Acesso em: 20 nov. 2025.

Artigo recebido em: 26/11/2025.

Aceito para publicação em: 10/06/2026.

Ato administrativo algorítmico e caixa-preta estatal: motivação, imputação e controle nos PLs nº 2.338/2023 e nº 6.237/2025

Algorithmic administrative act and the black-box State: motivation, attribution and control in Bills No. 2,338/2023 and No. 6,237/2025

*Perez Bernardes Moraes*¹

Resumo: O artigo analisa como o Direito Administrativo brasileiro pode absorver sistemas de inteligência artificial sem perder as garantias de motivação, imputação, publicidade, contraditório e controle que tornam o ato administrativo juridicamente reconhecível. A relevância do estudo decorre da tramitação simultânea dos PLs nº 2.338/2023 e nº 6.237/2025, que, em conjunto, desenham uma arquitetura regulatória brasileira para inteligência artificial, direitos das pessoas afetadas, avaliação de impacto, classificação de risco e governança institucional. O problema de pesquisa consiste em saber se esse bloco regulatório em formação oferece garantias suficientes para decisões administrativas automatizadas ou assistidas por IA. A hipótese sustenta que os projetos avançam nas dimensões procedimental, preventiva e institucional, mas ainda deixam insuficientemente densificada a dimensão propriamente administrativista da decisão, na qual se concentram competência, motivo, motivação, atribuição de responsabilidade e controle público. Metodologicamente, realiza-se pesquisa jurídico-documental, com análise normativa categorial aplicada aos projetos de lei, à Constituição, à Lei nº 9.784/1999, à Lei de Acesso à Informação, à LGPD, à Lei de Governo Digital e a parâmetros internacionais selecionados. Como contribuição, propõe-se a categoria de motivação algorítmica administrativa suficiente, compreendida como padrão de justificação capaz de converter explicabilidade técnica em motivação jurídica compreensível, rastreável, imputável e contestável. Conclui-se que a constitucionalidade prática da IA estatal dependerá menos da proclamação abstrata de princípios tecnológicos e mais da capacidade de transformar automação em procedimento, eficiência em justificação pública e inovação em responsabilidade administrativa.

Palavras-chave: Inteligência artificial. Administração Pública. Ato administrativo. Devido processo algorítmico. Direitos fundamentais.

Abstract: This article examines how Brazilian Administrative Law can incorporate artificial intelligence systems without losing the guarantees of motivation, attribution, publicity, adversarial participation and legal control that make administrative acts legally recognizable. The relevance

¹ Doutor e Pós-Doutor em Psicologia Social pela Universidad Argentina John Fitzgerald Kennedy, e Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Università degli Studi di Messina. Professor titular e Coordenador Institucional de Extensão no Centro Universitário Campos de Andrade (UNIANDRADE). Coordenador de projetos pedagógicos do Instituto EDUTEA.

of the study derives from the simultaneous legislative processing of Bills No. 2,338/2023 and No. 6,237/2025, which together design a Brazilian regulatory architecture for artificial intelligence, rights of affected persons, impact assessment, risk classification and institutional governance. The research problem asks whether this emerging regulatory block provides sufficient guarantees for automated or AI-assisted administrative decisions. The hypothesis argues that the bills advance the procedural, preventive and institutional dimensions of regulation, but still leave insufficiently developed the specifically administrative dimension of decision-making, where competence, factual grounds, motivation, attribution of responsibility and public control are concentrated. Methodologically, the study adopts legal-documentary research and categorical normative analysis applied to the bills, the Constitution, Federal Administrative Procedure Law, Access to Information Law, Brazilian Data Protection Law, Digital Government Law and selected international parameters. The article proposes the category of sufficient algorithmic administrative motivation, understood as a justificatory standard capable of converting technical explainability into legal motivation that is intelligible, traceable, attributable and contestable. It concludes that the practical constitutionality of public-sector AI depends less on the abstract proclamation of technological principles than on the ability to transform automation into procedure, efficiency into public justification and innovation into administrative responsibility.

Keywords: Artificial intelligence. Public Administration. Administrative act. Algorithmic due process. Fundamental rights.

1. Introdução

A Administração Pública brasileira chegou ao ponto em que a digitalização deixou de ser apenas infraestrutura de acesso e passou a incidir sobre a própria gramática da decisão estatal. Portais eletrônicos, cadastros integrados e processos administrativos digitais já alteravam a experiência do administrado, mas preservavam, ao menos formalmente, uma arquitetura relativamente familiar: um pedido, uma autoridade, um fundamento, um ato, um recurso. A incorporação de sistemas de inteligência artificial em atividades classificatórias, preditivas ou recomendatórias introduz outro tipo de deslocamento. O Estado passa a observar cidadãos, riscos, vulnerabilidades, fraudes, prioridades e elegibilidades por meio de modelos que filtram dados, produzem inferências, atribuem escores, sugerem encaminhamentos e, em alguns casos, condicionam a decisão humana antes mesmo de ela aparecer como decisão. A questão jurídica mais relevante não está no fascínio técnico pela ferramenta, nem em sua rejeição abstrata. Está no modo pelo qual uma Administração constitucionalmente vinculada

transforma inferências algorítmicas em atos imputáveis, motivados, publicamente justificáveis e efetivamente contestáveis.

O debate brasileiro sobre regulação da inteligência artificial ganhou densidade com o PL nº 2.338/2023, aprovado no Senado e remetido à Câmara dos Deputados, onde tramita em regime de prioridade e aguarda parecer do relator na Comissão Especial sobre Inteligência Artificial (BRASIL, 2025a). A proposição dispõe sobre o desenvolvimento, o fomento e o uso ético e responsável da IA com base na centralidade da pessoa humana, combinando direitos das pessoas afetadas, classificação de risco, avaliação de impacto algorítmico, deveres de governança e responsabilidade. A esse eixo se somou o PL nº 6.237/2025, de iniciativa do Poder Executivo, que institui o Sistema Nacional para Desenvolvimento, Regulação e Governança de Inteligência Artificial, o SIA, articulando Conselho Brasileiro para Inteligência Artificial, ANPD, instâncias consultivas e autoridades setoriais. Em março de 2026, a proposição foi formalmente apensada ao PL nº 2.338/2023 e passou a tramitar conjuntamente na mesma Comissão Especial (BRASIL, 2025b). Lidos isoladamente, os projetos tratam de problemas diferentes: uma disciplina direitos, riscos e obrigações; o outro organiza capacidade institucional. Lidos em conjunto, formam o núcleo de uma possível Administração algorítmica regulada.

O problema deste artigo é saber se esse bloco regulatório em formação oferece garantias suficientes para que decisões administrativas automatizadas ou assistidas por IA preservem motivação, imputação, publicidade, contraditório e controle. A pergunta deliberadamente desloca o debate de uma ética geral da inteligência artificial para a dogmática do Direito Administrativo. O ponto não é perguntar se o sistema é moderno, preciso ou eficiente. O ponto é perguntar se a decisão que dele emerge pode ser reconhecida como ato administrativo constitucionalmente válido, isto é, se pode ser atribuída a autoridade competente, vinculada a finalidade pública, justificada por fatos e fundamentos jurídicos, comunicada em termos compreensíveis, aberta a impugnação e reconstruível por órgãos de controle.

A hipótese defendida é que os PLs nº 2.338/2023 e nº 6.237/2025 representam avanço relevante nas dimensões procedimental, preventiva e institucional da governança de IA, mas não resolvem suficientemente a dimensão administrativista da decisão algorítmica. Direitos à informação, explicação, contestação e revisão humana são indispensáveis, assim como avaliação de impacto e coordenação regulatória. Ainda assim, tais garantias permanecem incompletas se não forem convertidas em um padrão de motivação algorítmica administrativa suficiente. Essa categoria designa o mínimo jurídico de justificação exigível quando a IA participa de ato estatal que afeta direitos, interesses juridicamente protegidos, acesso a serviços, obrigações, prioridades ou riscos. Sua função não é exigir abertura integral de código-fonte, o que muitas vezes seria tecnicamente inútil ou juridicamente desproporcional. Sua função é impedir que a explicabilidade técnica seja confundida com motivação jurídica, e que a assinatura formal de um agente humano encubra uma decisão cuja cadeia fática, normativa e tecnológica permanece inacessível.

O artigo situa essa discussão em uma literatura que já problematiza decisões automatizadas, proteção de dados e direito à explicação. Riemenschneider e Mucelin (2021) mostram que decisões baseadas em números, perfis e algoritmos podem descartar pessoas sem que elas compreendam a razão da rejeição. Mendonça e Ramiro (2025) recolocam o acesso à informação como direito fundamental particularmente sensível na sociedade digital, onde desigualdades socioeconômicas também se convertem em desigualdades informacionais. Ferreira e Ferreira (2019), ao examinarem o deslocamento das novas tecnologias urbanas para formas de controle e insegurança, ajudam a compreender que a técnica pode reforçar estruturas de exclusão quando absorvida por instituições sem suficiente contrapeso público. Silva (2022), por sua vez, trata a relação entre inteligência artificial, direitos humanos e relações de trabalho como um campo de adaptação institucional, o que permite afastar tanto o entusiasmo acrítico quanto a recusa nostálgica. Este artigo dialoga com essas contribuições ao deslocar a discussão para a Administração Pública: quando o Estado automatiza parte

de sua cognição institucional, o problema não é apenas informacional, mas decisório.

O percurso do texto é o seguinte. A segunda seção explicita o método e o corpus documental. A terceira distingue digitalização, automação e decisão pública algorítmica. A quarta reconstrói o núcleo dogmático do ato administrativo mediado por IA, com foco em motivação, imputação e publicidade. A quinta examina o PL nº 2.338/2023 como arquitetura de direitos, risco e avaliação de impacto. A sexta analisa o PL nº 6.237/2025 como resposta institucional ao problema da governança. A sétima apresenta a matriz de motivação algorítmica administrativa suficiente. A conclusão retoma a tese e delimita seus alcances: a IA estatal não será constitucionalmente aceitável por ser eficiente, nem será inconstitucional por ser artificial; será juridicamente defensável quando puder ser convertida em procedimento controlável, responsabilidade pública e motivação contestável.

2. Percurso metodológico e recorte documental

O estudo adota pesquisa jurídico-documental com análise normativa categorial. A escolha metodológica responde à natureza do objeto. Os PLs nº 2.338/2023 e nº 6.237/2025 ainda se encontram em tramitação e, por isso, não permitem avaliação empírica de implementação normativa como se fossem leis já estabilizadas. Também não se pretende medir impacto causal de sistemas de IA já utilizados por órgãos públicos. O que se analisa é a capacidade jurídico-institucional do bloco regulatório em formação para responder a um problema específico: a preservação das garantias estruturantes do ato administrativo quando a cognição decisória do Estado passa a ser mediada por sistemas de IA.

O corpus primário é composto pelo texto e pela tramitação do PL nº 2.338/2023 na Câmara dos Deputados, pelo PL nº 6.237/2025, pela Constituição da República, pela Lei nº 9.784/1999, pela Lei nº 12.527/2011, pela Lei nº 13.709/2018 e pela Lei nº 14.129/2021. O recorte legislativo foi atualizado em 29 de julho de 2026. Naquela data, o PL nº 2.338/2023

aguardava parecer do relator na Comissão Especial sobre Inteligência Artificial, enquanto o PL nº 6.237/2025 se encontrava formalmente apensado ao projeto principal e sujeito ao mesmo regime de tramitação. A seleção dessas fontes não é ornamental. A Constituição fornece os parâmetros de direitos fundamentais e princípios administrativos; a Lei nº 9.784/1999 concentra o regime de motivação, contraditório e processo administrativo federal; a LAI fornece o vocabulário da publicidade e do acesso à informação; a LGPD disciplina proteção de dados e revisão de decisões automatizadas; a Lei de Governo Digital situa a digitalização como política pública administrativa; os projetos de lei de IA configuram o bloco regulatório emergente.

O estudo mobiliza parâmetros comparados de modo seletivo. O Regulamento Europeu de Inteligência Artificial é utilizado por sua arquitetura de risco, documentação, supervisão humana e avaliação de impacto em direitos fundamentais. O GDPR entra como antecedente relevante no tratamento de decisões automatizadas, intervenção humana e contestação. Esses referenciais não são tomados como modelos transplantáveis. O uso comparado aqui é funcional: permite observar quais mecanismos jurídicos têm sido empregados para converter risco tecnológico em obrigações institucionais, e quais zonas permanecem problemáticas quando a decisão automatizada se desloca para o setor público.

A análise categorial opera com quatro dimensões. A dimensão procedimental observa ciência, explicação, contestação e revisão humana. A dimensão administrativa examina competência, imputação, motivação e rastreabilidade do ato. A dimensão preventiva considera avaliação de impacto, mitigação de vieses, testes, monitoramento e medidas de reversão. A dimensão institucional observa coordenação regulatória, autoridade competente, participação social, capacidade fiscalizatória e sanções. Cada dimensão é lida como condição de suficiência da motivação algorítmica administrativa, não como simples item de conformidade. O método, portanto, não se reduz a descrever dispositivos. Ele pergunta que tipo de garantia cada dispositivo produz, que lacuna deixa aberta e que mediação dogmática é

necessária para que o comando normativo opere dentro do Direito Administrativo.

3. Da digitalização administrativa ao ato administrativo algorítmico

A digitalização administrativa altera suportes; a automação altera rotinas; a IA, quando inserida em atividades decisórias, altera a forma pela qual a Administração produz conhecimento sobre o administrado. Essa distinção é decisiva. Um protocolo eletrônico não decide. Um formulário digital não classifica por si só. Um sistema de IA utilizado para identificar risco, priorizar fiscalização, sugerir indeferimento, ranquear vulnerabilidade ou detectar inconsistência cadastral participa da formação do motivo administrativo. Ele não é apenas ferramenta de expediente. Torna-se parte da infraestrutura cognitiva do Estado.

Coglianese e Lehr (2017) já haviam mostrado que a aprendizagem de máquina desloca a decisão administrativa tradicional porque permite decisões baseadas em padrões extraídos de dados, não necessariamente em regras previamente explicitadas. Esse deslocamento é útil em ambientes de grande volume informacional, mas produz uma tensão dogmática. A Administração Pública brasileira foi construída, normativamente, para decidir a partir de competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Quando o motivo passa a ser parcialmente produzido por inferências estatísticas, a motivação não pode limitar-se a repetir o resultado do sistema. Ela precisa revelar de que modo os dados, critérios e inferências foram juridicamente incorporados à decisão.

A opacidade não se resolve por uma confiança mágica na transparência. Ananny e Crawford (2018) mostram que o ideal de transparência pode fracassar quando supõe que ver um sistema equivale a compreendê-lo ou controlá-lo. Em IA administrativa, publicar documentação técnica sem tradução jurídica pode ser tão insuficiente quanto ocultá-la. O cidadão não precisa apenas saber que um modelo foi utilizado. Precisa compreender por

que aquela decisão o afetou, quais elementos foram decisivos, que margem de intervenção humana existiu e como pode contestar o resultado. O órgão de controle, por sua vez, precisa reconstruir a cadeia decisória com mais profundidade: versões do sistema, base normativa, finalidade, dados utilizados, métricas, testes, logs, intervenção humana, justificativa final.

A literatura sobre accountability algorítmica insiste nesse problema de reconstrução. Kroll et al. (2017) defendem que algoritmos responsáveis exigem mecanismos verificáveis, capazes de produzir evidência sobre o comportamento do sistema. Citron e Pasquale (2014) associam previsões automatizadas a garantias de devido processo, especialmente quando escores e classificações produzem consequências sobre oportunidades, acesso e tratamento institucional. Eubanks (2018), examinando políticas sociais automatizadas, mostra que sistemas digitais podem intensificar formas de punição administrativa contra grupos vulnerabilizados quando eficiência, suspeição e escassez fiscal se combinam. A lição para o Direito Administrativo brasileiro é direta: a técnica não decide em vazio social. Ela entra em órgãos com rotinas, metas, assimetrias de informação, limitações orçamentárias e incentivos próprios.

A Administração algorítmica também altera a imputação. Uma decisão automatizada pode envolver órgão contratante, fornecedor, equipe de tecnologia, gestor do banco de dados, servidor que homologa a recomendação, autoridade que assina o ato e sistema de auditoria que registra o fluxo. Essa cadeia híbrida pode enriquecer a decisão, mas também diluir responsabilidade. Quem responde por um indeferimento produzido a partir de base desatualizada? Quem responde por um ranqueamento discriminatório baseado em proxy territorial, renda, raça, idade ou histórico de atendimento? Quem responde quando a revisão humana apenas chancela o resultado por incapacidade técnica, excesso de volume ou confiança automática no sistema? A categoria de ato administrativo algorítmico designa esse objeto difícil: uma decisão estatal formalmente humana, mas materialmente atravessada por inferências computacionais.

4. Motivação, imputação e publicidade: o núcleo administrativista do problema

O Direito Administrativo brasileiro não perde suas categorias porque o suporte decisório se torna algorítmico. A rigor, elas se tornam mais necessárias. A Administração exerce poder extroverso, isto é, produz efeitos jurídicos sobre pessoas que não escolheram submeter-se a uma plataforma privada em condições contratuais ordinárias. O administrado não pode simplesmente abandonar o Estado como abandona um aplicativo. Por isso, legalidade, competência, finalidade, motivo, objeto e forma continuam sendo filtros de validade, mesmo quando o caminho decisório inclui modelos preditivos, sistemas especialistas, classificadores automáticos ou IA generativa.

A motivação é o ponto de contato entre decisão, direito e controle. A Lei nº 9.784/1999 exige que atos administrativos sejam motivados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, quando neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses, imponham deveres, agravem encargos ou decidam recursos administrativos (BRASIL, 1999). Em decisões mediadas por IA, essa exigência adquire densidade adicional. Não basta indicar a norma e o resultado. É preciso explicar como o sistema participou da formação do motivo, quais dados ou critérios foram relevantes, se a recomendação foi vinculante ou auxiliar, quem avaliou o resultado e por que a conclusão final deve ser juridicamente aceita. Motivação padronizada, quando encobre inferência individualizada, deixa de ser economia procedimental e passa a ser déficit de controle.

Binenbojm (2008) já havia mostrado que a constitucionalização do Direito Administrativo desloca a Administração de um espaço autárquico de prerrogativas para uma racionalidade vinculada a direitos fundamentais, democracia e controle. Esse deslocamento torna inaceitável a ideia de que eficiência tecnológica possa substituir justificação pública. A eficiência é princípio constitucional, mas não possui autorização para devorar legalidade, publicidade, impessoalidade e devido processo. Em sistemas de IA, a

eficiência pode inclusive produzir um efeito perverso: quanto maior a escala decisória, maior o dano potencial de um erro sistêmico; quanto mais automatizada a rotina, menor a visibilidade do juízo administrativo concreto; quanto mais padronizada a resposta, mais difícil distinguir casos ordinários de situações excepcionais.

A publicidade também muda de lugar. A Lei de Acesso à Informação não foi concebida para algoritmos, mas seu regime impede que a Administração trate critérios decisórios públicos como segredos impenetráveis. O problema do segredo comercial é real. Sistemas contratados de fornecedores privados podem envolver propriedade intelectual, arquitetura técnica e informações sensíveis de segurança. A resposta jurídica, porém, não pode ser permitir que segredo privado bloqueie o núcleo mínimo de motivação pública. O conflito não se resolve pela abertura total do código, nem pela opacidade total do sistema. Resolve-se por camadas de acesso: informação inteligível ao administrado, documentação técnica suficiente aos órgãos de controle, preservação proporcional de segredos legítimos e dever de demonstração pública dos critérios que afetaram direitos.

A LGPD reforça esse argumento ao reconhecer o direito de solicitar revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem interesses do titular e ao exigir informações claras e adequadas sobre critérios e procedimentos utilizados, respeitados segredos comercial e industrial (BRASIL, 2018). Riemenschneider e Mucelin (2021) chamam atenção para a insuficiência de decisões automatizadas que produzem exclusão sem explicação. A transposição desse debate para a Administração Pública exige mais rigor. Em relações privadas, a explicação protege o titular contra assimetrias informacionais. Em relações administrativas, a explicação protege também a validade do ato, a possibilidade de recurso, a legitimidade democrática e a responsabilidade do agente público.

Revisão humana merece tratamento igualmente severo. A expressão pode funcionar como garantia ou como ficção. Há revisão substantiva quando uma pessoa natural qualificada dispõe de tempo, competência, acesso aos

fundamentos do sistema e autoridade para alterar o resultado. Há homologação ritual quando o servidor apenas confirma recomendações automáticas em massa, sem capacidade real de discordância. A literatura sobre automação e viés algorítmico sugere que confiança excessiva no sistema pode enfraquecer a autonomia decisória humana, sobretudo em organizações pressionadas por metas, volume e escassez de pessoal. Rudin (2019) acrescenta um ponto técnico relevante: em decisões de alto impacto, modelos interpretáveis devem ser preferidos a caixas-pretas explicadas posteriormente, sempre que a interpretabilidade for possível sem perda funcional relevante. No setor público, essa preferência é também jurídica: quanto maior o impacto sobre direitos, menor a tolerância à opacidade.

5. O PL nº 2.338/2023: direitos, risco e avaliação de impacto

O PL nº 2.338/2023 representa avanço quando reconhece que a regulação da IA não pode ser reduzida a inovação econômica. Sua gramática incorpora centralidade da pessoa humana, direitos dos afetados, não discriminação, transparência, governança, classificação de risco e avaliação de impacto. A ficha legislativa da Câmara registra que a proposição, oriunda do Senado, dispõe sobre desenvolvimento, fomento e uso ético e responsável da inteligência artificial com base na centralidade da pessoa humana, submetida à apreciação do Plenário e em regime de prioridade (BRASIL, 2025a). Essa arquitetura aproxima o Brasil de modelos regulatórios que buscam calibrar obrigações conforme intensidade de risco e potencial de afetação de direitos.

Para a Administração Pública, o ponto decisivo está nos direitos das pessoas afetadas. Informação, explicação, contestação, revisão humana e proteção contra discriminação podem compor o núcleo procedimental do devido processo algorítmico. A dificuldade é transformar esses direitos em rotina administrativa. O direito à explicação não pode ficar restrito a uma descrição geral do sistema; precisa permitir que a pessoa compreenda a razão de ter sido incluída, excluída, rebaixada, priorizada, fiscalizada, negada ou

selecionada. O direito à contestação não pode ser canal simbólico; precisa produzir reavaliação documentada. A revisão humana não pode ser assinatura protocolar; precisa permitir discordância substantiva. A não discriminação não pode ser promessa abstrata; precisa envolver teste, monitoramento, correção e responsabilização.

A classificação de risco é útil porque reconhece que nem todo uso de IA possui a mesma gravidade. Um chatbot informativo não equivale a um sistema de triagem de benefícios sociais; uma ferramenta de organização interna não equivale a um modelo que prioriza fiscalização, classifica suspeitos, calcula risco de fraude ou interfere em acesso à saúde e educação. O problema é que a Administração Pública opera justamente em zonas intermediárias. Muitos sistemas não decidem formalmente, mas orientam decisões; não negam diretamente um direito, mas reorganizam prioridades; não produzem ato final, mas definem quem será observado, abordado, auditado ou colocado no fim de uma fila. A regulação por risco precisa captar esses efeitos indiretos, pois o poder administrativo frequentemente atua antes da decisão formal.

A avaliação de impacto algorítmico é a ferramenta preventiva mais promissora do PL nº 2.338/2023. Mantelero e Esposito (2021) defendem que avaliações de impacto em direitos humanos para sistemas intensivos em dados devem ser baseadas em evidências, considerar impactos diferenciais e incorporar medidas de prevenção, mitigação e monitoramento. No setor público, a avaliação de impacto não deve ser mera peça de conformidade ex ante. Ela precisa ser documento vivo, revisado após a implantação, alimentado por recursos, reclamações, auditorias, incidentes e alterações de contexto. Um sistema que começa como apoio administrativo pode tornar-se decisório na prática se servidores passarem a seguir suas recomendações automaticamente.

A comparação com o AI Act europeu é instrutiva, embora não deva obscurecer especificidades brasileiras. O Regulamento Europeu de IA adota abordagem baseada em risco e estabelece obrigações para sistemas de alto risco, incluindo gestão de riscos, qualidade dos dados, documentação técnica,

registros, transparência, supervisão humana, robustez e segurança (UNIÃO EUROPEIA, 2024). O GDPR já havia consolidado salvaguardas em torno de decisões automatizadas e intervenção humana (UNIÃO EUROPEIA, 2016). O Brasil, no entanto, possui um desafio adicional: integrar a regulação de IA ao processo administrativo, à LAI, à LGPD e a uma Administração marcada por desigualdades federativas, capacidade técnica assimétrica e dependência crescente de fornecedores privados.

O PL nº 2.338/2023, portanto, não deve ser criticado por não resolver sozinho todos os problemas. Ele é marco geral. Sua insuficiência está em deixar pouco explicitado como direitos dos afetados se convertem em requisitos de validade do ato administrativo. Se uma decisão pública de alto impacto não informa o papel da IA, não apresenta explicação individualizada, não identifica autoridade responsável, não permite revisão humana substantiva ou não conserva rastros auditáveis, o problema não é apenas descumprimento de política de IA. É vício de devido processo administrativo.

6. O PL nº 6.237/2025 e a dimensão institucional da governança

O PL nº 6.237/2025 desloca a discussão para o plano institucional. O projeto institui o Sistema Nacional para Desenvolvimento, Regulação e Governança de Inteligência Artificial, com objetivo de coordenar atuação estratégica e competências regulatória, fiscalizatória e sancionatória sobre IA no Brasil (BRASIL, 2025b). Sua ficha de tramitação registra a apresentação pelo Poder Executivo em 8 de dezembro de 2025, a apensação formal ao PL nº 2.338/2023 em 19 de março de 2026 e o recebimento pela Comissão Especial sobre Inteligência Artificial em 6 de abril de 2026. Em 29 de julho de 2026, a proposição permanecia apensada e aguardava parecer do relator na Comissão Especial (BRASIL, 2025b). O texto do avulso prevê a integração do SIA por Conselho Brasileiro para Inteligência Artificial, ANPD, instâncias consultivas, autoridades setoriais e órgãos implementadores da política nacional de IA (BRASIL, 2025b).

A importância desse projeto não está apenas em sanar problemas formais de iniciativa quanto à criação de estruturas administrativas. Está em reconhecer que IA não se regula apenas com direitos subjetivos e sanções abstratas. Ela exige capacidade institucional. Sem autoridade coordenadora, diálogo setorial, instâncias técnicas, participação social, poder fiscalizatório e produção de normas complementares, a regulação tende a ficar em uma superfície declaratória. A Administração Pública algorítmica não será controlada apenas por comandos legais gerais; será controlada por protocolos, guias, auditorias, compras públicas, padrões de documentação, deveres de registro, mecanismos de reclamação, treinamento de servidores e integração entre controle interno, externo e judicial.

A centralidade da ANPD precisa ser lida com cuidado. A autoridade possui competência acumulada em proteção de dados, o que a torna especialmente relevante para sistemas de IA baseados em tratamento de dados pessoais. Contudo, IA administrativa excede proteção de dados. Há sistemas que produzem efeitos relevantes a partir de dados não pessoais, dados agregados, indicadores territoriais, imagens, padrões operacionais ou bases de risco. Há usos que afetam saúde, educação, segurança pública, assistência social, tributação, trabalho, mobilidade e justiça administrativa. A governança precisa articular a ANPD com autoridades setoriais, órgãos de controle, advocacia pública, defensorias, tribunais de contas e sociedade civil. Do contrário, haverá centralidade formal sem capilaridade substantiva.

O SIA pode reduzir uma das fragilidades recorrentes da Administração brasileira: a improvisação tecnológica descentralizada. Cada órgão contrata sistemas, define bases, negocia cláusulas de confidencialidade, estabelece métricas e cria rotinas próprias. Essa dispersão produz inovação localizada, mas também opacidade fragmentada. O risco é que práticas decisórias relevantes se consolidem antes de haver padrão público de documentação, teste, aquisição, contestação e auditoria. O PL nº 6.237/2025 pode funcionar como infraestrutura de harmonização, desde que não se converta em desenho burocrático distante da ponta administrativa. O problema da IA estatal não estará apenas em Brasília, nos grandes reguladores ou em sistemas de alto

risco declarados. Estará também em municípios, autarquias, escolas, hospitais, plataformas de atendimento e sistemas contratados como meras ferramentas de gestão.

Essa dimensão institucional também altera a forma de pensar responsabilidade. Em sistemas administrativos mediados por IA, a responsabilidade não pode se limitar ao fornecedor nem se dissipar em cadeias técnicas. O fornecedor responde por defeitos de desenvolvimento, documentação, segurança e conformidade. O órgão responde por finalidade, base legal, contratação, uso, validação, revisão e comunicação ao cidadão. A autoridade pública responde pela decisão final e por sua motivação. A autoridade regulatória responde por padrões e fiscalização dentro de sua competência. A motivação algorítmica administrativa suficiente depende dessa cadeia de imputação. Sem ela, o cidadão enfrenta uma parede: o órgão culpa o sistema, o sistema pertence ao fornecedor, o fornecedor invoca segredo técnico, e a decisão permanece juridicamente órfã.

7. Matriz de motivação algorítmica administrativa suficiente

A categoria de motivação algorítmica administrativa suficiente sintetiza a tese do artigo. Ela não pretende criar princípio novo, nem inflar o vocabulário jurídico com expressão decorativa. Trata-se de critério de densificação. Uma decisão administrativa mediada por IA estará suficientemente motivada quando sua justificativa permitir compreender a cadeia que conecta base legal, finalidade pública, dados relevantes, critérios decisórios, inferência algorítmica, intervenção humana, conclusão jurídica e possibilidade de impugnação. A suficiência é relacional. Quanto maior o impacto sobre direitos, maior a exigência de explicação, rastreabilidade, revisão e publicidade qualificada.

A matriz proposta organiza quatro dimensões. A procedimental pergunta se a pessoa afetada pode saber, compreender, contestar e obter revisão. A administrativa pergunta se a decisão é atribuível a autoridade competente e motivada em linguagem jurídica controlável. A preventiva

pergunta se o sistema foi avaliado, testado, monitorado e corrigido antes de produzir danos em escala. A institucional pergunta se existem órgãos, protocolos e capacidades capazes de fiscalizar o uso da IA para além do caso individual. A matriz não substitui análise de legalidade. Ela fornece um instrumento para impedir que a legalidade seja capturada pela opacidade técnica.

Quadro 1 - Matriz de motivação algorítmica administrativa suficiente

Dimensão	Pergunta de controle	Mínimo exigível	Risco que se busca evitar
Procedimental	O administrado consegue entender e impugnar a decisão?	Ciência do uso de IA, explicação situada, canal de contestação, revisão humana substantiva.	Explicação genérica, recurso simbólico e homologação ritual do resultado automatizado.
Administrativa	A decisão é imputável, motivada e juridicamente controlável?	Autoridade responsável, base legal, finalidade, critérios relevantes, conexão entre fatos, inferência e norma.	Ato sem autoria pública real, motivação padronizada e terceirização da responsabilidade.
Preventiva	Riscos foram avaliados antes e durante o uso?	Avaliação de impacto, testes de viés, documentação técnica, monitoramento, planos de mitigação e reversão.	Dano em escala, discriminação indireta, erro cadastral massivo e invisibilidade de falhas sistêmicas.
Institucional	Há capacidade regulatória e fiscalizatória para controlar o ecossistema?	Coordenação pelo SIA, ANPD, autoridades setoriais, órgãos de controle, participação social e sanções proporcionais.	Fragmentação regulatória, improvisação tecnológica e opacidade contratual distribuída.

Fonte: elaboração própria, com base no corpus jurídico-documental analisado.

A primeira consequência da matriz é recusar dois atalhos. O primeiro é o minimalismo informacional, que considera suficiente avisar que houve participação de IA. Esse aviso é necessário, mas pobre. O segundo é o maximalismo técnico, que exige abertura integral do sistema como se o simples acesso ao código resolvesse a motivação. A suficiência fica entre esses extremos: exige explicação contextual, documentação auditável e justificativa jurídica individualizada, sem transformar todo administrado em auditor de software.

A segunda consequência é distinguir vício de motivação, déficit de governança e falha técnica. Nem todo problema técnico invalidará automaticamente o ato. Nem todo uso de IA exigirá o mesmo nível de documentação. Mas decisões administrativas que afetem direitos sem ciência do interessado, sem explicação situada, sem autoridade responsável, sem canal de contestação ou sem revisão humana substantiva terão vício

procedimental relevante. Em sistemas de alto risco, a ausência de avaliação de impacto ou de monitoramento contínuo pode indicar defeito estrutural de governança, sobretudo se o sistema produzir efeitos repetidos sobre grupos vulnerabilizados.

A terceira consequência é reconhecer a diferença entre explicabilidade técnica e motivação jurídica. Um modelo pode ser tecnicamente explicável e juridicamente insuficiente se a Administração não mostrar por que aquela inferência era relevante para a norma aplicada. Um modelo pode ser estatisticamente acurado e administrativamente inválido se operar com finalidade incompatível, dados inadequados ou efeitos discriminatórios. Um sistema pode ter revisão humana formal e, ainda assim, violar devido processo se a pessoa revisora não possuir meios reais de discordar do resultado. O Direito Administrativo não julga apenas performance; julga legitimidade da decisão pública.

8. Conclusão

A inteligência artificial força o Direito Administrativo brasileiro a reencontrar sua própria razão de existência. A técnica promete velocidade, escala e capacidade preditiva, mas o ato administrativo não se legitima por velocidade. Legitima-se por competência, finalidade, motivo, motivação, publicidade, contraditório e controle. Quando o Estado utiliza IA para classificar, priorizar, fiscalizar, conceder, negar ou revisar posições jurídicas, a pergunta decisiva não é se o sistema funciona melhor do que uma rotina manual. A pergunta é se o resultado continua sendo uma decisão pública, atribuível a uma autoridade, motivada por razões compreensíveis e aberta à impugnação.

O exame dos PLs nº 2.338/2023 e nº 6.237/2025 permite reconhecer avanços reais. O primeiro desloca a regulação brasileira da IA para uma gramática de direitos, riscos, governança, avaliação de impacto e responsabilidade. O segundo enfrenta a dimensão institucional, ao propor o SIA e articular instâncias de coordenação, ANPD, autoridades setoriais e

participação consultiva. Em conjunto, os projetos oferecem uma base mais densa do que uma simples carta de princípios tecnológicos. Ainda assim, permanecem dependentes de uma mediação administrativista. Sem essa mediação, explicação pode virar informação genérica; revisão humana pode virar homologação; avaliação de impacto pode virar formulário; governança institucional pode virar desenho orgânico sem capacidade de controle na ponta.

A contribuição deste artigo foi propor a categoria de motivação algorítmica administrativa suficiente. Ela serve para proteger o núcleo do ato administrativo contra a dissolução na caixa-preta estatal. A decisão mediada por IA deve ser compreensível, porque o cidadão precisa saber por que foi afetado; imputável, porque uma autoridade pública deve responder pelo uso do sistema; rastreável, porque órgãos de controle precisam reconstruir a cadeia decisória; contestável, porque devido processo sem possibilidade real de impugnação é apenas forma vazia; preventiva, porque danos algorítmicos podem ocorrer em escala; institucionalmente supervisionada, porque a responsabilidade não pode depender da boa vontade isolada de cada órgão usuário.

O limite do estudo é deliberado. Como os projetos ainda tramitam, a análise é prospectiva e documental. Não se afirma como a futura lei será regulamentada, nem como os órgãos públicos aplicarão seus comandos. Também não se mede empiricamente o desempenho de sistemas concretos. O que se demonstra é que a regulação da IA no setor público precisará ser lida a partir do Direito Administrativo, e não apenas da proteção de dados, da inovação ou da ética tecnológica. Pesquisas futuras poderão aplicar a matriz proposta a sistemas específicos de triagem de benefícios, reconhecimento biométrico, atendimento público, fiscalização tributária, saúde, educação e segurança pública.

A Administração algorítmica não deve ser recebida com nostalgia burocrática nem com submissão tecnocrática. O direito público não precisa impedir a inovação; precisa obrigá-la a dar razões. A eficiência que não se explica, a automação que não se imputa, a decisão que não se contesta e a

opacidade que não se audita não constituem modernização administrativa. Constituem regressão constitucional com aparência de futuro. Onde houver poder público mediado por IA, deve haver motivação suficiente. Onde houver caixa-preta estatal, deve haver procedimento capaz de abri-la na medida necessária ao controle dos direitos fundamentais.

Referências

- ANANNY, Mike; CRAWFORD, Kate. Seeing without knowing: limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability. *New Media & Society*, London, v. 20, n. 3, p. 973-989, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1177/1461444816676645>.
- BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew D. Big data's disparate impact. *California Law Review*, Berkeley, v. 104, n. 3, p. 671-732, 2016. DOI: <https://doi.org/10.15779/Z38BG31>.
- BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.338, de 2023. Dispõe sobre o desenvolvimento, o fomento e o uso ético e responsável da inteligência artificial com base na centralidade da pessoa humana. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2025a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2487262>. Acesso em: 29 jul. 2026.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.237, de 2025. Institui o Sistema Nacional para Desenvolvimento, Regulação e Governança de Inteligência Artificial. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2025b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2594000>. Acesso em: 29 jul. 2026.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 jun. 2026.
- BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 7 jun. 2026.
- BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto na Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm. Acesso em: 7 jun. 2026.
- BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/13709.htm. Acesso em: 7 jun. 2026.
- BRASIL. Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021. Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14129.htm. Acesso em: 7 jun. 2026.
- CITRON, Danielle Keats; PASQUALE, Frank. The scored society: due process for automated predictions. *Washington Law Review*, Seattle, v. 89, n. 1, p. 1-33, 2014.
- COGLIANESE, Cary; LEHR, David. Regulating by robot: administrative decision making in the machine-learning era. *Georgetown Law Journal*, Washington, v. 105, n. 5, p. 1147-1223, 2017.
- EUBANKS, Virginia. Automating inequality: how high-tech tools profile, police, and punish the poor. New York: St. Martin's Press, 2018.

- FERREIRA, Luciano Vaz; FERREIRA, Carla Froener. Novas tecnologias e (in)segurança urbana: do enclave fortificado ao panóptico digital. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, v. 47, n. 2, p. 198-222, jul./dez. 2019. DOI: <https://doi.org/10.14393/RFADIR-v47n2a2019-48777>.
- KROLL, Joshua A. et al. Accountable algorithms. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 165, n. 3, p. 633-705, 2017. DOI: <https://doi.org/10.5125/pennlawreview.165.3.633>.
- MANTELERO, Alessandro; ESPOSITO, Maria Sole. An evidence-based methodology for human rights impact assessment (HRIA) in the development of AI data-intensive systems. *Computer Law & Security Review*, Amsterdam, v. 41, 2021. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2021.105561>.
- MENDONÇA, Thaina Kariny Oliveira; RAMIRO, Marcus Geandré Nakano. O Direito ao acesso à informação na sociedade digital brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, v. 51, n. 2, p. 94-116, 2025. DOI: <https://doi.org/10.14393/RFADIR-51.2.2023.68491.94-116>.
- RIEMENSCHNEIDER, Patrícia Strauss; MUCELIN, Guilherme Balczarek. Internet das Coisas, Decisões Automatizadas e o Direito à Explicação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, v. 49, n. 1, p. 689-708, 2021. DOI: <https://doi.org/10.14393/RFADIR-v49n1a2021-56135>.
- RUDIN, Cynthia. Stop explaining black box machine learning models for high stakes decisions and use interpretable models instead. *Nature Machine Intelligence*, London, v. 1, n. 5, p. 206-215, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1038/s42256-019-0048-x>.
- SILVA, Ulisses Juliano da. Realidades adaptadas: perspectiva dialética entre o homem e a inteligência artificial nas relações de trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, v. 50, n. 1, p. 207-228, jan./jun. 2022. DOI: <https://doi.org/10.14393/RFADIR-50.1.2022.63597.207-228>.
- 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. *Jornal Oficial da União Europeia*, Bruxelas, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>. Acesso em: 7 jun. 2026.
- UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024, que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial. *Jornal Oficial da União Europeia*, Bruxelas, 2024. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>. Acesso em: 7 jun. 2026.
- WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent; RUSSELL, Chris. Why fairness cannot be automated: bridging the gap between EU non-discrimination law and AI. *Computer Law & Security Review*, Amsterdam, v. 41, 2021. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2021.105567>.
- YEUNG, Karen. Algorithmic regulation: a critical interrogation. *Regulation & Governance*, Hoboken, v. 12, n. 4, p. 505-523, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1111/rego.12158>.

Artigo recebido em: 07/06/2026.

Aceito para publicação em: 02/09/2026.

Rotulagem de conteúdo sintético e dever jurídico de transparência: limites de licitude no uso comercial da inteligência artificial generativa

Labeling of synthetic content and the legal duty of transparency: limits of lawfulness in the commercial use of generative artificial intelligence

José Luiz de Moura Faleiros Júnior¹

Resumo: O artigo analisa a rotulagem de conteúdo sintético gerado ou manipulado por inteligência artificial generativa como dever jurídico de transparência e seus limites de licitude no uso comercial. A partir de perspectiva dogmático-jurídica, regulatória e consumerista, examina os fundamentos normativos do dever de identificar conteúdos artificialmente produzidos ou substancialmente modificados, incluindo *deepfakes*, avatares sintéticos, clones de voz e influenciadores virtuais, com ênfase nos direitos da personalidade, no dever de informação, na vedação à publicidade enganosa e na responsabilidade civil dos agentes econômicos. A hipótese central sustenta que a rotulagem constitui dever jurídico autônomo de transparência, extraível do sistema brasileiro de proteção da confiança, da boa-fé objetiva, da proteção de dados pessoais e da tutela do consumidor, mas possui função limitada: a identificação da natureza sintética do conteúdo não legitima, por si só, sua circulação quando houver uso não autorizado de imagem, voz ou identidade, tratamento irregular de dados pessoais, publicidade enganosa ou violação de direitos da personalidade. A rotulagem é condição de transparência, não condição suficiente de licitude. A metodologia é dogmático-dedutiva, com revisão bibliográfica especializada, análise normativa do direito brasileiro vigente e exame de parâmetros regulatórios comparados, especialmente o AI Act europeu e o Digital Services Act. Conclui-se que a licitude do conteúdo sintético exige arquitetura de transparência composta por rotulagem, consentimento, proteção de dados, tutela do consumidor, *accountability* e responsabilidade civil multissubjetiva.

Palavras-chave: conteúdo sintético. deepfake. transparência. direitos da personalidade. inteligência artificial generativa.

Abstract: This article analyzes the labeling of synthetic content generated or manipulated by generative artificial intelligence as a legal duty of transparency and its limits of lawfulness in commercial use. From a dogmatic-legal, regulatory, and consumer protection perspective, it

¹ Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP) e Doutor em Direito, Tecnologia e Inovação pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pós-doutor em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor da Faculdade Milton Campos (FMC) e da Skema Law School. Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0192-2336>. E-mail: josefaleirosjr@outlook.com

examines the normative foundations of the obligation to identify artificially produced or substantially modified content — including deepfakes, synthetic avatars, voice clones, and virtual influencers —, with emphasis on personality rights, the duty of information, the prohibition of misleading advertising, and the civil liability of economic actors. The central hypothesis holds that labeling constitutes an autonomous legal duty of transparency, derivable from the Brazilian system of trust protection, objective good faith, personal data protection, and consumer law, but has limited function: the identification of the synthetic nature of the content does not, by itself, legitimize its circulation when there is unauthorized use of image, voice, or identity, unlawful processing of personal data, misleading advertising, or violation of personality rights. Labeling is a condition of transparency, not a sufficient condition of lawfulness. The methodology is dogmatic-deductive, supported by specialized bibliographic review, normative analysis of current Brazilian law, and examination of comparative regulatory parameters, especially the European AI Act and the Digital Services Act. It concludes that the lawfulness of synthetic content requires a transparency architecture composed of labeling, consent, data protection, consumer law, accountability, and multi-subject civil liability.

Keywords: synthetic content. deepfake. transparency. personality rights. generative artificial intelligence.

1. Introdução

A inteligência artificial generativa alterou as condições técnicas de produção, modificação e circulação de conteúdos digitais. Imagens, vídeos, vozes e textos que antes eram ordinariamente associados a registros humanos ou a eventos captados da realidade podem agora ser fabricados, recombinaados ou manipulados por sistemas capazes de simular rostos, timbres, gestos, ambientes, estilos e declarações com elevado grau de verossimilhança. Essa transformação não produz apenas um problema tecnológico de detecção de falsidades. Ela afeta categorias jurídicas estruturantes do direito privado, como autenticidade, confiança, consentimento, identidade, informação e imputação de responsabilidade.

O conteúdo sintético, para os fins deste artigo, não é juridicamente relevante apenas porque resulta de inteligência artificial. Sua relevância decorre da aptidão para produzir falsa autenticidade, isto é, para fazer circular uma representação artificial como se fosse manifestação, presença, endosso, experiência ou identidade de pessoa real. *Deepfakes*, clones de voz,

avatares hiper-realistas e influenciadores virtuais tornam particularmente sensível essa questão quando se inserem em contextos comerciais, publicitários ou de monetização digital. Nesses ambientes, a artificialidade não revelada, ou revelada de modo insuficiente, pode interferir na formação da confiança do consumidor, na exploração econômica da imagem e da voz, no tratamento de dados pessoais e na tutela dos direitos da personalidade.

A rotulagem de conteúdo sintético surge, nesse cenário, como uma das respostas regulatórias mais relevantes. Identificar que determinada imagem, vídeo, áudio ou comunicação foi gerado ou substancialmente manipulado por inteligência artificial permite recompor, ao menos parcialmente, a assimetria informacional entre quem produz, distribui ou monetiza o conteúdo e quem é por ele afetado. O *AI Act* europeu (Regulamento 2024/1689(EU)), especialmente em seu art. 50, e as discussões brasileiras em torno do Projeto de Lei n.º 2.338/2023 evidenciam a tendência de converter a identificação de conteúdos artificiais em obrigação jurídica específica. No direito brasileiro vigente, embora inexista ainda disciplina geral e autônoma sobre conteúdo sintético, o dever de rotulagem pode ser extraído de uma leitura sistemática do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e do Marco Civil da Internet.

O ponto decisivo, contudo, está em evitar que a rotulagem seja convertida em salvo-conduto. A informação de que certo conteúdo foi produzido por IA pode ser juridicamente necessária, mas não torna automaticamente lícita a utilização de imagem, voz, nome, identidade pessoal, dados biométricos ou aparência de endosso de pessoa real. Tampouco impede a configuração de publicidade enganosa, publicidade velada, tratamento irregular de dados pessoais ou responsabilidade civil por danos individuais e coletivos. A transparência sobre a artificialidade do conteúdo é apenas uma das camadas de licitude, não substituindo o consentimento, a finalidade legítima, a não enganabilidade e o respeito aos direitos da personalidade.

Diante disso, o problema de pesquisa que orienta o presente artigo é o seguinte: a rotulagem de conteúdo sintético produzido ou manipulado por inteligência artificial pode operar como mecanismo suficiente de transparência e legitimação jurídica, ou deve ser compreendida apenas como dever informacional mínimo, incapaz de suprir consentimento, licitude do tratamento de dados e respeito aos direitos da personalidade?

A hipótese central é a de que a rotulagem de conteúdo sintético constitui dever jurídico autônomo de transparência, extraível do sistema brasileiro de proteção da confiança, do dever de informação, da boa-fé objetiva, da proteção de dados pessoais e da tutela do consumidor. Todavia, esse dever possui função limitada: a identificação da natureza sintética do conteúdo não legitima, por si só, sua circulação quando houver uso não autorizado de imagem, voz ou identidade, tratamento irregular de dados pessoais, falsa impressão de endosso, publicidade enganosa ou violação de direitos da personalidade. A rotulagem, portanto, é condição de transparência, mas não condição suficiente de licitude.

A metodologia adotada é dogmático-dedutiva, com revisão bibliográfica especializada, análise normativa do direito brasileiro vigente e exame de parâmetros regulatórios comparados, especialmente o *AI Act* europeu e o *Digital Services Act*. O artigo desenvolve-se em três movimentos. Primeiro, delimita o conteúdo sintético como problema jurídico de autenticidade, confiança e consentimento. Em seguida, demonstra a rotulagem como dever jurídico de transparência fundado no direito privado brasileiro e reforçado por tendências regulatórias internacionais. Por fim, examina os limites da rotulagem nos campos da personalidade, da publicidade sintética e da responsabilidade civil das plataformas e demais agentes econômicos.

2. Conteúdo sintético, autenticidade e confiança

O conteúdo sintético, para os fins deste artigo, é todo conteúdo digital, imagens, vídeos, áudios, textos ou formatos multimodais, substancialmente gerado, modificado ou simulado por sistemas de inteligência artificial, com aptidão para produzir representações realistas de pessoas, eventos, objetos, ambientes ou declarações. Sua relevância jurídica não decorre da artificialidade em si, mas da capacidade de fazer circular representações artificiais como se fossem expressões autênticas de identidade, presença, endosso ou experiência de pessoa real. É essa aptidão para a falsa autenticidade que confere ao conteúdo sintético sua específica relevância para o direito privado.

O *deepfake* consiste em vídeo, imagem ou áudio no qual a aparência, a voz ou as declarações de uma pessoa real são fabricadas ou sobrepostas por redes neurais profundas, criando a impressão de que determinada pessoa disse ou fez algo que, na realidade, não ocorreu. O clone de voz reproduz sinteticamente o timbre, o ritmo, a entonação e a dicção de uma pessoa específica, gerando falas jamais proferidas. O avatar hiper-realista pode assemelhar-se intensamente a alguém real ou constituir entidade fictícia projetada para interagir com usuários como se fosse humana. O influenciador virtual insere-se em comunicações comerciais sem revelar, adequadamente, sua natureza artificial. É possível sintetizar os desafios dessas tecnologias ao analisar a recriação de artistas falecidos em campanhas publicitárias, evidenciando que os avanços tecnológicos tornaram possível recriar imagens e áudios de pessoas de forma extremamente realista, o que levanta sérias questões sobre privacidade, autenticidade e o uso não autorizado dessas representações (Silveira; Faleiros Júnior, 2024, p. B1). Essas categorias, analiticamente distinguíveis, frequentemente se combinam em práticas concretas de comunicação, publicidade e entretenimento, impondo ao direito o desafio de respostas que abranjam a categoria ampla, e não apenas cada manifestação isolada.

O crescimento exponencial dessas tecnologias já é documentado empiricamente. Ajder *et al.* (2019) mapearam o estado dos *deepfakes* em relatório que identificou sua disseminação majoritária em conteúdo sexualmente explícito não consentido, com aceleração significativa de usos políticos, fraudulentos e comerciais. Chesney e Citron (2019, p. 1753) identificaram os *deepfakes* como um desafio iminente para a privacidade, a democracia e a segurança nacional, demonstrando que a capacidade de fabricar representações convincentes de comportamentos humanos desestabiliza fundamentos epistêmicos de múltiplas instituições sociais. A inteligência artificial generativa ultrapassa os limites da automação tradicional, pois passa a produzir conteúdos dotados de aparente autonomia criativa, fenômeno que suscita implicações éticas e jurídicas de elevada complexidade, cujas respostas regulatórias ainda se encontram em processo de construção (Borges; Mello Filho, 2023, p. 284).

No plano jurídico, a crise da autenticidade produz consequências em quatro campos principais. No campo probatório, um vídeo ou áudio fabricado pode ser apresentado como falsa evidência em litígios, negociações ou campanhas de desinformação. No campo do consentimento, a manifestação aparentemente atribuída a uma pessoa pode ter sido sinteticamente produzida, comprometendo a atribuição de vontade e a formação de vínculos jurídicos. No campo reputacional, alguém pode ser submetido a fabricações danosas à honra, à imagem, à privacidade e à integridade psíquica. No campo da confiança comercial, consumidores podem ser induzidos a decisões de consumo com base em endossos, depoimentos ou apresentações artificiais. Essa desestabilização desafia a boa-fé objetiva, consagrada nos arts. 113, 187 e 422 do Código Civil, o dever de informação previsto no art. 6.º, III, do Código de Defesa do Consumidor, e a proteção constitucional dos direitos da personalidade, prevista no art. 5.º, V e X, da Constituição Federal de 1988.

É importante ressaltar, contudo, que nem todo conteúdo sintético é juridicamente ilícito. Paródias, sátiras, obras ficcionais, produções artísticas

e usos transparentemente contextualizados podem legitimamente empregar técnicas de IA, desde que observados os limites decorrentes dos direitos da personalidade, da boa-fé objetiva, do dever de informação e da vedação ao uso enganoso. A relevância jurídica do conteúdo sintético está em sua aptidão para produzir falsa autenticidade, não na artificialidade como tal. Essa distinção é essencial para evitar que a regulação da IA generativa se converta em proibição geral de um recurso tecnológico que também serve a usos lícitos, criativos e socialmente valiosos. A tensão entre liberdade de expressão, inovação tecnológica e proteção de direitos individuais é estrutural ao tema e exige critérios normativos de diferenciação, não supressão.

3. Rotulagem como dever jurídico de transparência

3.1. A rotulagem no sistema de deveres informacionais

A rotulagem de conteúdo sintético deve ser compreendida no interior do sistema jurídico dos deveres informacionais, especialmente a partir do princípio da boa-fé objetiva e do dever geral de transparência. Em seu sentido mais amplo, rotular significa identificar, de modo adequado e suficientemente perceptível, que determinado conteúdo foi gerado ou substancialmente modificado por inteligência artificial, permitindo que seus destinatários o avaliem a partir de uma percepção minimamente adequada de sua natureza e origem. No direito brasileiro vigente, o dever de rotulagem pode ser extraído de uma leitura sistemática de quatro pilares normativos: o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Marco Civil da Internet.

O Código de Defesa do Consumidor oferece o fundamento mais direto. O art. 6.º, III, consagra como direito básico do consumidor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços. O art. 31 impõe que a oferta e a apresentação assegurem informações corretas, claras, precisas e ostensivas. Interpretados em conjunto com a vedação à publicidade enganosa

(art. 37, § 1.º) e à publicidade velada (art. 36, caput), esses dispositivos permitem afirmar que, em qualquer comunicação comercial, a natureza sintética do conteúdo deve ser identificada de modo claro e perceptível pelo consumidor médio. A linha entre publicidade sintética lícita e publicidade enganosa passa pela adequação do rótulo: informação discreta, periférica, técnica ou temporariamente breve não satisfaz o dever de informação ostensiva.

O Código Civil contribui por meio da cláusula geral de boa-fé objetiva, prevista no art. 422, que impõe às partes de qualquer relação jurídica deveres de lealdade, cooperação e informação. A boa-fé objetiva não se limita à vedação de condutas dolosas: ela impõe deveres anexos de conduta, entre os quais o dever de não omitir informações relevantes para a formação da vontade alheia. A omissão quanto à natureza artificial de um vídeo, imagem ou voz pode configurar violação ao dever de informação, com potencial de gerar responsabilidade civil nos termos do art. 186, inclusive nas relações extracontratuais.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018) acrescenta camadas normativas relevantes sempre que o conteúdo sintético envolver dados biométricos, imagens faciais, padrões vocais ou quaisquer atributos identificáveis de pessoa natural. Esses dados qualificam-se como dados pessoais sensíveis (art. 5.º, II, da LGPD), sujeitos a regime jurídico reforçado que exige, na ausência de outra base legal adequada, consentimento específico e destacado (art. 11, I). Os princípios da finalidade, adequação, necessidade, transparência, segurança, prevenção, não discriminação e responsabilização (art. 6.º da LGPD) incidem sobre todo o ciclo de vida do conteúdo sintético que envolva dados pessoais, desde a coleta e o treinamento do modelo até a distribuição e monetização do produto final. A rotulagem é, nesse contexto, condição de transparência no sentido da LGPD, mas não esgota as exigências normativas da lei.

O Marco Civil da Internet, por sua vez, estabelece os parâmetros gerais de responsabilidade dos provedores de aplicações (art. 19), além de impor deveres de proteção de dados e privacidade (arts. 7.º e 8.º). Para fins de rotulagem, o Marco Civil é relevante especialmente para delimitar a posição das plataformas como intermediárias, hospedeiras ou distribuidoras de conteúdo produzido por terceiros. Em conjunto, esses quatro diplomas formam o substrato normativo a partir do qual se pode afirmar, no direito brasileiro vigente, a existência de um dever jurídico de rotulagem do conteúdo sintético, ainda que não haja disciplina geral e específica sobre o tema.

3.2. Parâmetros regulatórios internacionais e o PL 2.338/2023

No plano internacional, o Regulamento (UE) 2024/1689, conhecido como *AI Act*, estabelece, em seu art. 50, obrigações específicas de transparência para sistemas de IA que produzam ou manipulem conteúdo de imagem, áudio ou vídeo de modo a criar representações falsas da realidade, incluindo *deepfakes*. Nesses casos, os operadores de sistemas de IA devem assegurar que o conteúdo seja identificado como artificialmente gerado ou manipulado por meios técnicos adequados, e que essa identificação seja transmitida de modo interoperável, detectável por máquinas e processável de modo automatizado. A exceção cobre usos legitimamente autorizados no contexto do exercício da liberdade de expressão artística e criativa, quando acompanhados de divulgação adequada.

O *AI Act* adota uma lógica de proporcionalidade baseada em classificação por risco. Sistemas de IA de alto risco — em áreas como educação, emprego, saúde, infraestrutura crítica, segurança pública e administração da justiça — estão sujeitos a obrigações mais intensas de governança, auditoria, rastreabilidade e conformidade. Para os sistemas generativos de uso geral (GPAI), o regulamento impõe deveres adicionais de transparência e avaliações de risco sistêmico para os modelos mais

avancados. Essa lógica de proporcionalidade oferece um modelo regulatório que o direito brasileiro ainda não consolidou de modo específico para o conteúdo sintético.

O *Digital Services Act*, Regulamento (UE) 2022/2065, complementa esse quadro ao impor às plataformas online de grande porte deveres específicos de avaliação e mitigação de riscos sistêmicos relacionados à desinformação, incluindo conteúdos gerados ou manipulados por IA (arts. 34 e 35). A responsabilidade das plataformas não se esgota na hospedagem passiva: quando atuam ativamente na recomendação, amplificação ou monetização de conteúdo, devem adotar medidas proporcionais de mitigação de riscos.

No Brasil, o Projeto de Lei n.º 2.338/2023, em tramitação na Câmara dos Deputados, constitui a principal proposta de regulação específica de inteligência artificial. O projeto adota classificação de sistemas de IA por nível de risco e prevê deveres de transparência, informação, governança e responsabilização aplicáveis ao desenvolvimento e ao uso de sistemas de IA em território nacional. No que tange ao conteúdo sintético, o projeto inclui previsões sobre a necessidade de identificação da natureza artificial de comunicações e sobre os deveres das plataformas diante de conteúdos de alto risco. Embora ainda em tramitação e passível de alterações, o PL 2.338/2023 sinaliza a tendência do ordenamento brasileiro de converter a rotulagem em obrigação específica, alinhada às melhores práticas internacionais. A leitura sistemática entre o direito vigente e as propostas regulatórias em curso permite afirmar que o dever de rotulagem já possui fundamento normativo suficiente no direito brasileiro, ainda que careça de disciplina específica.

3.3. A arquitetura de transparência

A análise do quadro normativo revela que a rotulagem adequada de conteúdo sintético não pode ser reduzida a uma simples expressão textual,

como "feito por IA" ou "conteúdo gerado por inteligência artificial", inserida de modo perfunctório em legenda, rodapé ou metadado invisível ao usuário. A efetividade jurídica da rotulagem depende de sua arquitetura, isto é, do conjunto de mecanismos técnicos e comunicativos que, articulados, asseguram a perceptibilidade, a verificabilidade e a rastreabilidade da natureza sintética do conteúdo.

Uma arquitetura de transparência adequada compreende, no mínimo, três camadas funcionais. A primeira é a camada de sinalização perceptível ao usuário: advertência visível, clara e ostensiva, posicionada de modo que o consumidor médio a identifique de maneira imediata, sem esforço ou pesquisa adicional. Rótulos discretos, de baixo contraste, temporariamente breves, em idioma ou formato técnico inacessível ao destinatário médio, não satisfazem o dever de informação ostensiva previsto no art. 31 do CDC.

A segunda é a camada de credenciais de conteúdo e proveniência técnica: metadados estruturados, assinaturas digitais e registros de histórico de edição capazes de indicar origem, autoria e modificações do conteúdo de modo verificável por ferramentas independentes. A *Coalition for Content Provenance and Authenticity* (C2PA, 2026) desenvolveu especificação técnica aberta que permite incorporar ao arquivo digital um registro assinado de sua cadeia de produção, editores e modificações. O projeto *Content Credentials* (2026), baseado nessa especificação, oferece implementação acessível para criadores, plataformas e consumidores, com potencial para integração a sistemas de verificação automatizada. A terceira é a camada de governança e rastreabilidade sistêmica: procedimentos institucionais de controle, auditoria, notificação e resposta, que assegurem que a rotulagem seja aplicada de modo consistente, verificável e não fraudável ao longo do ciclo de vida do conteúdo.

É importante destacar, contudo, que mesmo essa arquitetura possui limitações técnicas significativas. A *National Security Agency* e agências parceiras (2025) alertam que credenciais de conteúdo podem ser removidas

quando o arquivo é publicado em plataformas que não as preservam, quando o conteúdo passa por conversões de formato, ou quando os metadados são deliberadamente eliminados. Marcas d'água imperceptíveis (*watermarks*) apresentam fragilidades similares. Por isso, a arquitetura de transparência deve ser compreendida como infraestrutura de governança e prova — não como mecanismo infalível de autenticação. A sua existência e integridade são relevantes para a aferição da boa-fé dos agentes, para a demonstração de conformidade normativa e para a instrução de processos judiciais e administrativos, mas não esgotam o juízo de licitude do conteúdo.

4. Os limites jurídicos da rotulagem

4.1. Imagem, voz, identidade e consentimento

O primeiro limite da rotulagem reside no campo dos direitos da personalidade: a identificação da natureza sintética do conteúdo não substitui o consentimento do titular dos atributos utilizados, nem afasta a incidência dos direitos da personalidade quando houver uso não autorizado de imagem, voz, nome ou identidade de pessoa real.

O art. 20 do Código Civil estabelece que a utilização da imagem de uma pessoa pode ser proibida pelo retratado, a requerimento do próprio ou de seus herdeiros, sempre que atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinar a fins comerciais, ressalvadas as hipóteses de notoriedade pública, necessidade pública ou administração da justiça. O direito à imagem possui fundamento simultaneamente constitucional, nos termos do art. 5.º, V e X, da Constituição Federal, e civil, possuindo natureza personalíssima e intransferível, como assinalam Alves, Moura e Gomes (2022, p. 179). Esse regime de proteção não se restringe à imagem-retrato, isto é, a representação física direta da pessoa por fotografia, vídeo ou ilustração. Alcança também a imagem-atributo, compreendida como o conjunto de características pessoais, reputacionais e identitárias associadas à projeção social da pessoa.

Chiara de Teffé (2018, p. 2) esclarece que o direito à imagem protege principalmente interesses existenciais da pessoa, sendo compreendido como um direito da personalidade por se encontrar intrinsecamente ligado ao indivíduo enquanto ser, refletindo a expressão de sua existência. Uma simulação sintética que reproduza a aparência de alguém, ainda que não baseada em fotografia ou vídeo pré-existente, viola o direito à imagem quando captura e explora comercialmente o substrato identitário da pessoa representada. A artificialidade do processo de produção não neutraliza o desvalor jurídico da apropriação identitária.

A proteção vocal também integra esse campo. O clone de voz reproduz sinteticamente timbre, ritmo, entonação e padrão de fala de uma pessoa específica, com aptidão para gerar declarações jamais proferidas. O art. 20 do Código Civil aplica-se, por extensão analógica, à voz como atributo da personalidade, dado que cumpre função identitária equivalente à da imagem, servindo à individualização, ao reconhecimento e à projeção social da pessoa. O uso não autorizado de clone vocal para fins publicitários, políticos ou comerciais configura violação autônoma dos direitos da personalidade, independentemente de o produto final ser rotulado como sintético.

Silveira e Faleiros Júnior (2024) documentam exemplarmente essa tensão ao analisar a recriação da cantora Elis Regina em campanha publicitária automobilística: a ausência de autorização dos herdeiros e a exploração comercial da identidade, da voz e da imagem da artista falecida configuram violações jurídicas autônomas que a simples rotulagem do conteúdo como gerado por IA não teria o condão de afastar. O caso ilustra que a rotulagem informa, mas não autoriza; indica a artificialidade, mas não sana a ilegitimidade do uso dos atributos da personalidade.

Uma dimensão particularmente grave situa-se nos *deepfakes* de conteúdo íntimo e sexualmente explícito. Citron e Franks (2014) demonstraram, em análise pioneira sobre a criminalização da pornografia de vingança, que a distribuição não consentida de conteúdo sexualmente

explícito representa violação grave da privacidade sexual e da dignidade da pessoa retratada. Quando o conteúdo íntimo é sinteticamente fabricado por IA, sem qualquer participação real da pessoa retratada, o desvalor da conduta é potencialmente ainda maior, pois não existe sequer o registro original: trata-se de uma fabricação completa da sexualidade e da intimidade da vítima. Nesses casos, a rotulagem não apenas é insuficiente para afastar a ilicitude, como se revela evidência adicional de que o produtor e o distribuidor tinham plena consciência do caráter artificial e não consentido do material.

A LGPD reforça essa perspectiva sempre que o conteúdo sintético envolver dados biométricos de pessoa identificável. Os atributos faciais, vocais e corporais utilizados para o treinamento de modelos generativos ou para a síntese do conteúdo final qualificam-se como dados pessoais sensíveis (art. 5.º, II), cuja operação exige consentimento específico e destacado (art. 11, I) ou outra base legal expressamente prevista. A mera rotulagem do produto final não satisfaz as exigências de base legal para o tratamento de dados pessoais na fase de treinamento, coleta ou síntese.

4.2. Publicidade sintética, falsa autenticidade e enganosidade

O segundo campo de limites da rotulagem situa-se na publicidade. Em contextos comerciais, a rotulagem do conteúdo como sintético não afasta a enganosidade quando a mensagem produz falsa impressão de endosso, experiência real, recomendação humana, aprovação espontânea ou autenticidade da comunicação persuasiva.

O art. 37 do Código de Defesa do Consumidor proíbe toda publicidade enganosa, assim compreendida aquela que contenha informação ou comunicação capaz de induzir o consumidor ao erro a respeito de qualquer elemento essencial do produto ou serviço oferecido (§ 1.º). A publicidade é enganosa também por omissão, quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço (§ 3.º). Quando um conteúdo sintético cria a

falsa impressão de que uma celebridade endossou determinado produto, de que um consumidor real relatou sua experiência, ou de que uma recomendação humana autêntica está sendo feita — e o rótulo "gerado por IA" não é suficientemente perceptível para desfazer essa impressão no consumidor médio —, configura-se publicidade enganosa, independentemente da existência formal do rótulo.

A ostensividade do rótulo é, portanto, critério central de conformidade. Um rótulo que atenda apenas formalmente ao dever de informação, mas seja periférico, minúsculo, de baixo contraste visual, em idioma técnico inacessível, ou exibido por tempo insuficiente para ser percebido, não satisfaz a exigência de clareza e ostensividade dos arts. 31 e 37 do CDC. A responsabilidade pela conformidade recai sobre o anunciante, o agente de publicidade e, em certas circunstâncias, sobre a plataforma distribuidora, conforme o papel de cada agente na cadeia de produção e veiculação do conteúdo.

A publicidade velada constitui risco específico dos influenciadores virtuais e dos avatares sintéticos. O art. 36, caput, do CDC exige que toda publicidade seja clara e ostensivamente identificada como tal. Quando um influenciador virtual interage com consumidores em redes sociais sem revelar sua natureza artificial e seu vínculo comercial com o anunciante, viola simultaneamente o dever de identificação publicitária e o dever de informação sobre a natureza do comunicador. Gasparatto, Freitas e Efig (2019, p. 78) fundamentam a responsabilidade objetiva dos influenciadores digitais no art. 14 do CDC, por defeito no serviço de informação prestado ao consumidor; o mesmo raciocínio se aplica aos operadores de influenciadores virtuais, que assumem posição funcional de fornecedoras no mercado de consumo, sujeitando-se aos deveres de informação, identificação publicitária, transparência e não enganabilidade próprios do regime consumerista.

A dimensão da vulnerabilidade algorítmica estrutural do consumidor digital merece atenção especial. Verbicaro e Vieira (2021, p. 208) demonstram

que a captação, o tratamento e a difusão de dados pessoais por dispositivos dotados de inteligência artificial criam condição estrutural de assimetria informacional que se soma à vulnerabilidade inerente do consumidor. Com efeito, a combinação entre perfilamento comportamental por *big data* e publicidade direcionada cria condições para práticas abusivas voltadas a grupos hipervulneráveis, incluindo crianças, idosos e pessoas em situação de vulnerabilidade situacional, com potencial configuração de publicidade abusiva nos termos do art. 37, § 2.º, do CDC, ainda que a natureza sintética do conteúdo seja formalmente revelada (Rosa; Faleiros Júnior; Versiani, 2020).

Em ambientes de publicidade digital altamente personalizados, o rótulo perde progressivamente sua função informacional. O consumidor repetidamente exposto a conteúdo sintético de alta qualidade, em volume elevado, com curadoria algorítmica e velocidade de circulação que impede verificação individual, não está em condição de exercer vigilância eficaz apenas com base na presença formal de um rótulo. A rotulagem, nesse contexto, deve ser complementada por mecanismos estruturais de governança, rastreabilidade e educação digital que permitam ao consumidor reconhecer, avaliar e contestar o conteúdo sintético de modo efetivo.

4.3. Plataformas, monetização e responsabilidade civil

O terceiro campo de limites da rotulagem envolve a responsabilidade das plataformas digitais que hospedam, recomendam, monetizam ou amplificam conteúdo sintético danoso. A complexidade desse campo decorre da diversidade funcional das plataformas e da necessidade de superar análises que as tratam de modo homogêneo como intermediários passivos.

O art. 19, *caput*, do Marco Civil da Internet estabelece a regra geral de que os provedores de aplicações de internet somente serão responsabilizados civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após

ordem judicial específica, não tomarem as providências para tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente. Essa proteção, concebida para incentivar a hospedagem de conteúdo e preservar a liberdade de expressão, não pode ser lida como cláusula geral de imunidade quando a plataforma transcende a função de hospedeira passiva.

Barbosa (2022, p. 797) demonstra que as plataformas digitais podem ocupar múltiplas posições jurídicas — provedoras de infraestrutura, operadoras de marketplace, intermediárias de serviços —, e que sua exposição à responsabilidade varia conforme o papel efetivamente exercido. Quando a plataforma recomenda, monetiza, segmenta, impulsiona ou integra conteúdo sintético a uma cadeia econômica de publicidade digital, seu envolvimento na circulação do dano vai além da mera hospedagem. Nesses casos, o regime de responsabilidade objetiva pelo risco da atividade (art. 927, parágrafo único, do Código Civil) e a responsabilidade por defeito do serviço (art. 14 do CDC) apresentam fundamentos mais adequados para a imputação de responsabilidade do que o regime de responsabilidade subjetiva por omissão após notificação judicial. A distinção entre hospedar passivamente conteúdo de terceiro e recomendá-lo, segmentá-lo, monetizá-lo, impulsioná-lo ou integrá-lo a uma cadeia econômica é, portanto, decisiva para a análise da responsabilidade civil.

A lógica do *Digital Services Act*, Regulamento (UE) 2022/2065, é ilustrativa nesse sentido. Os arts. 34 e 35 do DSA impõem às plataformas de grande porte deveres de avaliação e mitigação de riscos sistêmicos, incluindo riscos relacionados à disseminação de desinformação, conteúdo ilícito e conteúdo gerado ou manipulado por IA. Essa abordagem sistêmica é preferível à imunidade genérica fundada na ausência de conhecimento específico do conteúdo, especialmente quando a plataforma participa da monetização e da amplificação algorítmica do conteúdo danoso.

Em hipóteses de tratamento massivo e inadequado de dados pessoais, o dano moral coletivo pode assumir caráter autônomo, fundado na violação

sistemática de direitos da personalidade de grupo determinado ou determinável (Teixeira Neto; Faleiros Júnior, 2021, p. 268). Essa lógica pode ser transposta para os contextos de disseminação sistêmica de conteúdo sintético danoso: quando a plataforma falha em adotar mecanismos de governança, rotulagem, restrição ou desmonetização de conteúdo sintético lesivo, pode responder tanto por danos individuais quanto por dano moral coletivo, com fundamento nos arts. 6.º, VI, e 81 do Código de Defesa do Consumidor.

A responsabilidade civil pelo conteúdo sintético danoso pode, portanto, ser imputada de modo cumulativo aos diferentes agentes da cadeia: o produtor do conteúdo, que utiliza IA de modo não autorizado ou enganoso; o anunciante, que contrata e economicamente se beneficia da comunicação; a plataforma, que distribui, recomenda e monetiza; e o operador do sistema de IA, quando houver defeito no produto ou no serviço. Os arts. 7.º, parágrafo único, e 34 do CDC, ao lado dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil, oferecem a base normativa para essa responsabilização solidária e proporcional. A rotulagem adequada — quando efetivamente implementada como arquitetura de transparência, e não como mero cumprimento formal — pode ser relevante para a aferição da boa-fé, do nexo causal e da culpa em eventual ação de responsabilidade civil. A ausência dessas medidas, ao contrário, constitui indício de negligência ou de omissão dolosa na gestão dos riscos inerentes ao uso comercial da inteligência artificial generativa.

5. Conclusão

A análise desenvolvida permite confirmar a hipótese central do artigo. A rotulagem de conteúdo sintético deve ser reconhecida como dever jurídico autônomo de transparência, construído a partir da boa-fé objetiva, do dever de informação, da proteção da confiança, da tutela do consumidor, da proteção de dados pessoais e das exigências contemporâneas de governança

algorítmica. No contexto da inteligência artificial generativa, a identificação da natureza sintética do conteúdo não é mera recomendação ética ou providência facultativa de autorregulação. Ela constitui mecanismo mínimo de recomposição da assimetria informacional produzida por tecnologias capazes de fabricar aparência de realidade, autoria, presença, voz, identidade ou endosso.

Esse dever, contudo, possui função juridicamente limitada. A rotulagem torna visível a artificialidade, mas não purifica a ilicitude. Quando o conteúdo sintético utiliza imagem, voz, nome, identidade pessoal, dados biométricos ou atributos reputacionais de pessoa real, a informação de que houve emprego de IA não substitui o consentimento nem afasta a incidência dos direitos da personalidade. Do mesmo modo, em contextos comerciais e publicitários, o rótulo não elimina a enganosidade se a comunicação cria falsa impressão de endosso, experiência real, recomendação humana, neutralidade da mensagem ou autenticidade da comunicação persuasiva. A suficiência da informação deve ser aferida à luz de sua clareza, ostensividade, posição, inteligibilidade e efetiva capacidade de ser percebida pelo consumidor médio.

A licitude do conteúdo sintético depende, portanto, de uma articulação normativa mais ampla. A rotulagem deve ser combinada com consentimento válido quando houver exploração de atributos da personalidade; base legal adequada e observância dos princípios da LGPD quando houver tratamento de dados pessoais; respeito às regras consumeristas de identificação publicitária, não enganosidade e proteção contra abusos; e responsabilidade civil dos agentes que produzem, contratam, distribuem, monetizam, impulsionam ou amplificam o conteúdo danoso. No caso das plataformas, a análise não pode se limitar à categoria abstrata do intermediário. É indispensável verificar o papel concretamente desempenhado: hospedar passivamente conteúdo de terceiro é diferente de recomendá-lo, segmentá-lo, monetizá-lo, impulsioná-lo ou integrá-lo a uma cadeia econômica de publicidade digital.

O modelo regulatório adequado deve, por isso, superar a concepção reducionista de rotulagem como simples aviso textual. A transparência de conteúdo sintético exige uma arquitetura composta por sinais visíveis ao usuário, metadados, credenciais de conteúdo, mecanismos de proveniência, rastreabilidade técnica, verificabilidade, classificação por risco, *accountability* e deveres proporcionais ao papel de cada agente. Ainda assim, tais instrumentos não esgotam o juízo de licitude. São ferramentas de governança e prova, não autorizações gerais para explorar identidade, imagem, voz ou confiança.

A reconstrução dogmática proposta conduz a uma conclusão central: a rotulagem é indispensável para tornar visível a artificialidade, mas insuficiente para tornar lícito aquilo que permanece abusivo, enganoso ou lesivo à personalidade.

Referências

- AJDER, Henry; PATRINI, Giorgio; CAVALLI, Francesco; CULLEN, Laurence. **The state of deepfakes: landscape, threats, and impact**. Amsterdã: Deeptrace, 2019. Disponível em: https://regmedia.co.uk/2019/10/08/deepfake_report.pdf. Acesso em: 25 maio 2026.
- ALVES, Fabrício Germano; MOURA, Gabriel Lins Procópio de; GOMES, Lucas Quirino. Limites jurídicos da utilização da imagem de atletas em jogos eletrônicos. **Revista do Curso de Direito da UNIFOR-MG**, Formiga, v. 13, n. 2, p. 152-194, jul./dez. 2022.
- BARBOSA, Mafalda Miranda. Responsabilidade civil das plataformas digitais. **Revista de Direito da Responsabilidade**, Coimbra, ano 4, p. 791-810, 2022.
- BORGES, Gustavo; MELLO FILHO, Ricardo de Souza. Inteligência artificial generativa e os impactos nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 32, n. 149, p. 279-300, set./out. 2023.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 2.338/2023**. Dispõe sobre o desenvolvimento, o fomento e o uso ético e responsável da inteligência artificial com base na centralidade da pessoa humana. Brasília: Câmara dos Deputados, 2025. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2487262>. Acesso em: 25 maio 2026.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 maio 2026.
- BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 25 maio 2026.
- BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 25 maio 2026.

BRASIL. Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014. **Marco Civil da Internet**. Brasília: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 25 maio 2026.

BRASIL. Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 25 maio 2026.

CHESNEY, Robert; CITRON, Danielle Keats. Deep fakes: a looming challenge for privacy, democracy, and national security. **California Law Review**, Berkeley, v. 107, p. 1753-1819, 2019. Disponível em: https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/640/. Acesso em: 25 maio 2026.

CITRON, Danielle Keats; FRANKS, Mary Anne. Criminalizing revenge porn. **Wake Forest Law Review**, Winston-Salem, v. 49, p. 345-391, 2014. Disponível em: https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/643/. Acesso em: 25 maio 2026.

COALITION FOR CONTENT PROVENANCE AND AUTHENTICITY. **C2PA: verifying media content sources**. [S. l.]: C2PA, 2026. Disponível em: <https://c2pa.org/>. Acesso em: 25 maio 2026.

CONTENT CREDENTIALS. **Verify media authenticity**. [S. l.]: Content Credentials, 2026. Disponível em: <https://contentcredentials.org/>. Acesso em: 25 maio 2026.

GASPARATTO, Ana Paula Gilio; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; EFING, Antônio Carlos. Responsabilidade civil dos influenciadores digitais. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 19, n. 1, p. 65-87, 2019. DOI: <https://doi.org/10.17765/2176-9184.2019v19n1p65-87>.

NATIONAL SECURITY AGENCY et al. **Strengthening multimedia integrity in the generative AI era**. [S. l.]: NSA, 2025. Disponível em: <https://media.defense.gov/2025/Jan/29/2003634788/-1/-1/0/CSI-CONTENT-CREDENTIALS.PDF>. Acesso em: 25 maio 2026.

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura; VERSIANI, Rodrigo Luiz da Silva. A proteção do consumidor diante das práticas publicitárias abusivas realizadas por meio de big data e hipervulnerabilidade. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 23, n. 45, p. 235-255, 2020.

SILVEIRA, Pedro Henrique Scoralick; FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura. Inteligência artificial e a exploração do direito de imagem a partir dos deepfakes. **Inova Jur — Revista Jurídica da UEMG**, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. B1-19, jul./dez. 2024. ISSN 2965-6885.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Direito à imagem na internet: estudo sobre o tratamento do Marco Civil da Internet para os casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, p. 93-127, 2018.

TEIXEIRA NETO, Felipe; FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura. Dano moral coletivo e vazamentos massivos de dados pessoais: uma perspectiva luso-brasileira. **Revista de Direito da Responsabilidade**, Coimbra, ano 3, p. 265-287, 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de outubro de 2022. Relativo a um mercado único para os serviços digitais e que altera a Diretiva 2000/31/CE, **Digital Services Act**. Jornal Oficial da União Europeia, Bruxelas, 27 out. 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/2065/oj>. Acesso em: 25 maio 2026.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024. Estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial. **Jornal Oficial da União Europeia**, Bruxelas, 12 jul. 2024. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32024R1689>. Acesso em: 25 maio 2026.

VERBICARO, Dennis; VIEIRA, Janaína. A nova dimensão da proteção do consumidor digital diante do acesso a dados pessoais no ciberespaço. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, p. 195-226, 2021.

Artigo recebido em: 25/05/2026.

Aceito para publicação em: 10/08/2026.

A decisão judicial em caixa-preta: IA generativa, fundamentação de aparência e crise de accountability

Black-box judicial decision-making: generative AI, apparent reasoning and the accountability crisis

Lucas Fagundes Isolani¹
Thainá Penha Pádua²

Resumo: O artigo examina criticamente os limites jurídicos do uso de inteligências artificiais generativas na fase decisória do processo judicial digital brasileiro. Parte-se do problema de saber em que medida sistemas capazes de produzir linguagem jurídica podem, sob o pretexto de eficiência, comprometer a fundamentação judicial, a segurança jurídica e a responsabilização por erros, vieses ou alucinações incorporadas ao ato decisório. A pesquisa adota abordagem qualitativa, método dedutivo e procedimentos bibliográfico e documental, com análise de doutrina sobre decisão judicial, devido processo, opacidade algorítmica e *accountability*, além de atos normativos nacionais e estrangeiros, especialmente a Resolução CNJ nº 615/2025, o PL nº 2.338/2023 e o AI Act europeu. Sustenta-se que a IA generativa pode auxiliar atividades de organização, pesquisa e apoio redacional, mas não pode ocupar o lugar do juízo humano responsável pela interpretação do Direito, pela valoração probatória e pela construção da razão de decidir. Conclui-se que decisões assistidas por IA somente serão legítimas se submetidas a transparência funcional, supervisão humana efetiva, rastreabilidade, auditabilidade, contestabilidade, avaliação de impacto algorítmico e clara distribuição de responsabilidades. Sem tais garantias, a tecnologia deixa de servir à jurisdição e passa a produzir uma fundamentação de aparência: formalmente sofisticada, mas juridicamente opaca, incontrolável e incompatível com o devido processo legal.

Palavras-chave: inteligência artificial generativa; decisão judicial; fundamentação; opacidade algorítmica; *accountability*; processo judicial digital.

Abstract: This article critically examines the legal limits of using generative artificial intelligence in the decision-making stage of the Brazilian digital judicial process. It addresses the extent to which systems capable of producing legal language may, under the pretext of efficiency, undermine judicial reasoning, legal certainty, and *accountability* for errors,

¹ NÃO IDENTIFICAR O TEXTO. As informações dos autores devem vir totalmente preenchidas nos **metadados durante a submissão**. Salienta-se a importância de preencher o n. ORCID (cadastro sem custos em <http://orcid.org/>) e o URL do Link do CV Lattes.

² Doutor e Mestre em Direito em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. Doutorando em Direito pela FADISP/SP. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Notarial e Registral pela PUC Minas. Especialista em Direito Público pela FUMEC. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais. Tabelião de Notas e Protesto. Oficial interino de Registro de Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas.

biases, or hallucinations incorporated into judicial decisions. The research adopts a qualitative approach, a deductive method, and bibliographic and documentary procedures, analyzing legal scholarship on judicial decision-making, due process, algorithmic opacity, and *accountability*, as well as national and foreign regulatory instruments, especially CNJ Resolution No. 615/2025, Brazilian Bill No. 2,338/2023, and the European AI Act. It argues that generative AI may assist organizational, research, and drafting activities, but cannot occupy the place of human judgment responsible for interpreting the law, assessing evidence, and constructing the reasons for the decision. The article concludes that AI-assisted judicial decisions will only be legitimate if subjected to functional transparency, effective human oversight, traceability, auditability, contestability, algorithmic impact assessment, and a clear allocation of responsibilities. Without such safeguards, technology no longer serves jurisdiction and instead produces a merely apparent form of reasoning: formally sophisticated, legally opaque, uncontrollable, and incompatible with due process of law.

Keywords: generative artificial intelligence; judicial decision-making; judicial reasoning; algorithmic opacity; *accountability*; digital judicial process.

1. Introdução

A digitalização do processo judicial brasileiro deixou de representar simples migração dos autos físicos para o meio eletrônico. Ao modificar os modos de armazenamento, seleção, circulação e interpretação das informações processuais, o processo judicial digital reconfigura as próprias condições materiais de produção da jurisdição. Nesse ambiente, a incorporação de inteligências artificiais generativas ao Poder Judiciário inaugura uma etapa mais delicada: a automação de operações linguísticas e cognitivas que se aproximam da construção da fundamentação judicial.

A delimitação deste artigo recai, portanto, sobre o uso de IAs generativas na fase decisória do processo judicial digital brasileiro, especialmente quando tais sistemas são empregados para apoiar a elaboração de minutas, sugerir fundamentos, organizar argumentos, indicar precedentes ou aperfeiçoar a linguagem decisória.

Não se trata de investigar toda e qualquer aplicação de IA no Judiciário, nem de rejeitar a tecnologia como instrumento de racionalização administrativa. O objeto é mais preciso: examinar o ponto em que a

ferramenta deixa de apenas auxiliar a gestão do trabalho judicial e passa a interferir, ainda que de modo silencioso, na produção da razão de decidir.

A relevância do problema deixou de ser meramente hipotética. Nos últimos anos, têm sido flagrados episódios sucessivos de uso problemático de IA generativa por magistrados e gabinetes judiciais. Noticiou-se, por exemplo, decisão com jurisprudência falsa atribuída ao Superior Tribunal de Justiça após pesquisa realizada com ChatGPT, investigação de magistrado cuja produtividade teria saltado de 80 para 969 sentenças em um mês, com suspeitas de decisões padronizadas, ausência de fundamentação e precedentes inexistentes, bem como voto judicial em que permaneceu visível o comando dirigido à ferramenta de IA para melhorar a exposição e a fundamentação de determinado parágrafo.

Tais episódios revelam que a automação do poder decisório não se apresenta, necessariamente, como ruptura explícita, mas como infiltração textual: a máquina não assina a decisão, mas pode participar da fabricação de sua aparência racional.

Nesse cenário, a linguagem da eficiência deve ser recebida com cautela crítica. A decisão judicial não é produto textual destinado a satisfazer metas de produtividade, mas ato estatal de poder submetido ao dever constitucional de fundamentação. Quando sistemas generativos opacos, probabilísticos e suscetíveis a alucinações ingressam nesse espaço, o risco não é apenas o erro, mas a produção de um erro juridicamente verossímil, revestido de autoridade e blindado pela fluidez retórica.

Diante disso, o artigo parte da seguinte pergunta-problema: de que modo a utilização de inteligências artificiais generativas na fase decisória do processo judicial digital compromete a integridade da fundamentação das decisões judiciais e dificulta a responsabilização diante da opacidade dos sistemas, do risco de alucinações e da ausência de mecanismos robustos de controle?

A hipótese sustentada é a de que a utilização de IAs generativas na fase decisória, quando desacompanhada de governança adequada, como tem ocorrido, intensifica riscos à fundamentação judicial, à segurança jurídica e ao dever de responsabilização institucional. A opacidade algorítmica, a produção de respostas falsas com aparência de autoridade, a dificuldade de rastrear a participação da ferramenta e a diluição da cadeia de responsabilidade podem converter a decisão judicial em uma fundamentação de aparência: formalmente sofisticada, mas materialmente incontrollável. Por isso, seu uso somente se mostra admissível se condicionado a transparência funcional, supervisão humana efetiva, rastreabilidade, auditabilidade, contestabilidade, avaliação de impacto algorítmico, proteção de dados e clara distribuição de responsabilidades.

O objetivo geral consiste em analisar os limites jurídicos do uso de IAs generativas na fase decisória do processo judicial digital brasileiro, especialmente quanto à fundamentação das decisões e à responsabilização pelos efeitos produzidos ou incorporados ao ato decisório. Especificamente, busca-se: investigar os limites técnicos e jurídicos da IA generativa no ambiente decisório, com ênfase na opacidade e nas alucinações; examinar seus impactos sobre a fundamentação judicial, o contraditório e a segurança jurídica; e propor parâmetros de governança constitucional capazes de preservar controle, transparência e responsabilidade nas decisões assistidas por IA.

A justificativa da pesquisa reside na atualidade e na densidade institucional do problema. A expansão de ferramentas generativas no Judiciário coincide com uma cultura decisória pressionada por metas, produtividade e padronização, contexto em que a tecnologia pode tanto auxiliar tarefas instrumentais quanto sofisticar vícios já conhecidos da prática jurisdicional. A originalidade do estudo está em deslocar a discussão do plano abstrato da inovação tecnológica para o campo da legitimidade constitucional da decisão judicial, perguntando não apenas o que a IA

consegue fazer, mas o que o Estado de Direito pode permitir que ela faça em nome da jurisdição.

Metodologicamente, a pesquisa assume natureza qualitativa, perfil teórico-crítico e caráter exploratório, valendo-se do método dedutivo como eixo de estruturação argumentativa. Parte-se de categorias jurídico-dogmáticas e filosófico-normativas relativas à fundamentação das decisões judiciais, ao devido processo legal, à teoria da decisão e à ética da inteligência artificial para examinar os riscos decorrentes da incorporação de IAs generativas à fase decisória do processo judicial digital.

Quanto aos procedimentos, adota-se pesquisa bibliográfica e documental, com análise de doutrina nacional e estrangeira, atos normativos do Conselho Nacional de Justiça, proposições legislativas brasileiras e marcos regulatórios internacionais, especialmente a Resolução CNJ nº 615/2025, o PL nº 2.338/2023 e o AI Act europeu. A investigação não pretende mensurar empiricamente decisões automatizadas, mas construir matriz crítico-normativa de avaliação dos limites de legitimidade, transparência e dever de justificação das decisões assistidas por IA generativa.

O artigo organiza-se em três seções. A primeira examina os pressupostos conceituais e os limites técnico-jurídicos da IA generativa na jurisdição digital. A segunda analisa seus impactos sobre a fundamentação judicial, o contraditório e a segurança jurídica. A terceira propõe parâmetros de governança constitucional, com ênfase em transparência, auditabilidade e responsabilização, para o uso legítimo de sistemas generativos no Poder Judiciário.

2. A inteligência artificial generativa na arquitetura decisória da jurisdição digital: entre a mediação técnica e os limites jurídico-processuais

A IA generativa pode ser conceituada, em perspectiva técnica, como o conjunto de “computational techniques that are capable of generating seemingly new, meaningful content such as text, images, or audio from training data” (Feuerriegel et al., 2024, p. 111), isto é, modelos capazes de produzir conteúdo aparentemente novo e semanticamente relevante a partir dos padrões extraídos de dados previamente utilizados em seu treinamento.

Em sentido convergente, o National Institute of Standards and Technology define a IA generativa como a classe de modelos capazes de emular a estrutura e as características dos dados de entrada para gerar conteúdo sintético derivado, incluindo texto, áudio, vídeo, imagens e outros conteúdos digitais (National Institute of Standards and Technology, 2025).

No campo jurídico, seu uso mais visível ocorre por meio de modelos de linguagem capazes de resumir documentos, sugerir teses, estruturar argumentos, elaborar minutas, comparar decisões e responder a comandos redacionais em linguagem natural.

Recentemente, a Resolução do CNJ nº 615/2025 incorporou expressamente a categoria de inteligência artificial generativa ao vocabulário normativo do Poder Judiciário brasileiro, definindo-a como um sistema de IA destinado a gerar ou modificar significativamente conteúdos com diferentes níveis de autonomia. Essa incorporação normativa é relevante porque reconhece que a IA generativa não se limita a um instrumento neutro de automação, mas integra o ciclo de produção de conteúdos que podem influenciar a atividade jurisdicional (Brasil, 2025a). E tem influenciado significativamente.

A distinção entre sistemas tradicionais de automação e sistemas generativos é central para o debate jurídico. Em tarefas administrativas ou repetitivas, a automação opera em geral sobre regras previamente delimitadas e resultados relativamente previsíveis. Nos modelos generativos, por outro lado, a resposta é produzida de modo probabilístico, a partir de relações estatísticas entre dados, palavras e contextos. Tem-se percebido que

o resultado pode ser linguisticamente convincente, mas isso não significa que seja juridicamente correto, verdadeiro ou adequado ao caso concreto.

Essa característica provoca um deslocamento importante: a IA generativa não apenas recupera informação; ela a reorganiza, infere relações e produz enunciados novos. No processo judicial, esse poder de geração textual tem potencial ambivalente. Pode auxiliar na economia de tempo e na sistematização de informações, mas também pode produzir falsas citações, precedentes inexistentes, fundamentos normativos imprecisos e argumentos aparentemente coerentes, porém desconectados dos autos. A qualidade retórica do texto gerado pode ocultar sua fragilidade epistemológica.

É nesse ponto que surge o problema das alucinações. Em modelos generativos, a alucinação não corresponde a uma falha ocasional e externa à lógica do sistema, mas a uma possibilidade inerente ao modo como esses modelos produzem linguagem. O sistema pode apresentar como verdadeiro um dado inexistente, confundir fontes normativas, atribuir entendimento equivocado a tribunais, criar referências bibliográficas falsas ou formular sínteses incompatíveis com o conteúdo processual. Em ambiente decisório, a alucinação deixa de ser apenas erro informacional: converte-se em risco institucional.

A experiência estrangeira já oferece exemplos concretos desse risco. No caso *Mata v. Avianca, Inc.*, julgado em 2023 pela United States District Court for the Southern District of New York, advogados apresentaram manifestação processual com precedentes inexistentes gerados pelo ChatGPT, incluindo ementas, trechos decisórios e citações internas fabricadas. A Corte registrou que, diante de comandos para fornecer casos jurídicos, o chatbot simplesmente os inventou, o que resultou na aplicação de sanções aos profissionais envolvidos (Estados Unidos, 2023). Embora o episódio diga respeito à atuação advocatícia, sua relevância para a decisão judicial é evidente: se a IA generativa pode produzir falsa jurisprudência em peça

processual, também pode induzir erro na etapa de pesquisa, minuta ou fundamentação decisória quando utilizada sem verificação humana rigorosa.

Um caso paradigmático no contexto brasileiro foi noticiado por Daniela Lima, ao relatar a investigação instaurada pelo Conselho Nacional de Justiça após decisão judicial que teria utilizado o ChatGPT para pesquisa jurisprudencial e incorporado precedentes inexistentes atribuídos ao Superior Tribunal de Justiça. O episódio é particularmente relevante porque desloca o debate sobre alucinações da IA do campo abstrato para o núcleo duro da atividade jurisdicional: a fundamentação. Como apontado na notícia, a ferramenta generativa não apenas produziu informação falsa, mas conferiu a ela aparência de autoridade jurídica, simulando jurisprudência apta a sustentar o convencimento judicial (Lima, 2023).

No Direito, a forma da citação, a linguagem técnico-jurídica e a referência a precedentes exercem função persuasiva. Por isso, uma alucinação jurídica é mais perigosa do que uma mera resposta equivocada: ela simula fonte, autoridade e racionalidade decisória.

A gravidade das alucinações decorre do lugar ocupado pela linguagem na própria estrutura da decisão. O Direito não opera apenas com números ou classificações; opera com fatos narrados, provas interpretadas, normas aplicadas, precedentes ponderados e argumentos publicamente justificáveis. Uma informação falsa incorporada a uma decisão judicial pode afetar o contraditório, alterar a percepção sobre os fatos, induzir erro na aplicação do direito e comprometer a confiança das partes no sistema de justiça.

Além disso, a IA generativa intensifica o problema da opacidade algorítmica. Pasquale (2015) descreve a sociedade contemporânea como marcada por sistemas decisórios opacos, nos quais critérios relevantes de classificação, seleção e hierarquização permanecem inacessíveis ou incompreensíveis aos sujeitos afetados. O problema da “caixa-preta” não significa apenas desconhecimento absoluto do código-fonte, mas dificuldade

de reconstruir, em linguagem juridicamente controlável, porque determinado resultado foi produzido e quais fatores foram decisivos para sua geração.

Ao examinar os danos produzidos por modelos matemáticos não auditáveis, Cathy O’Neil (2016) demonstra que sistemas aparentemente objetivos podem reproduzir desigualdades, ampliar assimetrias e mascarar decisões normativas sob a aparência de neutralidade técnica. Embora sua análise se volte a diferentes campos sociais, sua advertência é especialmente relevante para o sistema de justiça: quando uma tecnologia influencia decisões que afetam direitos, sua opacidade não é um problema meramente técnico, mas democrático.

A opacidade, no contexto judicial, possui pelo menos três dimensões. A primeira é técnica, relacionada à dificuldade de compreender a arquitetura do modelo, os dados de treinamento, os parâmetros de funcionamento e a forma como a resposta é produzida. A segunda é institucional, vinculada à insuficiência de registros, protocolos, relatórios e mecanismos de auditoria que permitam verificar como e quando a IA foi utilizada. A terceira é processual, pois as partes podem não ter meios efetivos de saber se determinado fundamento foi sugerido por uma máquina, se o resultado foi revisado pelo magistrado ou se houve incorporação acrítica de conteúdo automatizado.

Floridi (2021) observa que a opacidade da inteligência artificial não pode ser enfrentada apenas por exigências abstratas de transparência, pois nem sempre é possível tornar integralmente compreensível o funcionamento interno de sistemas complexos. Por isso, a resposta regulatória deve combinar explicabilidade, governança, supervisão humana, controle de riscos e responsabilidade. A transparência relevante para o Direito não é apenas transparência técnica, mas transparência funcional: saber para que o sistema é usado, com quais limites, por quem, com quais dados, com quais riscos e sob qual regime de controle.

A responsabilidade deve ser pensada desde a concepção e o desenvolvimento dos sistemas, e não apenas no momento posterior ao dano (Dignum, 2019). Essa perspectiva desloca a discussão da mera culpa individual para a governança do ciclo de vida da tecnologia. No Judiciário, isso significa que a responsabilidade pelo uso de IA não se esgota no magistrado que assina a decisão, embora este permaneça responsável pelo conteúdo decisório. Há uma cadeia institucional que envolve tribunais, fornecedores, desenvolvedores, gestores de tecnologia, escolas judiciais, órgãos de controle e usuários internos.

No Brasil, a Resolução CNJ nº 332 já havia estabelecido, desde 2020, diretrizes éticas para o uso de inteligência artificial no Poder Judiciário, com ênfase em direitos fundamentais, não discriminação, publicidade, transparência, governança, qualidade e controle do usuário (Brasil, 2020). Todavia, o avanço das IAs generativas exigiu atualização normativa, especialmente diante da capacidade desses sistemas de produzir conteúdo textual apto a influenciar decisões.

A Resolução CNJ nº 615/2025 representa, nesse sentido, um marco normativo mais adequado à complexidade atual. Ela estabelece diretrizes para desenvolvimento, utilização e governança de soluções de IA no Judiciário, prevendo fundamentos como centralidade da pessoa humana, supervisão humana, identificação e mitigação de riscos sistêmicos, proteção de dados, capacitação contínua, transparência de relatórios de auditoria e avaliação de impacto algorítmico (Brasil, 2025a). Também prevê princípios como explicabilidade, contestabilidade, auditabilidade, confiabilidade, segurança jurídica, devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

O ponto mais relevante para este artigo está na vedação ao uso de sistemas de IA generativa como instrumentos autônomos de tomada de decisão. A referida resolução admite o uso auxiliar e complementar, mas exige orientação, interpretação, verificação e revisão pelo magistrado, que permanece integralmente responsável pelas decisões tomadas e pelas

informações nelas contidas (Brasil, 2025a). Essa norma reconhece que a delegação integral da decisão à máquina é incompatível com a estrutura constitucional da jurisdição.

Para exemplificar o estado da arte do problema, segundo a agência de notícias de Portugal, o Conselho Geral do Poder Judicial da Espanha multou em mil euros um magistrado que utilizou o ChatGPT na redação de uma sentença, reconhecendo a conduta como infração grave. Embora tenha afastado a substituição integral da função judicial, o órgão destacou que a IA não pode sentenciar, valorar fatos ou provas, nem aplicar o Direito sem controle humano efetivo (Lusa 2026).

Já a sentença proferida no VI Núcleo de Justiça 4.0 do TJ/PI, em demanda envolvendo empréstimo consignado, apresentou erros textuais incomuns, como a troca de “autos” por “automóveis”, “CPC” por “PCC”, “art.” por “artes” e “repetição de indébito” por “reprodução de indébito” (Migalhas, 2026), evidenciando como o uso não supervisionado, ou ao menos insuficientemente revisado, de ferramentas automatizadas pode produzir decisões atravessadas por falhas elementares de linguagem jurídica, comprometendo a seriedade da fundamentação e a confiança institucional no ato decisório.

Segundo o *Jota*, em caso submetido ao TJSP, a parte requereu a anulação de sentença após o advogado utilizar o ChatGPT para apontar suposta probabilidade “média a grande” de que a decisão teria sido redigida com auxílio de IA generativa. O Tribunal, contudo, afastou a alegação por entender que a parte deveria indicar indícios concretos de uso antiético da tecnologia, e não apenas uma inferência produzida pela própria ferramenta (Jota, 2025). Tem-se um novo problema processual: a própria IA passa a ser usada para questionar a autoria da fundamentação, reforçando a necessidade de transparência, rastreabilidade e controle institucional.

E, ainda, segundo a reportagem do Migalhas (2026), o relator de acórdão da 9ª Câmara Criminal do TJMG, ao votar pela absolvição de réu

acusado de estupro de vulnerável, manteve no corpo da decisão o comando dirigido à ferramenta de IA: “Agora melhore a exposição e fundamentação deste parágrafo” (Migalhas, 2026). A permanência do *prompt* no voto mostra claramente o risco de deslocamento opaco da autoria da fundamentação, sobretudo quando a tecnologia é empregada para aperfeiçoar a exposição argumentativa de decisões que afetam direitos fundamentais e envolvem matéria penal sensível.

No plano legislativo, o PL nº 2.338/2023 propõe normas gerais de governança responsável de sistemas de inteligência artificial no Brasil, com centralidade da pessoa humana, proteção de direitos fundamentais e classificação de riscos (Brasil, 2023). Embora ainda dependa de aprovação legislativa definitiva, o projeto revela uma tendência de regulação baseada em riscos, deveres de transparência e responsabilização de agentes envolvidos na cadeia de desenvolvimento e uso de IA.

O modelo europeu, por sua vez, oferece parâmetro comparativo relevante. O AI Act da União Europeia adota abordagem baseada em risco e classifica como de alto risco certas soluções de IA utilizadas na administração da justiça e em processos democráticos, incluindo ferramentas voltadas à preparação de decisões judiciais (União Europeia, 2024).

O considerando 61 do regulamento é particularmente relevante ao reconhecer que sistemas destinados a auxiliar autoridades judiciais na pesquisa e interpretação de fatos e normas, bem como na aplicação do Direito a casos concretos, podem produzir impactos significativos sobre democracia, Estado de Direito, liberdades individuais, direito ao recurso efetivo e direito a julgamento justo. Afirma ainda que a IA pode apoiar o poder decisório e a independência judicial, mas não os substituir, pois a decisão final deve permanecer como atividade conduzida por seres humanos (União Europeia, 2024).

A partir desse cenário, o uso de IA generativa no processo judicial digital reclama um regime jurídico sensivelmente mais rigoroso do que aquele

aplicável a ferramentas ordinárias de produtividade. A razão é simples: não se está diante de um mecanismo neutro de aceleração burocrática, mas de uma tecnologia capaz de intervir na própria tessitura argumentativa da decisão judicial. Quando a IA generativa ingressa na fase decisória, ela não apenas otimiza fluxos; ela passa a disputar, ainda que de modo silencioso, o espaço de produção da fundamentação.

Não se trata, evidentemente, de demonizar a técnica ou de sustentar uma recusa nostálgica à inovação tecnológica. O ponto é mais grave e mais preciso: a inserção desses sistemas na atividade decisória altera as condições de autoria, controle e responsabilidade do ato jurisdicional.

O texto da decisão pode passar a ser parcialmente produzido por uma máquina que não interpreta normas como experiência hermenêutica, não compreende fatos como acontecimentos humanos, não responde eticamente pelo que afirma e não se submete ao contraditório. A linguagem gerada pela IA pode ser formalmente adequada, mas lhe falta aquilo que constitui o núcleo da jurisdição: responsabilidade pública pela razão de decidir.

Daí decorre o limite jurídico fundamental: a IA generativa pode servir à jurisdição, mas não pode exercê-la. Quando a ferramenta deixa de ser instrumento e passa a ocupar o centro da justificação decisória, a decisão judicial corre o risco de converter-se em produto opaco, probabilisticamente plausível e juridicamente irresponsável: um texto com aparência de razão pública, mas sem as condições democráticas mínimas que legitimam o exercício da jurisdição.

3. Fundamentação judicial, devido processo e segurança jurídica diante da opacidade algorítmica

A fundamentação judicial é uma das principais garantias contra o arbítrio. Sua função não se resume a explicar o resultado da decisão, mas a demonstrar que o poder estatal foi exercido segundo critérios racionais,

jurídicos e controláveis. Em uma ordem constitucional comprometida com o devido processo legal, a motivação permite que as partes compreendam a razão da decisão, que os tribunais exerçam controle recursal e que a sociedade fiscalize a legitimidade da jurisdição.

Ferrajoli (2019), ao desenvolver uma teoria garantista do Direito, enfatiza a necessidade de submeter o exercício do poder a vínculos normativos, racionais e institucionais. Embora sua obra tenha forte incidência no campo penal, a lógica garantista oferece contribuição mais ampla: quanto maior o poder de afetar direitos, maior deve ser a exigência de justificação, controle e responsabilidade. A decisão judicial, por ser ato estatal que incide diretamente sobre liberdade, patrimônio, família, trabalho, honra e personalidade, não pode ser fundada em critérios inacessíveis ou indemonstráveis.

Streck (2022) também oferece contribuição efetiva ao criticar formas de decisionismo que reduzem a decisão judicial à vontade do intérprete ou a justificativas *ex post*. Para a hermenêutica jurídica crítica, decidir não é escolher livremente uma resposta e depois revesti-la de linguagem jurídica. A fundamentação deve revelar compromisso com a Constituição, com a integridade do Direito e com a coerência argumentativa. Essa crítica, originalmente dirigida ao voluntarismo judicial humano, ganha nova força diante da automação: o risco deixa de ser apenas o subjetivismo do julgador e passa a incluir o automatismo opaco da máquina.

A fundamentação das decisões constitui garantia processual indispensável ao controle da atividade jurisdicional. A motivação não pode ser meramente aparente, genérica ou desconectada das questões efetivamente debatidas (Cruz e Tucci 2020). No processo civil brasileiro, essa preocupação foi reforçada pelo art. 489 do Código de Processo Civil, que recusou expressamente formas deficientes de fundamentação, como a simples invocação de norma sem relação com o caso concreto ou a reprodução de

precedente sem identificação de seus fundamentos determinantes (Brasil, 2015).

Esse regime jurídico da fundamentação revela uma premissa essencial: a decisão válida não é apenas aquela que chega a um resultado formalmente possível, mas aquela cujo percurso argumentativo pode ser reconstruído, discutido e controlado. É exatamente esse percurso que a IA generativa pode obscurecer quando utilizada de forma acrítica ou não declarada.

As ameaças decorrentes do uso de IA generativa na fundamentação judicial podem ser sintetizadas em quatro eixos principais. O primeiro é a produção de fundamentações aparentes: textos formalmente sofisticados e tecnicamente persuasivos, mas incapazes de enfrentar provas, argumentos das partes ou premissas juridicamente relevantes. O segundo é a perda de rastreabilidade do raciocínio decisório, pois a ausência de registro sobre o uso da ferramenta dificulta a identificação dos trechos gerados, revisados ou assumidos pelo magistrado.

O terceiro é a erosão do contraditório, na medida em que fundamentos produzidos ou sugeridos por IA podem ingressar na decisão sem terem sido submetidos ao debate processual, funcionando como uma espécie de terceiro oculto na formação do convencimento judicial. O quarto é o risco à segurança jurídica, já que sistemas opacos ou alucinatórios podem reproduzir, em escala, teses incorretas, precedentes inexistentes ou interpretações distorcidas, especialmente em ambientes institucionais pressionados pela produtividade.

Nesse ponto, é necessário enfrentar uma objeção recorrente: juízes humanos também erram, fundamentam mal, citam precedentes inadequados e produzem decisões padronizadas. A objeção é verdadeira, mas incompleta. O problema da IA generativa não é simplesmente a possibilidade de erro; é a combinação entre erro, opacidade, escala, aparência de neutralidade e dificuldade de responsabilização.

O erro humano pode ser controlado por contraditório, recurso, correição, revisão e responsabilidade funcional. O erro automatizado, quando

não rastreado, tende a se diluir em uma cadeia sociotécnica de difícil imputação, totalmente irrastrável para os operadores do Direito.

Além disso, a IA generativa pode reforçar um fenômeno já conhecido no sistema de justiça brasileiro: a padronização decisória sem adequada individualização. Modelos textuais são eficientes para repetir estruturas argumentativas, mas a decisão judicial exige aderência ao caso concreto. Em demandas repetitivas, a padronização pode ser legítima quando respeita precedentes vinculantes, similitude fática e fundamentação adequada. Contudo, quando a IA induz respostas genéricas, sem análise efetiva das especificidades processuais, a eficiência converte-se em empobrecimento da jurisdição.

A fundamentação judicial possui dimensão democrática porque torna o poder visível. Uma decisão sem fundamentação adequada não permite saber se o juiz decidiu conforme o Direito ou conforme preferência pessoal, pressão institucional, erro cognitivo ou sugestão tecnológica não verificada. Quando a IA generativa entra no processo decisório, essa exigência de visibilidade precisa ser ampliada: não basta que a decisão final seja assinada por um magistrado; é necessário que o uso da tecnologia seja compatível com a possibilidade de controle.

Daniel Sarmento (2016), ao tratar de direitos fundamentais em sociedades democráticas, ressalta a centralidade da justificação pública no exercício do poder. Ainda que sua obra mencionada no projeto esteja voltada à liberdade de expressão, sua contribuição pode ser mobilizada para compreender que decisões estatais que afetam direitos devem ser justificáveis perante os sujeitos atingidos. No Judiciário, essa justificação pública não pode ser substituída por uma cadeia técnica inacessível.

A noção de *accountability* é, aqui, decisiva. Em sentido amplo, envolve dever de prestar contas, possibilidade de controle e atribuição de responsabilidade. No uso de IA judicial, ela exige que seja possível identificar quem decidiu utilizar a ferramenta, com qual finalidade, sob quais

parâmetros, com quais dados, quais riscos foram mapeados, quais salvaguardas foram adotadas e quem responde por eventual dano. Sem essa estrutura, a responsabilidade tende a se deslocar para uma zona cinzenta entre magistrado, tribunal, fornecedor, desenvolvedor e sistema.

A Resolução CNJ nº 615/2025 tenta enfrentar esse risco ao estabelecer que LLMs e outros sistemas de IA generativa somente podem ser utilizados como ferramentas auxiliares e complementares, sendo vedada sua utilização como instrumento autônomo de tomada de decisões judiciais sem orientação, interpretação, verificação e revisão pelo magistrado. A norma também afirma que o magistrado permanecerá integralmente responsável pelas decisões tomadas e pelas informações nelas contidas (Brasil, 2025a, art. 19, § 3º, II; art. 20, IV).

A regra é importante porque impede a transferência simbólica da responsabilidade para a máquina. Todavia, ela não resolve todo o problema. A responsabilização do magistrado pelo conteúdo decisório não elimina a necessidade de *accountability* institucional sobre contratação, governança, treinamento, auditoria e monitoramento dos sistemas.

Em outras palavras, há pelo menos dois planos de responsabilidade. No plano funcional-decisório, o juiz que assina a decisão deve responder pela fundamentação, pela verificação das informações e pela conformidade do ato jurisdicional com o Direito. No plano institucional-tecnológico, o tribunal deve responder pela escolha, implementação, validação, segurança, auditoria e fiscalização das ferramentas disponibilizadas ou autorizadas. Um plano não substitui o outro.

A *accountability* também exige contestabilidade. Não basta informar genericamente que o Judiciário utiliza IA, ou qual modelo está sendo empregado na atividade. É necessário permitir que, em situações relevantes, as partes possam questionar o uso da ferramenta, solicitar esclarecimentos, impugnar fundamentos derivados de resultados automatizados e acessar

informações suficientes para exercer contraditório. A contestabilidade é a tradução processual da transparência.

A preocupação com deveres profissionais de verificação também aparece na Formal Opinion 512 da American Bar Association, ao afirmar que advogados e escritórios que utilizam IA generativa devem considerar deveres éticos de competência, confidencialidade, comunicação com o cliente e razoabilidade de honorários (American Bar Association, 2024). Ainda que tal orientação se dirija à advocacia norte-americana, ela reforça uma premissa útil ao sistema de justiça: o uso de IA não elimina deveres profissionais preexistentes; ao contrário, intensifica o dever de revisão humana, controle da informação e responsabilidade pelo produto apresentado.

Nesse sentido, a opacidade algorítmica afeta diretamente a integridade da fundamentação judicial. Uma decisão é íntegra quando seus fundamentos são juridicamente pertinentes, racionalmente reconstruíveis, aderentes aos autos e controláveis pelas partes. Se a IA generativa introduz fundamentos não rastreáveis, premissas falsas ou raciocínios estatisticamente produzidos sem validação humana efetiva, a fundamentação perde densidade democrática. Torna-se um texto convincente, mas não necessariamente uma decisão justificada.

O desafio, portanto, não é escolher entre tecnologia e jurisdição, mas impedir que a tecnologia rebaixe o padrão constitucional da jurisdição. A eficiência é valor relevante, mas não é valor absoluto. Para exemplificar, a Corregedoria-Geral da Justiça do Maranhão investiga magistrado cuja produtividade teria saltado de uma média mensal de 80 sentenças para 969 decisões em agosto de 2024, com indícios de padronização textual, ausência de fundamentação, deficiência na análise de provas e uso de precedentes inexistentes (Migalhas, 2025).

O caso evidencia que a IA generativa, quando associada à lógica produtivista do Judiciário e utilizada sem controle, rastreabilidade e revisão

humana efetiva, pode transformar eficiência quantitativa em precarização da fundamentação judicial.

4. Governança constitucional da IA generativa na decisão judicial: transparência, auditabilidade e *accountability*

Se os tópicos anteriores demonstraram que a IA generativa introduz riscos específicos à fundamentação judicial, especialmente em razão da opacidade algorítmica, das alucinações e da diluição da responsabilidade, impõe-se agora deslocar a análise do diagnóstico para a construção de critérios normativos de admissibilidade.

A questão central já não é apenas saber se a IA pode auxiliar a jurisdição, mas em que condições seu uso permanece compatível com o devido processo legal, com o contraditório e com o dever constitucional de fundamentação. Nesse ponto, transparência, auditabilidade e o dever de explicação e responsabilização não constituem exigências acessórias, mas pressupostos mínimos de legitimidade das decisões judicialmente assistidas por sistemas generativos.

A governança da IA no Judiciário não pode ser reduzida a um problema de eficiência administrativa. Quando uma tecnologia participa, ainda que indiretamente, da elaboração de uma decisão judicial, ela passa a integrar uma cadeia institucional de exercício do poder estatal. Por isso, seu controle deve ser pensado a partir de uma racionalidade constitucional, e não apenas gerencial.

Com efeito, a sociedade informacional contemporânea é atravessada por sistemas opacos de decisão, nos quais critérios relevantes de classificação e controle permanecem inacessíveis aos sujeitos afetados (Pasquale 2015). No Judiciário, essa opacidade assume gravidade qualificada, pois incide sobre atos estatais que devem ser publicamente justificáveis.

O primeiro parâmetro é a transparência funcional. Não se trata de exigir a exposição irrestrita do código-fonte, nem de converter cada processo judicial em perícia computacional. Trata-se, antes, de assegurar que partes, órgãos de controle e sociedade possam saber se determinada ferramenta de IA é utilizada, para quais finalidades, com quais limites, em quais classes processuais e sob que grau de intervenção humana.

Como observam Kroll et al. (2017), a divulgação do código-fonte frequentemente não é necessária nem suficiente para assegurar a justiça de decisões automatizadas. No plano jurídico-processual, a transparência relevante é aquela que permite compreender a intervenção algorítmica o bastante para viabilizar controle, impugnação e responsabilização.

Essa exigência encontra correspondência na Resolução CNJ nº 615/2025, ao prever que o uso de IA pelo Poder Judiciário deve observar transparência, explicabilidade, auditabilidade, contestabilidade, confiabilidade, segurança jurídica, devido processo legal, contraditório e ampla defesa (Brasil, 2025a). A norma desloca o debate da simples autorização tecnológica para o campo da governança institucional. Em outros termos, a IA não pode operar como infraestrutura invisível da decisão judicial: se participa do fluxo decisório, ainda que em atividade preparatória ou auxiliar, sua presença deve ser conhecida, documentada e controlável.

O segundo parâmetro é a rastreabilidade. Todo uso de IA generativa em ambiente decisório deve deixar registro mínimo de sua ocorrência, finalidade e extensão: ferramenta utilizada, usuário responsável, momento de uso, tarefa desempenhada, documentos ou comandos empregados e eventual incorporação do resultado à decisão. A rastreabilidade não é formalismo burocrático; é condição de reconstrução do percurso decisório. Sem ela, eventual erro, viés, alucinação ou falsa premissa ingressa na fundamentação sem origem identificável, inviabilizando a apuração posterior de responsabilidade.

O terceiro parâmetro é a supervisão humana efetiva. O controle humano não pode ser confundido com a assinatura final do magistrado, sob pena de converter-se em mero ritual de validação formal de uma decisão materialmente automatizada. Dignum (2019) sustenta que a inteligência artificial responsável exige articulação entre responsabilidade, transparência e *accountability*, pois sistemas de IA são componentes de arranjos sociotécnicos dependentes de escolhas humanas e institucionais.

No Judiciário, essa supervisão exige leitura crítica, conferência de fontes e precedentes, controle da aderência aos autos e reconstrução autônoma do fundamento jurídico. Daí a importância da Resolução CNJ nº 615/2025 ao vedar o uso de LLMs e sistemas generativos como instrumentos autônomos de tomada de decisão sem orientação, interpretação, verificação e revisão pelo magistrado, que permanece integralmente responsável pelas decisões e informações nelas contidas (Brasil, 2025a).

O quarto parâmetro é a auditabilidade, articulada à avaliação de impacto algorítmico. Sistemas de IA empregados pelo Poder Judiciário devem ser submetidos a controles proporcionais ao risco, capazes de examinar segurança da informação, proteção de dados, robustez, confiabilidade, desempenho, vieses, qualidade dos resultados, aderência normativa e impactos sobre direitos fundamentais.

Sistemas de aprendizado de máquina podem ser simultaneamente difíceis de compreender e pouco intuitivos para avaliação normativa, razão pela qual o bom desempenho estatístico não basta para legitimar seu uso jurídico (Selbst e Barocas, 2018). No processo judicial, a pergunta relevante não é apenas se o sistema funciona, mas se seus resultados são controláveis, juridicamente justificáveis e compatíveis com as garantias processuais.

O modelo europeu reforça essa lógica ao classificar como de alto risco determinados sistemas de IA utilizados por autoridades judiciais, ou em seu nome, especialmente quando destinados a auxiliar na pesquisa e interpretação de fatos e normas ou na aplicação do Direito a casos concretos

(União Europeia, 2024). Essa classificação revela que o risco não decorre apenas da tecnologia em abstrato, mas do contexto institucional em que ela opera. Quando a IA se aproxima da decisão judicial, o grau de controle deve aumentar proporcionalmente ao impacto potencial sobre direitos.

O quinto parâmetro é a contestabilidade. A transparência que não se converte em possibilidade de impugnação é apenas informação sem consequência. As partes devem dispor de meios para questionar o uso de IA quando houver indícios de que a ferramenta influenciou a decisão, introduziu premissas externas ao contraditório, produziu fundamentos não rastreáveis ou colaborou para erro material ou jurídico. Ananny e Crawford (2018) advertem que a transparência, isoladamente, pode gerar a ilusão de controle sem assegurar efetiva responsabilização. Por isso, no processo judicial, a transparência deve ser acompanhada de instrumentos procedimentais capazes de viabilizar esclarecimento, impugnação, revisão e responsabilização.

Essa compreensão aproxima-se da leitura de Kaminski, para quem o debate sobre o chamado “direito à explicação” não deve obscurecer a existência de um regime mais amplo de *accountability* algorítmica. Ao analisar o GDPR, a autora sustenta que suas normas instauram um sistema de responsabilização “mais amplo, mais forte e mais profundo” do que o regime europeu anterior, justamente porque combinam direitos individuais de informação e contestação com mecanismos sistêmicos de supervisão, auditoria e avaliação de impacto (Kaminski, 2019, p. 193, 208).

Em sua formulação, a transparência algorítmica não se esgota na revelação abstrata do funcionamento técnico do sistema, mas opera como “qualified transparency”, isto é, um modelo de transparência graduada, no qual indivíduos, reguladores e especialistas recebem diferentes níveis de informação para viabilizar controle efetivo (Kaminski, 2019, p. 210-211). Transportada para o processo judicial, essa perspectiva reforça que a decisão assistida por IA generativa não exige apenas publicidade genérica sobre o uso

da ferramenta, mas arranjo institucional capaz de permitir explicação, contestação, revisão humana e responsabilização concreta pelos efeitos do sistema sobre a fundamentação judicial.

O sexto parâmetro é a proteção de dados e do segredo de justiça. O uso de ferramentas generativas, especialmente quando privadas, comerciais ou externas à infraestrutura institucional do Judiciário, exige cautela reforçada. A submissão de peças, provas, dados pessoais, informações sensíveis ou processos sigilosos a plataformas não controladas pode gerar riscos de vazamento, retenção indevida, uso para treinamento, transferência internacional de dados e violação da confidencialidade processual. No processo judicial, dados não são insumos neutros: são fragmentos de vida, vulnerabilidade, intimidade e conflito submetidos ao Estado sob confiança institucional.

O sétimo parâmetro é a definição clara da cadeia de responsabilidade. A verificação efetiva não se satisfaz com declarações genéricas de compromisso ético. Como define Bovens (2007, p. 450), *accountability* corresponde a uma relação na qual determinado ator tem obrigação de explicar e justificar sua conduta perante um fórum capaz de questioná-lo, julgá-lo e impor consequências.

Aplicada ao uso judicial da IA, essa definição exige distribuição institucional de deveres: o magistrado responde pelo conteúdo da decisão que assina; o tribunal, pela governança, autorização, monitoramento e auditoria das ferramentas; fornecedores e desenvolvedores, pela segurança, documentação, desempenho e conformidade técnica; órgãos de controle, pela fiscalização e imposição de consequências.

Lenio Streck problematiza a adesão acrítica do Judiciário à inteligência artificial ao questionar a suposta neutralidade estatística de sistemas que prometem elevados índices de acerto decisório. Para o autor, a afirmação de que determinada IA alcançaria 97% de acurácia não resolve o problema jurídico fundamental, pois permanece sem resposta o que se entende por

“acerto”, qual métrica é utilizada, como se mede o erro judicial e de que modo a fundamentação exigida pelos arts. 489 do CPC e 315 do CPP poderia ser satisfeita por um sistema treinado para reproduzir padrões decisórios. Sua crítica central reside na denúncia de que, se o juiz ou assessor já direciona previamente a IA para absolver, condenar, prover ou negar determinado pedido, a fundamentação deixa de funcionar como caminho racional de justificação e passa a operar como mera ornamentação posterior de uma conclusão previamente escolhida. Assim, Streck adverte que o problema da IA no Judiciário não é apenas tecnológico, mas hermenêutico e democrático: onde há viés de confirmação, opacidade e automatização da resposta, há comprometimento da imparcialidade, da colegialidade e do próprio sentido constitucional da decisão judicial (Streck, 2025).

Do conjunto de parâmetros decorre uma tese normativa: o uso de IA generativa na fase decisória somente é compatível com o devido processo legal quando preserva a centralidade da decisão humana, assegura transparência funcional, permite rastreabilidade, garante contestabilidade, submete-se a auditoria proporcional ao risco, protege dados sensíveis e mantém cadeia clara de responsabilização. Fora desses limites, a IA deixa de ser instrumento legítimo de apoio e passa a ameaçar a própria estrutura constitucional da jurisdição.

Essa conclusão não implica recusa tecnofóbica da inovação. Reconhece-se que o Judiciário brasileiro enfrenta volume expressivo de demandas, pressão por produtividade e necessidade de racionalização administrativa. Contudo, produtividade decisória não equivale a justiça. Uma ferramenta que acelera a produção de decisões opacas, mal fundamentadas ou inimpugnáveis não representa avanço institucional, mas regressão sofisticada.

A legitimidade da IA no Judiciário dependerá, portanto, de uma governança que una técnica e constitucionalismo. A pergunta central não é o que a IA consegue fazer, mas o que o Estado de Direito pode permitir que ela faça em nome da jurisdição.

5. Considerações finais

A análise desenvolvida permite concluir que a utilização de inteligências artificiais generativas na fase decisória do processo judicial digital não pode ser tratada como simples questão de modernização administrativa. Sua relevância jurídica decorre do fato de que tais sistemas incidem sobre o próprio modo de produção da decisão judicial, isto é, sobre a estrutura argumentativa por meio da qual o Estado justifica o exercício da jurisdição. Por isso, a discussão ultrapassa a eficiência operacional e alcança o núcleo das garantias processuais: fundamentação, contraditório, controle, responsabilidade e segurança jurídica.

A hipótese da pesquisa foi confirmada. A inserção de IAs generativas na fase decisória, quando desacompanhada de parâmetros rigorosos de governança, tende a comprometer a integridade da fundamentação judicial e a dificultar a atribuição de responsabilidade pelos erros incorporados ao ato decisório. O risco não se limita à possibilidade de falhas técnicas. O problema está na combinação entre opacidade algorítmica, produção de conteúdos juridicamente verossímeis, alucinações, padronização textual e indefinição da cadeia de *accountability*. Essa combinação pode deslocar a fundamentação judicial de seu campo próprio, o da justificação racional e controlável, para um espaço de plausibilidade formal sem correspondente densidade decisória.

Nesse sentido, a IA generativa não deve ser compreendida apenas como ferramenta de apoio redacional. Pela sua capacidade de estruturar argumentos, simular raciocínios, sugerir fundamentos e conferir acabamento técnico ao texto, ela pode interferir de modo relevante na formação discursiva da decisão.

O ponto crítico está justamente nessa zona intermediária entre auxílio e substituição, em que a tecnologia não decide formalmente, mas passa a participar materialmente da produção da razão de decidir. É nesse espaço que

se concentram os maiores riscos para o devido processo legal, pois a intervenção algorítmica pode permanecer invisível às partes, aos órgãos de controle e, em certas circunstâncias, ao próprio magistrado que a utiliza de forma acrítica.

Daí decorre que a validade democrática das decisões assistidas por IA não pode ser aferida apenas pela existência de assinatura humana ao final do ato judicial. A autoria formal da decisão não elimina, por si, os problemas de opacidade, rastreabilidade e controle. A supervisão humana relevante, para fins constitucionais, deve ser substancial: exige verificação das fontes, conferência dos precedentes, análise da aderência aos autos, revisão das premissas fáticas e assunção consciente da fundamentação. Sem esse controle qualificado, a presença humana converte-se em mecanismo de validação simbólica, incapaz de impedir a transferência material da racionalidade decisória para sistemas não responsáveis perante o processo.

A pesquisa também evidenciou que a regulação do tema deve evitar dois equívocos simétricos. O primeiro seria a rejeição abstrata da tecnologia, incompatível com a realidade do processo judicial digital e com a necessidade de racionalização de atividades repetitivas. O segundo, mais perigoso, seria a adesão acrítica ao discurso da eficiência, como se o aumento da produtividade decisória pudesse compensar déficits de fundamentação, contraditório e controle. No âmbito da jurisdição, eficiência somente tem valor jurídico quando permanece subordinada às garantias processuais. Decidir mais rápido não significa decidir melhor; e a aceleração da atividade jurisdicional, quando desprovida de justificabilidade, apenas torna mais eficiente a produção de decisões frágeis.

Nesse contexto, a Resolução CNJ nº 615/2025 representa avanço normativo importante ao reconhecer a necessidade de supervisão humana, transparência, auditabilidade, avaliação de impacto, monitoramento e responsabilização no uso de IA pelo Poder Judiciário. Todavia, sua efetividade dependerá menos da enunciação formal de princípios e mais da construção de

práticas institucionais verificáveis. A governança algorítmica da jurisdição exige registros, protocolos, auditorias, capacitação, mecanismos de contestação e distribuição clara de responsabilidades. Sem esses elementos, a regulação corre o risco de funcionar como camada burocrática de legitimação, incapaz de impedir usos decisórios opacos ou meramente performativos.

Conclui-se, portanto, que o uso de IA generativa na fase decisória somente é juridicamente admissível quando preserva a centralidade da decisão humana, assegura transparência funcional, permite rastreabilidade do percurso decisório, garante contestabilidade pelas partes, protege dados sensíveis, submete os sistemas a auditoria proporcional ao risco e define uma cadeia clara de responsabilidade entre magistrados, tribunais, fornecedores, desenvolvedores e órgãos de controle. Esses requisitos não são acessórios técnicos, mas condições de legitimidade constitucional. A ausência deles transforma a IA de instrumento auxiliar em fator de desestruturação das garantias processuais.

A contribuição central do artigo está, assim, em afirmar que a questão não é saber se o Judiciário pode utilizar IA generativa, mas sob quais condições essa utilização não compromete o estatuto público da decisão judicial. A jurisdição democrática não se legitima pela mera entrega de respostas, mas pela possibilidade de controle racional dos fundamentos que sustentam tais respostas.

Por isso, a tecnologia deve permanecer em posição instrumental, subordinada ao devido processo legal, ao contraditório e à responsabilidade institucional. Quando a IA deixa de servir à jurisdição e passa a organizar silenciosamente sua razão decisória, o processo judicial digital deixa de ser espaço de garantia e aproxima-se de uma arquitetura opaca de poder.

Sendo assim, a modernização tecnológica do Judiciário somente será compatível com o Estado Democrático de Direito se não implicar a renúncia às exigências que tornam a decisão judicial legítima: fundamentação substancial, controle público, possibilidade de impugnação e responsabilidade

por seus efeitos. A IA generativa pode auxiliar a jurisdição, mas não pode ocupar o lugar da razão pública que a sustenta. O limite constitucional da inovação está precisamente nesse ponto: nenhuma eficiência técnica autoriza a conversão da decisão judicial em produto estatisticamente plausível, formalmente elegante e juridicamente irresponsável.

Referências

- N AMERICAN BAR ASSOCIATION. **Formal Opinion 512**: generative artificial intelligence tools. Chicago: ABA Standing Committee on Ethics and Professional Responsibility, 29 jul. 2024. Disponível em: <https://www.americanbar.org/news/abanews/aba-news-archives/2024/07/aba-issues-first-ethics-guidance-ai-tools/>. Acesso em: 28 abr. 2026.
- ANANNY, Mike; CRAWFORD, Kate. Seeing without knowing: limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability. **New Media & Society**, London, v. 20, n. 3, p. 973-989, 2018.
- BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew D. Big data's disparate impact. **California Law Review**, Berkeley, v. 104, n. 3, p. 671-732, 2016.
- BOVENS, Mark. Analysing and assessing accountability: a conceptual framework. **European Law Journal**, Oxford, v. 13, n. 4, p. 447-468, 2007.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de inteligência artificial no Poder Judiciário. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 28 abr. 2026.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 615, de 11 de março de 2025. Estabelece diretrizes para o desenvolvimento, utilização e governança de soluções desenvolvidas com recursos de inteligência artificial no Poder Judiciário. Brasília, DF: CNJ, 2025a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/6001>. Acesso em: 28 abr. 2026.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.338, de 2023. Dispõe sobre o desenvolvimento, o fomento e o uso ético e responsável da inteligência artificial com base na centralidade da pessoa humana. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2025b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2487262>. Acesso em: 28 abr. 2026.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.
- DIGNUM, Virginia. **Responsible artificial intelligence**: how to develop and use AI in a responsible way. Cham: Springer, 2019.
- ESTADOS UNIDOS. United States District Court for the Southern District of New York. Mata v. Avianca, Inc., 22-cv-1461 (PKC), **Opinion and Order on Sanctions**, 22 jun. 2023. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2022cv01461/575368/54/>. Acesso em: 28 abr. 2026.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- FEUERRIEGEL, Stefan; HARTMANN, Jochen; JANIESCH, Christian; ZSCHECH, Patrick. Generative AI. **Business & Information Systems Engineering**, Wiesbaden, v. 66, n. 1, p. 111-126, 2024. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s12599-023-00834-7>. Acesso em: 28 abr. 2026.

- FLORIDI, Luciano. **The ethics of artificial intelligence**: principles, challenges, and opportunities. Oxford: Oxford University Press, 2023.
- KAMINSKI, Margot E. The right to explanation, explained. **Berkeley Technology Law Journal**, Berkeley, v. 34, n. 1, p. 189-218, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.15779/Z38TD9N83H>. Acesso em: 28 abr. 2026.
- KROLL, Joshua A.; HUEY, Joanna; BAROCAS, Solon; FELTEN, Edward W.; REIDENBERG, Joel R.; ROBINSON, David G.; YU, Harlan. Accountable algorithms. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 165, n. 3, p. 633-705, 2017. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol165/iss3/3. Acesso em: 28 abr. 2026.
- LIMA, Daniela. Juiz usa inteligência artificial para fazer decisão e cita jurisprudência falsa; CNJ investiga caso. *g1, Política*, Blog da Daniela Lima, 13 nov. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/blog/daniela-lima/post/2023/11/13/juiz-usa-inteligencia-artificial-para-fazer-decisao-e-cita-jurisprudencia-falsa-cnj-investiga-caso.ghtml>. Acesso em: 28 abr. 2026.
- LUSA. Juiz espanhol multado em mil euros por usar inteligência artificial em sentença. **SIC Notícias**, Mundo, 27 abr. 2026. Disponível em: <https://sicnoticias.pt/mundo/2026-04-27-juiz-espanhol-multado-em-mil-euros-por-usar-inteligencia-artificial-em-sentenca-6e5c9c3f>. Acesso em: 28 abr. 2026.
- MIGALHAS. De 80 para 969 sentenças: juiz é investigado pelo TJ/MA por uso de IA. **Migalhas**, Migalhas Quentes, 2 maio 2025. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/429513/de-80-para-969-sentencas-juiz-e-investigado-pelo-tj-ma-por-uso-de-ia>. Acesso em: 28 abr. 2026.
- MIGALHAS. Prompt de IA é “esquecido” em voto que absolveu réu por estupro de menor. **Migalhas**, Migalhas Quentes, 25 fev. 2026. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/450567/prompt-de-ia-e-esquecido-em-voto-que-absolveu-reu-por-estupro-de-menor>. Acesso em: 28 abr. 2026.
- MIGALHAS. Uso de IA? Sentença troca “autos” por “automóveis” e CPC por PCC. **Migalhas**, Migalhas Quentes, 20 mar. 2026. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/452317/uso-de-ia-sentenca-troca-autos-por-automoveis-e-cpc-por-pcc>. Acesso em: 29 abr. 2026.
- MITTELSTADT, Brent. Principles alone cannot guarantee ethical AI. **Nature Machine Intelligence**, London, v. 1, p. 501-507, 2019.
- O'NEIL, Cathy. **Weapons of math destruction**: how big data increases inequality and threatens democracy. New York: Crown, 2016.
- PASQUALE, Frank. **The black box society**: the secret algorithms that control money and information. Cambridge: Harvard University Press, 2015.
- SARMENTO, Daniel. **Liberdade de expressão**: estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SELBST, Andrew D.; BAROCAS, Solon. The intuitive appeal of explainable machines. **Fordham Law Review**, New York, v. 87, n. 3, p. 1085-1139, 2018.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**: entre o ativismo e a autocontenção. São Paulo: Saraiva Educação, 2022.
- STRECK, Lenio Luiz. Se a IA acerta 97% das decisões, sobram só 3% de casos para recurso? **Consultor Jurídico**, Senso Incomum, 24 jul. 2025. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2025-jul-24/se-a-ia-acerta-97-das-decisoes-sobram-so-3-de-casos-para-recurso/>. Acesso em: 29 abr. 2026.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. **A fundamentação das decisões judiciais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- União Europeia. Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024, que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial. *Jornal Oficial da União Europeia*, Bruxelas, 2024. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>. Acesso em: 28 abr. 2026.

WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent; FLORIDI, Luciano. Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation. **International Data Privacy Law**, Oxford, v. 7, n. 2, p. 76-99, 2017.

Artigo recebido em: 29/04/2026.

Aceito para publicação em: 25/08/2026.

Do tabuleiro à tela: estratégias de poder e biopolítica nos jogos

From the board to the screen: strategies of power and biopolitics in games

Rafael Lazzarotto Simioni¹
Gabrielle Leal Pinto²

Resumo: Este artigo tem como objetivo investigar de que maneira os jogos, do tabuleiro à tela, refletem e produzem racionalidades biopolíticas, analisando seu papel como dispositivos de poder na contemporaneidade e suas potencialidades como espaços de resistência. A metodologia utilizada na presente pesquisa consiste no estudo bibliográfico de cunho qualitativo com elaboração de revisão bibliográfica, tendo como meios de fundamentação teórica artigos científicos e livros de Michel Foucault, Byung-Chul Han e Shoshana Zuboff disponíveis on-line e também em versões físicas reunindo e comparando os diversos dados encontrados nas fontes consultadas e listando os principais fatores acerca da relação entre jogos e biopolítica. A questão central consiste em compreender como os jogos, do tabuleiro à tela, expressam racionalidades biopolíticas e podem atuar tanto como dispositivos de poder quanto como espaços de resistência. Os resultados indicam que, os jogos são atravessados por relações de poder e eles não podem ser vistos apenas como entretenimento. Tanto os jogos de tabuleiro quanto os digitais trazem em si mecanismos de regulação, disciplina e governança da vida.

Palavras-chave: Jogos. Manipulação. Biopolítica. Governança. Era Digital

Abstract: This article aims to investigate how games, from board to screen, reflect and produce biopolitical rationalities, analyzing their role as devices of power in contemporary times and their potential as spaces of resistance. The methodology used in this research consists of a qualitative bibliographic study with a literature review, using scientific articles and books by Michel Foucault, Byung-Chul Han, and Shoshana Zuboff, available online and in physical versions, as a theoretical basis. The study gathered and compared the various data found in the sources consulted and listed the main factors regarding the relationship between games and biopolitics. The central

¹ Pós-Doutor em Filosofia e Teoria do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2011), Doutor em Direito Público pela Unisinos (2008), Mestre em Direito pela UCS (2005) e graduação em Direito pela UCS. Foi Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Professor convidado da FE/Unicamp e Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Caxias do Sul e da Universidade Luterana do Brasil. É professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas-FDSM. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da FDSM. Pesquisador-líder do Grupo de Pesquisa Margens do Direito (PPGD/FDSM/CNPq). Coordenador da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Coordenador Científico e de Pós-Graduação da FDSM. Consultor da Capes e CNPq na avaliação de projetos.

² Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Bolsista Capes.

question is to understand how games, from board to screen, express biopolitical rationalities and can act both as devices of power and as spaces of resistance. The results indicate that games are permeated by power relations and cannot be seen merely as entertainment. Both board and digital games embody mechanisms of regulation, discipline, and governance of life.

Keywords: Games. Manipulation. Biopolitics. Governance. Digital Age.

1. Introdução

A O jogo acompanha a humanidade desde tempos imemoriais. Seja nas brincadeiras infantis, nas competições esportivas, nos jogos de tabuleiro ou nos complexos universos digitais contemporâneos, ele se apresenta como uma prática cultural fundamental para a construção de significados, relações e formas de sociabilidade. Embora frequentemente compreendido como atividade lúdica e desvinculada da seriedade da vida cotidiana, o jogo sempre esteve imerso em dinâmicas sociais, políticas e econômicas, sendo atravessado por disputas simbólicas e por estruturas de poder. Nesse sentido, compreendê-lo apenas como um passatempo ou como mero entretenimento seria reduzir sua complexidade e negligenciar os múltiplos efeitos que produz na formação de subjetividades e na organização da vida coletiva.

A teoria foucaultiana da biopolítica fornece um referencial privilegiado para analisar os jogos em suas transformações históricas e sociais. Michel Foucault (2009) demonstrou que, a partir da modernidade, o poder deixou de se concentrar exclusivamente no direito soberano de “fazer morrer e deixar viver” e passou a gerir a vida em seus aspectos mais cotidianos, regulando populações, administrando riscos e orientando condutas. Essa racionalidade governamental que não se limita ao Estado, mas se dissemina em múltiplas instituições e práticas também se manifesta nos jogos, que operam como dispositivos de poder capazes de regular comportamentos, incutir valores e naturalizar determinadas formas de existência.

Se, nos jogos tradicionais, a regulação se dava pela presença física dos participantes, pelas regras explícitas e pela delimitação do espaço e do tempo do jogo, nos jogos digitais esse controle assume novas proporções. Os videogames não apenas estabelecem normas internas de funcionamento, mas também coletam dados, monitoram escolhas e modulam afetos dos jogadores. Como destaca Byung-Chul Han, o paradigma atual do poder não se reduz mais à disciplina, mas avança para uma psicopolítica que captura os desejos e as emoções, transformando a própria liberdade em mecanismo de autoexploração. Nessa perspectiva, os jogos digitais constituem laboratórios de subjetividade, em que prazer, performance e vigilância se entrelaçam em uma rede complexa de relações.

A expansão dos jogos para o ambiente digital também os conecta diretamente à lógica do capitalismo de vigilância, conforme descrito por Shoshana Zuboff. Os algoritmos que estruturam a mecânica de recompensas, rankings e progressão não servem apenas ao entretenimento, mas operam como ferramentas de predição e de extração de valor a partir do comportamento humano. A gamificação da vida, visível em sistemas de produtividade, programas de fidelidade e aplicativos de saúde, evidencia como a racionalidade lúdica ultrapassa os limites dos jogos em sentido estrito, colonizando dimensões diversas da vida social e reforçando estratégias de controle e regulação típicas da biopolítica.

Assim, delimitaram-se os seguintes objetivos da pesquisa: objetivo geral foi investigar de que maneira os jogos, do tabuleiro à tela, refletem e produzem racionalidades biopolíticas, analisando seu papel como dispositivos de poder na contemporaneidade e suas potencialidades como espaços de resistência. Mas, para ter uma resposta mais eficaz para esse objetivo geral, traçou-se os seguintes objetivos específicos: examinar a evolução histórica dos jogos, do analógico ao digital, destacando as transformações em suas funções sociais e políticas e analisar os jogos digitais a partir da perspectiva

foucaultiana da biopolítica, compreendendo-os como microestruturas de governamentalidade.

A presente pesquisa adota abordagem qualitativa de natureza teórico-interpretativa, desenvolvida a partir de revisão bibliográfica e análise conceitual. O estudo fundamenta-se principalmente no referencial de Michel Foucault, especialmente nos conceitos de biopoder, governamentalidade e disciplina, mobilizados como ferramentas analíticas para compreender as formas contemporâneas de exercício do poder sobre a vida. A investigação dialoga ainda com as contribuições de Byung-Chul Han acerca da psicopolítica e com a análise de Shoshana Zuboff sobre o capitalismo de vigilância, permitindo ampliar a compreensão das transformações do poder nas sociedades digitais.

Metodologicamente, o trabalho utiliza a perspectiva genealógica foucaultiana, que busca compreender os modos históricos de constituição das práticas de poder e suas racionalidades. A partir desse referencial, procede-se à análise interpretativa de jogos analógicos e digitais, compreendidos como artefatos culturais que podem expressar e reproduzir determinadas racionalidades políticas. O objetivo é identificar de que maneira as dinâmicas, regras e estruturas narrativas desses jogos podem operar como dispositivos que simulam ou reproduzem estratégias biopolíticas de gestão da vida e da população.

Assim sendo, a questão central desta pesquisa é compreender como os jogos, do tabuleiro à tela, expressam racionalidades biopolíticas e podem atuar tanto como dispositivos de poder quanto como espaços de resistência.

Parte-se da hipótese de que os jogos, tanto analógicos quanto digitais, não constituem apenas formas de entretenimento, mas também dispositivos culturais capazes de reproduzir e simular racionalidades de poder. Nesse sentido, suas dinâmicas e mecânicas podem expressar estratégias biopolíticas de gestão da vida, da população e do comportamento, ao mesmo tempo em que

possibilitam espaços de experimentação e resistência dentro das estruturas de poder.

Além do interesse da pesquisadora pela temática, o estudo justifica-se pelas seguintes razões: o estudo sobre jogos vem ganhando relevância não apenas no campo do entretenimento, mas também nas ciências sociais e humanas, dada sua inserção crescente em práticas culturais, educacionais e políticas. No contexto contemporâneo, os jogos digitais ultrapassaram o limite do lazer, passando a operar como instrumentos de regulação social, coleta de dados e formação de subjetividades. Nesse sentido, analisá-los sob a ótica da biopolítica torna-se fundamental para compreender os mecanismos de poder que permeiam a vida cotidiana e as formas sutis pelas quais condutas são orientadas, desejos são modulados e comportamentos são normatizados.

Diante disso, o presente artigo busca compreender os jogos não apenas como meros passatempos, mas como arenas políticas, nas quais se articulam, de forma concreta, as estratégias de governo da vida. Logo, os jogos impactam a organização social e moldam novas formas de subjetividade na era digital.

2. Jogos e biopolítica: conceitos e conexões

Foucault iniciou suas aulas em 1977 investigando a origem da governamentalidade moderna, isto é, a racionalidade pela qual o Estado passa a operar (Foucault, 1978, p. 2-25). Em sua pesquisa histórica, ele constatou que a primeira forma rudimentar de governamentalidade surgiu com as ideologias liberais, aproximadamente entre os séculos XVII e XVIII. Foi nesse período que o governo soberano começou a se transformar gradualmente no governo do Estado. Para Foucault, esse processo marcou o surgimento da biopolítica, pois representou a primeira vez na história em que o Estado reconheceu a população como a forma dos súditos a serem governados (Foucault, 1978, p. 66).

Foucault (1978) enfatizou, sobretudo, que a biopolítica não se assemelha a leis comuns ou à disciplina, mas configura-se como um conjunto de relações de poder (Foucault, 1978, p. 34). Nesse sentido, ele distingue “gerir” de “governar”: governar referia-se aos soberanos e às leis formais, enquanto gerir implicava a regulação e administração da população (Christiansen, 2014).

Assim, no contexto do Estado biopolítico, a morte situa-se fora da relação de poder (Foucault, 2005, p. 248). Abraçar a morte, portanto, significa acolher aquilo que escapa ao biopoder e às tecnologias médicas e políticas que o sustentam. Tal gesto não apenas ultrapassa os limites do biopoder, mas também excede a própria possibilidade de compreensão racional (Murray, 2006, p. 202).

Logo, a releitura da vida e da morte, condição prévia para a ação tanatopolítica, implica uma reestruturação da relação do sujeito consigo mesmo. Nessa perspectiva, a morte apresenta-se como um jogo que envolve o confronto entre o eu e um risco incontrollável. Trata-se do *meletý thanatou*³, exercício pelo qual o sujeito pode redefinir sua relação com esse risco, reconfigurando e transformando a si próprio (Murray, 2006, p. 210). Assim, é possível conceituar o *meletý thanatou* como uma prática autorreflexiva e performativa por meio da qual o sujeito se apropria de sua própria morte, atribuindo-lhe sentidos que ultrapassam o mero consumo e os objetivos biopolíticos.

Ainda que fosse possível relacionar essa forma de jogo construtivo a diferentes tipos de práticas lúdicas, talvez já exista uma afinidade natural entre tanatopolítica e videogames. De fato, a morte constitui um elemento recorrente em muitos jogos digitais, exigindo que o jogador estabeleça uma relação com ela para poder jogar de maneira eficaz. Como cada jogo concebe a

³ O termo “*meletý thanatou*”, traduzido alternativamente como “exercício da morte”, “cuidado com a morte” ou “praticar para a morte”, invoca implicitamente o *Fédon* de Platão, no qual Sócrates, que aguarda a execução por autoenvenenamento, afirma que qualquer verdadeiro discípulo da filosofia está “sempre praticando como morrer sem reclamar”.

morte de maneira distinta, essa relação deve ser constantemente problematizada ao longo da experiência lúdica, permitindo a progressão. Nesse sentido, os videogames se configuram como espaços experimentais tanto para a performance da morte quanto para a performance da apropriação da morte. Ao aplicar o conceito de tanatopolítica aos videogames, abre-se, assim, um novo horizonte para a compreensão e também para a resistência ao biopoder (Christiansen, 2014).

A importância do uso de videogames como ferramenta de resistência reside no fato de que eles já são uma ferramenta de biopoder. Além de ter suas origens no complexo militar-industrial, com o qual ainda mantém vínculos, a indústria de videogames explora ativamente a capacidade de violência e coerção do Estado para manter seu domínio e disciplinar seus próprios membros (O'Donnell, 2008, p. 181).

Logo, para compreender a importância dos jogos como potenciais espaços de resistência, é necessário compreender de que modo sua natureza retórica lhes possibilita incorporar e, ao mesmo tempo, tensionar estruturas biopolíticas (Christiansen, 2014). Assim como outras formas de mídia, os jogos apresentam dimensões retóricas tanto verbais quanto visuais. Contudo, distinguem-se por incorporarem também uma retórica em nível algorítmico ou procedural. A chamada retórica procedural corresponde ao modo pelo qual a ideologia se inscreve nas próprias regras que estruturam um game ou, de forma mais ampla, em qualquer software (Bogost et al., 2005).

Esses jogos, hoje integrados à vida cotidiana, vêm sendo compreendidos como mecanismos de construção de significado por meio de suas narrativas. A narrativa não apenas cria o universo do jogo, mas também estabelece as bases de sua história (Takatalo et al., 2010, p. 24). As tramas presentes nos jogos podem guardar múltiplas semelhanças com a vida real, funcionando, em muitos casos, como projeções possíveis de futuros em determinadas situações.

Portanto, filmes, séries e jogos digitais oferecem experiências semelhantes a seus públicos por meio do roteiro e da narrativa (Savas, 2022, p. 3). Nesse sentido, os jogos constroem sua narrativa a partir da base da história, podendo apresentar múltiplas semelhanças com a vida real. Assim,

um jogo pode funcionar como uma projeção de futuros possíveis em diferentes situações.

Da mesma forma, Frostpunk nos pede para construir uma cidade para que nossa população sobreviva a um inverno apocalíptico e não se rebele contra nosso governo. Recebemos várias ferramentas para governar nossa população, como um sistema judiciário, árvore de tecnologia, planejamento urbano, atribuição de força de trabalho, expedições, escolha e sistema de busca de consequências. Devemos utilizar esses sistemas de jogo para perseguir os objetivos do jogo com diferentes misturas de estratégias de salvamento e extinção de vidas. Tanto Dishonored quanto Frostpunk tornam explicitamente a governança populacional um problema moral e político, questionando o que estamos dispostos a fazer com a vida quando enfrentamos um estado de exceção (Kiosinski, 2024) - tradução nossa.

Com os avanços recentes no design e no desenvolvimento de jogos, pode-se sustentar que a percepção social a respeito deles se transformou significativamente na última década. Se, em um primeiro momento, os jogos tradicionais eram frequentemente compreendidos como interrupções abruptas da realidade, os jogos contemporâneos vêm se integrando de maneira cada vez mais orgânica ao tecido social. Esse processo revela que uma análise crítica acerca dos poderes reguladores exercidos pelos jogos torna-se, progressivamente, mais complexa e desafiadora (Christiansen, 2014, p. 27).

Portanto, o afastamento dos jogos em relação a intervenções sociais mais explícitas e opressivas pode ser compreendido como uma tendência a operar como mecanismos reguladores sutis, muitas vezes não percebidos de forma imediata. Se a biopolítica nos permite entender os jogos como dispositivos de poder, é importante observar como tais dinâmicas se transformaram historicamente, do analógico ao digital.

3. E do tabuleiro à tela: evolução e transformações

Historicamente, o ato de jogar exigia que as pessoas compartilhassem um mesmo espaço físico. Esse espaço precisava ser preservado para que o jogo pudesse se sustentar por um determinado período de tempo. Tal exigência

impunha limitações tanto à prática do jogo quanto à sua potencial expansão (Savas, 2022, p. 10). Logo, o pensamento sobre as sociedades moldou a forma e o conteúdo dos jogos.

Na contemporaneidade, destacam-se os jogos digitais, ou videogames, que preservam características dos jogos analógicos, mas incorporam novas possibilidades próprias das tecnologias digitais. Essa modalidade vem ganhando grande expressão e está cada vez mais presente no cotidiano de crianças, jovens e adultos, tanto no âmbito do entretenimento quanto no da educação (Ramos; Oliveira, 2023, p. 367).

O jogo é uma função da vida, mas não é passível de definição exata em termos lógicos, biológicos ou estéticos. O conceito de jogo deve permanecer distinto de todas as outras formas de pensamento através das quais exprimimos a estrutura da vida espiritual e social (Huizinga, 2010, p. 10).

Os jogos tendem a obscurecer seus mecanismos de poder ao se apresentarem sob a forma de simples brincadeiras, conectando estratégias de design sutil com a maneira pela qual mecanismos de regulação são exercidos. Essa análise, contudo, responde apenas parcialmente à subquestão sobre a possibilidade de identificar os jogos aplicados como espaços regulados, uma vez que não foram apresentados exemplos concretos de mecanismos de regulação implantados de forma intencional nesses jogos (Kattenberg, 2015, p. 27).

Logo, alguns jogos são concebidos com uma agenda específica, como os advergames, os jogos ativistas e outras modalidades de jogos persuasivos. Para que os videogames possam efetivamente funcionar como instrumentos de persuasão, é necessário que apresentem uma retórica processual capaz de sustentar a mensagem pretendida. Em geral, essa retórica deliberada torna-se facilmente identificável (Christiansen, 2014, p. 4).

Fora do mecanismo de satisfação imediata das necessidades e dos desejos e, pelo contrário, interrompe este mecanismo. Ele se insinua como atividade temporária, que tem uma finalidade autônoma e se realiza tendo em vista uma satisfação que consiste nessa própria realização” (Huizinga, 2010, p. 11-12).

Para Foucault, os mecanismos da economia possuem um propósito ou intenção inerente, que orienta a aplicação de outros mecanismos. Essa intenção pode ser entendida como o desejo de esclarecer o público sobre os comportamentos e motivações da população uma tendência ou propósito que se torna claramente reconhecível também nos jogos. Em um sentido mais amplo, a economia pode ser mobilizada para validar diversos jogos aplicados. Desenvolvedores de jogos sérios, trabalhando em estreita colaboração com a ciência, têm demonstrado uma tendência crescente de quantificar os efeitos dos jogos, legitimando assim suas escolhas de design e desenvolvimento (Kattenberg, 2015, p. 30).

Assim, ao afirmar que “o biopoder foi, sem dúvida, um elemento indispensável no desenvolvimento do capitalismo” (Foucault, 1978, p. 141), evidencia-se que videogames e biopolítica se encontram intrinsecamente relacionados. Se, por um lado, os jogos digitais projetam universos em que o capitalismo constitui condição estruturante da realidade, por outro, também configuram espaços nos quais a biopolítica se manifesta de forma onipresente (Christiansen, 2014, p. 5).

Embora os computadores hoje tenham se tornado produtos de consumo e se livrado do estigma de ferramentas de opressão, eles continuam sendo uma tecnologia de poder, proporcionando a capacidade de coletar e processar as vastas quantidades de informações necessárias para a manutenção do Estado biopolítico. Na verdade, seu papel no biopoder se expandiu. O código agora não é usado apenas para processar informações, mas também para fazer cumprir a própria lei (Christiansen, 2014, p. 5) tradução nossa.

Portanto, com a superação das barreiras espaciais e temporais, os indivíduos deixaram de estar sujeitos às restrições tradicionais para participar de jogos, o que passou a constituir um fator decisivo na ampliação do público envolvido nessa prática. Em consequência, tanto o conteúdo quanto o significado dos jogos expandiram-se de maneira significativa (Savas, 2022, p. 10). Assim, a problemática da biopolítica pode ser compreendida como uma cartografia de esferas diversas nas quais políticas, dispositivos de poder e mecanismos de controle são instaurados para regular o funcionamento social, político e econômico da humanidade, assim como de outras formas de vida

configuradas por políticas específicas. As diretrizes centrais dessa governança assumem caráter paradigmático, sendo delineadas em torno de estratégias voltadas à proteção ou à negação da vida (Esposito, 2017).

Foucault observa que, à medida que os mecanismos econômicos se consolidam, a atuação dos governos na formulação de julgamentos, na análise de dados e na produção de vereditos torna-se fundamental. Tal dinâmica já pode ser identificada no contexto dos jogos. Portanto, pode parecer natural ou ao menos esperado que uma empresa exerça um controle rigoroso sobre o mundo virtual que desenvolveu, sobretudo considerando as tendências culturais da indústria dos videogames voltadas ao sigilo e à manutenção de redes de acesso restrito (O'Donnell, 2008, p. 6). Superada a análise histórica, é no ambiente digital que os jogos revelam sua face mais intensa de controle, por meio de algoritmos, rankings e recompensas.

4. Jogos digitais e algoritmos: psicopolítica e gamificação da vida

A difusão dos jogos digitais no cotidiano contemporâneo ultrapassa a esfera do entretenimento, transformando-se em um laboratório privilegiado para compreender como algoritmos, recompensas e rankings moldam comportamentos individuais e coletivos. O que se observa é a emergência de uma lógica de psicopolítica (Han, 2017), na qual o controle não se exerce apenas pela coerção externa, mas pela indução de desejos, pela gestão de afetos e pela autovigilância dos sujeitos.

Para Foucault (2009), o panóptico é uma máquina de vigilância. Esse dispositivo instaura um princípio de visibilidade permanente: “O dispositivo panóptico organiza unidades espaciais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente”. Para Danner (2010), esse mecanismo assegura perfeitamente o funcionamento do poder, isto é, a sociedade que emergiu nos séculos XVII e XVIII implementou uma tecnologia de poder que estabeleceu os indivíduos como componentes correlacionados de poder e saber.

Os jogos podem ser compreendidos como mecanismos de biopoder, revelando múltiplas semelhanças com dispositivos de segurança, regulação e economia. Analisar os jogos a partir da perspectiva foucaultiana da governança implica reconhecê-los como parte de uma estratégia política voltada à gestão da população (Kattenberg, 2015, p. 33). Os jogos não são necessariamente tratados como mecanismos em si, mas como meios que complementam e potencializam a instalação de dispositivos de biopoder.

Logo, as novas formas de exercício do poder demandam modos correspondentes de resistência, e o surgimento relativamente recente do biopoder em ambientes digitais não constitui exceção. Argumenta-se que uma dessas estratégias de resistência ao biopoder virtual pode se dar por meio do que se poderia denominar tanatogaming, ou seja, a aplicação de princípios da tanatopolítica aos universos virtuais dos videogames (Christiansen, 2014, p. 9).

Nesse cenário, os jogos funcionam como microestruturas de poder algorítmico, nas quais cada ação é medida, registrada e recompensada de acordo com parâmetros estabelecidos previamente. A mecânica das recompensas imediatas, dos rankings competitivos e da progressão contínua engaja os jogadores em dinâmicas que reproduzem estratégias típicas da biopolítica e da psicopolítica: a normatização dos corpos, a padronização dos comportamentos e a captura da atenção como recurso econômico.

Isso remete à nossa discussão sobre o “mecanismo de predição” FBLearder Flow, no qual as máquinas são alimentadas com dezenas de milhares de pontos de dados derivados de superávit comportamental, o que reduz a própria noção do direito de contestar a “tomada de decisão automática”. Se os algoritmos devem ser contestáveis de alguma forma expressiva, isso exigirá autoridade e poder capazes de oferecer-lhes um contraponto, inclusive com recursos de máquina e expertise para alcançar as disciplinas centrais da inteligência de máquina e construir novas abordagens que sejam disponíveis para inspeção, discussão e combate. (Zuboff, 2019, p. 570)

Assim, a gamificação da vida extrapola os limites dos ambientes virtuais e passa a influenciar práticas sociais, econômicas e cotidianas, desde programas de fidelidade até sistemas de produtividade corporativa e aplicativos de saúde. Mais do que um recurso lúdico, trata-se de uma

racionalidade de governo que utiliza recompensas e métricas para conduzir condutas, evidenciando a íntima relação entre jogos, dados e poder na era digital. Para Kattenberg (2015) nos últimos anos, embora os jogos tenham sido apropriados por investidores de risco interessados em explorar novas formas de gerenciamento do público, torna-se evidente que seu uso ultrapassa o simples entretenimento.

Os jogos passam a desempenhar múltiplas funções estratégicas, configurando-se simultaneamente como mercadorias e como instrumentos de regulação social. Esse caráter multifacetado demonstra que, ainda que os jogos ofereçam uma dimensão de lazer e satisfação imediata às necessidades individuais, tal aspecto representa apenas uma fração de uma engrenagem muito mais ampla de controle e poder (Kattenberg, 2015, p. 35).

Uma atividade livre, conscientemente tomada como ‘não séria’ e exterior à vida habitual, mas ao mesmo tempo capaz de absorver o jogador de maneira intensa e total. É uma atividade desligada de todo e qualquer interesse material, com a qual não se pode obter qualquer lucro, praticada dentro de limites espaciais e temporais próprios, segundo uma certa ordem e certas regras. Promove a formação de grupos sociais com tendências a rodearem-se de segredo e a sublinharem sua diferença em relação ao resto do mundo por meio de disfarces ou outros meios semelhantes” (Huizinga, 2010, p. 16).

Para Lévy (2005), a rede mundial de computadores emergiu como consequência do processo de virtualização, no qual os computadores deixaram de ser meras máquinas de processamento para se converterem em um ambiente interativo de comunicação, acessível e transparente. Essa transformação foi potencializada pelos avanços em software e hardware, que possibilitaram a criação de fluxos contínuos e dinâmicos de informação.

Ao longo dos anos, esse tipo de controle aperfeiçoou-se por meio da produção e disseminação de aparelhos eletrônicos, como smartphones, drones, transponders e plataformas digitais, promovendo também profundas transformações nas relações sociais e na constituição de novas subjetividades alinhadas ao regime econômico e simbólico do capitalismo contemporâneo (Sabino, 2022). Nesse contexto, a vigilância constante, articulada ao capital

financeiro digital, apropria-se da vida e do desejo humanos, extraindo deles o máximo de lucro possível (Dowbor, 2017).

Assim, do tabuleiro à tela, evidencia-se que os jogos não apenas refletem, mas também produzem racionalidades políticas. Seja pela lógica disciplinar, seja pela psicopolítica algorítmica, eles se configuram como arenas privilegiadas de exercício do poder. Contudo, justamente por instaurarem espaços de simulação e experimentação, também oferecem brechas para resistência e criação. Nesse sentido, a análise foucaultiana da biopolítica aplicada aos jogos permite compreender não apenas os mecanismos de controle que permeiam a vida digital, mas também a urgência de pensar caminhos alternativos de liberdade em meio às engrenagens lúdicas do poder. A análise dos jogos digitais e de seus algoritmos evidencia que, em cada fase histórica, os jogos acompanharam e refletiram racionalidades políticas.

3. Conclusão

Ante ao exposto, verificou-se, no decorrer do artigo proposto, que buscou compreender como os jogos, em suas múltiplas formas do tabuleiro à tela, podem ser interpretados a partir das lentes da biopolítica e da psicopolítica. Partiu-se da premissa de que o jogo não é apenas uma atividade lúdica isolada, mas um espaço atravessado por racionalidades políticas, mecanismos de controle e possibilidades de resistência. Ao mobilizar os aportes de Foucault, Han, Zuboff e outros autores, foi possível mostrar que os jogos contemporâneos, em especial os digitais, constituem arenas privilegiadas para observar o funcionamento das engrenagens do poder na era algorítmica.

No percurso histórico, notou-se que os jogos tradicionais, ainda que se apresentassem como práticas autônomas e exteriores à vida ordinária, já estavam imersos em dinâmicas sociais, culturais e políticas. Contudo, com a

ascensão das tecnologias digitais, os jogos adquiriram uma dimensão inédita: tornaram-se ambientes de simulação governamental, de experimentação política e de gestão da vida. A lógica da biopolítica, inicialmente vinculada ao Estado moderno e à economia capitalista, migra para os universos virtuais, convertendo a vida em dado, em métrica e em performance. Nesse sentido, os jogos revelam-se como dispositivos de poder, estruturados em torno de algoritmos, narrativas e regras que não apenas regulam a conduta dos jogadores, mas também orientam suas percepções, emoções e formas de interação.

A partir da perspectiva foucaultiana, pode-se afirmar que os jogos digitais funcionam como microestruturas panópticas, nas quais a vigilância, a normatização e a regulação são exercidas de modo difuso e contínuo. Com Han, percebe-se a transição para uma psicopolítica, marcada pela captura do desejo, pela indução do comportamento e pela autovigilância do sujeito, que se torna, simultaneamente, jogador e jogado. Já em diálogo com Zuboff, percebe-se como a lógica da gamificação da vida ultrapassa o campo do entretenimento, colonizando esferas diversas do cotidiano da economia de plataformas aos aplicativos de saúde, da produtividade corporativa às redes sociais.

Entretanto, reduzir os jogos apenas a dispositivos de dominação seria uma leitura incompleta. Conforme assinalado, os jogos também podem abrir espaços de resistência, experimentação e criação. O conceito de tanatopolítica aplicado ao universo digital revela justamente essa ambivalência: se, por um lado, a morte nos jogos é regulada, medida e controlada, por outro, ela pode se tornar uma prática reflexiva e emancipatória, um exercício de confrontar o limite e ressignificar a própria relação com a vida. Do mesmo modo, narrativas interativas e experiências imersivas possibilitam que jogadores questionem normas, explorem alternativas e imaginem futuros possíveis, desestabilizando a racionalidade hegemônica inscrita no código.

Assim, os jogos devem ser compreendidos como práticas sociais complexas, que tanto reproduzem estruturas de poder quanto criam oportunidades de resistência. Do tabuleiro à tela, eles se converteram em dispositivos paradigmáticos da governamentalidade contemporânea, operando como mecanismos sutis de regulação e, ao mesmo tempo, como laboratórios de subjetividades. A análise biopolítica aplicada aos jogos, portanto, não apenas ilumina o papel desses artefatos na dinâmica do capitalismo digital, mas também aponta para a urgência de repensar suas implicações éticas, políticas e jurídicas.

Os resultados indicam que, os jogos são atravessados por relações de poder eles não podem ser vistos apenas como entretenimento. Tanto os jogos de tabuleiro quanto os digitais trazem em si mecanismos de regulação, disciplina e governança da vida. Afinal, se o jogo é, como lembra Huizinga, uma atividade aparentemente não séria, é justamente nessa sua leveza que reside a potência de revelar, questionar e transformar as engrenagens mais sérias do poder.

Referências

- DANNER, Fernando. **O sentido da biopolítica em Michel Foucault**. Revista Estudos Filosóficos e Teológicos, São João del-Rei, n. 4, p. 143–157, 2010. Disponível em: <http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art9-rev4.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2025.
- DOWBOR, Ladislau. **A era do capital improdutivo**. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.
- ESPOSITO, Roberto. **Termos do político: comunidade, imunidade, biopolítica**. Nova Iorque: Imprensa da Universidade de Fordham, 2012.
- FOUCAULT, Michel. **A hermenêutica do sujeito: aulas no Collège de France (1981-1982)**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FOUCAULT, Michel. **O nascimento da biopolítica: aulas no Collège de France (1978-1979)**. Nova Iorque: Picador, 2010.
- FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população: aulas no Collège de France (1977-1978)**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2007.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 2010.
- HAN, Byung-Chul. **Sociedade da transparência**. Petrópolis: Vozes, 2017.
- HUIZINGA, Johan. **Homo ludens: o jogo como elemento da cultura**. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

KATTENBERG, Salko Joost. **Biopolitical games: identifying obscured mechanisms in applied games**. 2015. Dissertação (Mestrado em Humanidades) – Universidade de Utrecht, Utrecht, 2015.

KŁOSIŃSKI, Michał. **Mapping game biopolitics**. *Games and Culture*, [S.l.], v. 20, n. 1, p. 3–24, 2024. Disponível em: <https://journals.sagepub.com>. Acesso em: 13 set. 2025.

LÉVY, Pierre. O que é virtual? São Paulo: Ed. 34, 2005.

SABINO, César. **Corpos descartáveis: neosoberania e exclusão na era digital**. *Sociedade e Estado, Brasília*, v. 37, n. 2, p. 521–540, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/>. Acesso em: 01 jul. 2025.

SAVAS, S. **An analysis of survival games in terms of biopolitics: Frostpunk**. 4. *Boyut Journal of Media and Cultural Studies*, [S.l.], v. 20, p. 1–21, 2022.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder**. São Paulo: Intrínseca, 2019.

Artigo recebido em: 17/03/2026.

Aceito para publicação em: 25/08/2026.

O uso de *malware* como meio de obtenção de provas no processo penal brasileiro: da necessidade de lei específica e a impossibilidade do uso análogo de outros dispositivos processuais

The use of malware as a means of obtaining evidence in brazilian criminal proceedings: the need for specific law and the impossibility of analogous use of other procedural devices

Simone Silva Prudêncio¹
Gabriel Rodrigo de Sousa²
Flávia Maria Gomes Campos³

Resumo: O presente estudo tem por objetivo analisar a possibilidade de utilização de *malware* como meio oculto de obtenção de prova no processo penal brasileiro, investigando sua compatibilidade com os direitos fundamentais à privacidade, à intimidade, à inviolabilidade das comunicações e à legalidade estrita. Para tanto, adota-se o método hipotético-dedutivo, sustentado por revisão bibliográfica especializada e pela análise do precedente paradigmático do Superior Tribunal de Justiça no RHC 99.735/SC, no qual se discutiu a licitude de técnicas digitais invasivas de investigação. A partir desse percurso metodológico, os resultados evidenciam que a inserção de *malware* em sistemas informáticos – por permitir acesso a dados pretéritos, presentes e futuros, além de possibilitar monitorização domiciliar mediante câmeras e microfones – extrapola o regime jurídico da Lei nº 9.296/1996 e não encontra amparo em normas processuais penais vigentes, inviabilizando qualquer aplicação analógica ou interpretação extensiva que legitime tais práticas. Ademais, demonstra-se que o STJ, ao reconhecer a natureza híbrida e juridicamente atípica desses meios tecnológicos, reafirmou o princípio da legalidade processual, bem como a necessidade de tutela reforçada da intimidade em contexto de “provas de terceira geração”. As conclusões alcançadas indicam que, embora o *malware* represente instrumento altamente eficiente diante da sofisticação da criminalidade digital, sua utilização no Brasil demanda regulamentação legislativa específica, capaz de delimitar hipóteses taxativas de emprego, requisitos de proporcionalidade e salvaguardas adequadas de controle jurisdicional, sob pena de violação ao Estado Democrático de Direito e às garantias essenciais do processo penal.

Palavras-chave: Malware. Provas. Processo penal

¹ Profa. Associada de Dir. Processual Penal na Universidade Federal de Uberlândia, Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP

² Advogado. Bacharel em Direito pela UFU. Mestre em Direito pela UFU. Especialista em Direito Penal pela EBRADI. Especialista em Direitos Humanos CEI. Doutorando em Direitos Humanos UNESP. Bolsista CAPES(DS) pelo Programa de Doutorado da UNESP.

³ Bacharela em Direito pela UFLA. Mestranda em Direitos Humanos UNESP. Advogada.

Abstract: This study aims to analyze the possibility of using *malware* as a covert means of obtaining evidence in Brazilian criminal proceedings, examining its compatibility with the fundamental rights to privacy, intimacy, the inviolability of communications, and the principle of strict legality. To this end, the research adopts the hypothetical-deductive method, grounded in a specialized literature review and in the analysis of the paradigmatic precedent of the Brazilian Superior Court of Justice in RHC 99.735/SC, in which the legality of highly intrusive digital investigative techniques was assessed. The results indicate that the installation of *malware* in electronic systems—by enabling access to past, present, and future data, as well as permitting domestic monitoring through cameras and microphones—goes beyond the scope of Law No. 9.296/1996 and lacks support in the current procedural criminal framework, thereby preventing the use of analogy or extensive interpretation to legitimize such practices. Moreover, the study shows that the Superior Court of Justice, upon recognizing the hybrid and atypical legal nature of these technological instruments, reaffirmed the principle of procedural legality and the need for enhanced protection of intimacy within the context of “third-generation evidence.” The conclusions reached demonstrate that, although *malware* constitutes a highly effective investigative tool in light of the increasing sophistication of digital crime, its use in Brazil requires specific legislative regulation capable of establishing exhaustive hypotheses for its application, proportionality requirements, and adequate judicial oversight safeguards, lest the practice compromise the Democratic Rule of Law and the essential guarantees of criminal procedure.

Keywords: *Malware. Evidence. Criminal procedure.*

1. Introdução

A vida social, cuja significância representa a própria vida humana, existe, na medida em que só se pode conceber a ideia de humanidade enraizada e empenhada dentro de uma sociedade, somente na presença de outros indivíduos que propiciam a sensação de semelhança e pertencimento. Nesse sentido, a comunicação torna-se a própria ferramenta, demasiadamente humana, utilizada como mecanismo de intervenção na natureza, refletindo as diferentes concepções de mundo, de cada lugar, época e valores.

Nesse sentido, a história da tecnologia também marca o desenvolvimento de diferentes formas de comunicação, que exigem regulamentação e intervenção jurídica. Outrossim, como as cartas demarcavam uma importância singular exigindo que fosse garantida a sua

inviolabilidade, atualmente as redes sociais e aplicativos de mensagens assumem esse posto, e reclamam também a mesma atuação do Direito.

A partir dessa premissa, deve-se considerar que, além da esfera dos Direitos Fundamentais, as discussões sobre os novos mecanismos de comunicação são extremamente relevantes para o Processo Penal, já que em uma sociedade amparada e cada vez mais dependente de tecnologias de informação, a criminalidade assume formas diversas. Ademais, se torna mais sofisticada e com capacidade ímpar de adaptação em meios que os agentes estatais não conseguem chegar, exigindo do legislador dispositivos específicos de normatização, visto que antigos e tradicionais diplomas legais, como a Lei nº 9296/96, são incapazes de regulamentá-los.

Além disso, toda esta dependência produz vestígios que permanecem armazenados em sistemas informáticos, revelando não somente dados sensíveis e protegidos pelo direito à intimidade e a vida privada, mas também a prática de delitos. Por outro lado, a violação de diversos direitos fundamentais resultaria na inutilidade da prova produzida, considerando que o nível de ingerência e de poder contido nas mãos dos investigadores nestes casos exorbitaria as disposições legais pátrias. Igualmente, como atualmente delimitado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no advento do julgamento do RHC 99.735-SC, o espelhamento de aplicativos de comunicação resultaria em um tipo híbrido de obtenção de prova, um misto de interceptação telefônica e de quebra de sigilo de e-mail, o que padeceria de ausência de previsão legal.

Neste íterim, este breve estudo se ocupará do uso de *malware* como ferramenta de meio de prova para a persecução penal, a sua inserção em dispositivos informáticos, que já se encontra usual em alguns países, e a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Pode-se definir o *malware* como um *software* instalado em um equipamento eletrônico, sem o conhecimento do utilizador investigado. A intromissão e a devassa na vida privada por meio destes mecanismos de investigação são tão expressivas, que no ano de 2006, o Tribunal Constitucional Federal Alemão criou o conceito,

através da via jurisprudencial, de direito fundamental à confidencialidade e integridade dos sistemas informáticos.

Algumas questões serão suscitadas nessa investigação a saber: se é possível afirmar pela legislação brasileira vigente, em especial a Lei de Interceptações Telefônicas (Lei nº 9296/96), que o ordenamento jurídico brasileiro abarca a possibilidade de utilização do *malware* como fonte legítima da produção de provas; perscrutar o estado de discussão da matéria em relação a jurisprudência do STJ e inferir a natureza jurídica do uso dessa modalidade, em especial sob a ótica do princípio da legalidade, classificando-o como meio legítimo de prova ou não.

A metodologia a ser utilizada nessa pesquisa será a de cunho hipotético-dedutivo, a partir de uma revisão do tema com o estudo de caso do RHC 99.735-SC do STJ, no qual a 6ª turma do Tribunal assentou o entendimento de que o espelhamento de informações via WhatsApp criaria verdadeiro tipo híbrido de obtenção de prova, sem previsão legal. Outrossim, essa opção se justifica porque há ainda no ordenamento jurídico lacunas em relação ao uso da *malware*, em especial nos entraves encontrados no princípio da legalidade e no respeito ao contraditório e ampla defesa na utilização de um sistema de provas não previsto na legislação e, portanto, imprevisível ao réu.

As conclusões esperadas, diante do exposto, são as seguintes: a utilização de *malware* como meio legítimo de obtenção de prova carece, no ordenamento jurídico pátrio, de regulamentação constitucional e infraconstitucional e, pela ótica do princípio da legalidade processual, não pode ser tolerado em um processo penal democrático e garantista. Ademais, demonstrar que o atual estado de coisas na matéria impede a aplicação analógica e complementar de instrumento legais a fim de suprimir as lacunas existentes sobre a aplicação do *malware* como meio legítimo de obtenção de provas no processo penal brasileiro.

2. A sociedade de informação e o uso do *malware* como meio de obtenção de prova.

A capacidade dos indivíduos de se organizarem socialmente se distingue de outras associações naturais, já que a possibilidade de se comunicar produz e reproduz representações e símbolos compartilhados das quais dependem os grupos humanos (SERRANO, 2009, p. 13). A sociedade nunca esteve tão dependente das tecnologias da informação, já que basicamente todas as atividades essenciais, sejam econômicas, culturais, políticas ou afetivas, circundam e dependem de certa forma da rede e de aparelhos digitais. Esta relação simbiótica fragiliza e expõe a vida privada de uma forma que representa uma facilitação para a prática de novos crimes.

Neste cenário, o Estado deve reconhecer a existência de um novo terreno de atuação, no qual grande parte da vida está inserida, resultando em uma verdadeira relação de simbiose entre o ser humano e a tecnologia (CAMPOS, 2018, p. 14). O Estado tem também se curvado ao uso de sistemas de informação para facilitar e desburocratizar seus serviços. Este contexto traz ao menos dois benefícios, quais sejam: a digitalização de serviços estatais e privados que permite diminuir custos e aumenta a participação dos cidadãos que não mais precisam se deslocar (SILVEIRA, 2016, p.6).

Em razão deste contexto, o campo delitivo passou a atuar de maneira categórica nestes cenários, atraindo a atenção do legislador e dos órgãos persecutórios a fim de repensar métodos mais eficazes e capazes de combater a nova criminalidade. Assim, a prova digital e a busca por sua colheita e preservação têm obtido especial relevância, pois o acesso ao ambiente do crime exige o respeito a outros direitos fundamentais recentemente concebidos, sob pena de inadmissão desta prova em Juízo. Não somente, outro desafio que se concebe é a preservação da cadeia de custódia da prova, que de forma totalmente diversa da prova física, a prova colhida em ambiente digital pode não deixar rastros de qualquer alteração.

Em suma, Kerr alerta para o fato de que o mundo virtual é diferente do mundo material, de modo que nem a semelhança conceitual das infrações, do bem jurídico afetado por elas, e nem a identidade terminológica em ambos os mundos, são capazes de ultrapassar essa diferença. E principalmente, o autor alerta que no plano processual, a prova digital não pode ser considerada como uma derivação da prova física, pois tratam-se de realidades distintas que deverão ser objeto de diferentes enquadramentos jurídicos, livres de amarras da analogia e da subsidiariedade de regimes planejados para a prova física. Em razão disso, a prova digital deve ser dotada de um regime autônomo, com mínimas e apenas necessárias remissões para normas aplicáveis ao mundo físico, tendo em vista o conjunto de especificidades pertencentes a prova e ao mundo digital, tornando imperioso a existência de normas que contemplem estas especificidades, incluindo garantias de fidedignidade na recolha e preservação da cadeia de custódia da prova recolhida. (MARTINEZ, 2018, p. 18-19).

Nesse contexto, no plano internacional, surgiu a Convenção sobre Cibercrime em 2001, durante a Conferência Internacional sobre Cibercriminalidade, em Budapeste, no qual traçaram como objetivos aos países ratificantes, a criação de tipos penais comuns entre os Estados, a criação de medidas processuais para o recolhimento da prova em ambiente virtual e, por fim, a cooperação internacional, já que esta espécie de criminalidade não respeita fronteiras (BATISTA, 2018, p.19). Assim, mais precisamente dentro do segundo objetivo traçado na Convenção, isto é, como meio de obtenção de prova, está a inserção de *malware* em dispositivos eletrônicos de pessoas investigadas a fim de captar os rastros digitais que eventualmente se encontram armazenados em seus dispositivos.

Este meio de obtenção de prova consubstancia na inserção *in locu* ou via internet no aparelho informático visado, sem o conhecimento e a vontade da pessoa perquirida, propiciando aos investigadores amplos poderes, como o acesso à conteúdos já produzidos, assim como dados produzidos em tempo real. Quanto a este método, não obstante o combate à nova criminalidade legitime os novos meios de obtenção de prova, não se pode perder de vista que a obtenção da prova digital, assim como os meios para tal, representam violações aos direitos e garantias previstos no texto Constitucional, e em razão disso, devem ser utilizados somente quando absolutamente necessário, dentro

dos ditames da proporcionalidade e do dever de fundamentação das decisões judiciais (OLIVEIRA, 2017, p.27).

Isto pois, a inserção do *malware* em sistemas informáticos transcende a mera interceptação telefônica, já que permite ao investigador não somente o acesso em tempo real aos dados daquela máquina, assim como seus dados pretéritos e futuros. Não somente, permite uma monitorização domiciliar e direta dos indivíduos, com a ativação de câmeras e microfones (BATISTA, 2018, p. 25).

O conceito *malware* surge da conjugação entre o adjetivo “malicioso” e o substantivo “software”, ou seja, é um dispositivo especialmente criado para se infiltrar ou danificar um sistema informático sem conhecimento nem consentimento do seu proprietário (...). Por outras palavras, o *malware* é um software, aparentemente inofensivo que, no fim de instalado num determinado sistema informático, permite ao ‘atacante’ aceder à informação nele contida, monitorizar a sua atividade, desativar ou ativar as funcionalidades de hardware e apropriar-se, eliminar e/ou alterar dados informáticos. Existem vários tipos de *malware*, isto é, vários géneros de softwares que podem ser instalados e utilizados secretamente e sem autorização do seu utilizador, de modo a comprometer as funções do sistema informático (BATISTA, 2018, p. 25-26).

É elementar, ainda, que esta intervenção, seja de qualquer espécie ou grau de ingerência, esteja submetida à jurisdição, já que é atribuição do Poder Judiciário assegurar a proteção dos direitos fundamentais face ao interesse público, ou sacrificá-lo quando estritamente necessário, conforme dita o art. 5º, inciso XII da Constituição Federal. Por outro lado, exige-se dos meios de obtenção de prova, ainda mais aqueles que violam direitos constitucionalmente assegurados, o respeito à legalidade estrita. À exemplo da pena e do tipo penal, as diligências persecutórias que visam instruir a investigação devem estar previstas em Lei (GUARDIA, 2012, p. 150).

Portanto, resta claro que através do *malware*, a investigação criminal em espaço virtual ganha uma dimensão extremamente eficaz, já que garante um acesso ilimitado, de acordo com a espécie infiltrada naquele dispositivo. Por outro lado, traz alguns desafios preocupantes, como por exemplo a necessidade de se preservar a cadeia de custódia da prova, além disso, como

será melhor enfrentado a seguir, não há no ordenamento jurídico brasileiro qualquer norma que permita, expressamente, o uso de inserção de instrumentos ocultos em sistemas informáticos (SILVEIRA, 2016, p. 18). Ademais, existe a discussão sobre a possibilidade de aplicação de outras normas em analogia, encontrando uma base legal no ordenamento pátrio que permita a utilização de *malware* como meio de obtenção de prova.

Diante dessas lacunas, qualquer legislação que busque regulamentar o procedimento deve guardar atenção à proporcionalidade, já que o meio utilizado deve ter justificção ante a sua finalidade, isto é, o delito investigado necessariamente deverá ser grave, e aquele meio de obtenção de prova a última guarida da persecução.

A necessária justificção teleológica consubstancia a noção de justo no processo. A imposição de uma medida gravosa ao investigado não pode dissociar-se do valor de justiça. Assim, o escopo constitucionalmente legítimo é aquele que mais se aproxima da realização da segurança nacional, da segurança pública, do bem-estar econômico do Estado, da defesa da ordem e da prevenção das infrações penais, da defesa da saúde e das liberdades públicas, e sobretudo da dignidade do homem.

(...)

Absolutamente vedada a intervenção voltada a investigações genéricas de possíveis infrações, medida própria do sistema inquisitivo e incompatível com as garantias do processo segundo os ditames do *due processo of law*. A quebra do sigilo das comunicações não se presta ao desiderato de prevenir ou descobrir delitos sem que haja base fática concreta (GUARDIA, 2012, p.151).

Interessante, por fim, destacar que para Campos (2019), além da possível violação da cadeia de custódia da prova, o mencionado método oculto de prova possui vasta danosidade social, já que permite uma busca vaga e genérica, verdadeiro exercício de *fishing expedition*, atingindo um número elevado de pessoas, que transcende a figura do investigado, violando sigilos bancários, de correspondência e a privacidade. Ademais, faz-se possível o recolhimento de enorme quantidade de informações armazenadas no dispositivo e àquelas produzidas em tempo real.

3. A impossibilidade do uso análogo de outros dispositivos normativos e o princípio da reserva legal

É consentâneo que o Código de Processo Penal brasileiro adotou o sistema de liberdade de meios de provas, isto é, que a parte processual produzirá as provas sem ficar adstrito ao rol constante em lei. Primeiramente, deve-se entender como meios de prova os instrumentos processuais e materiais aptos a trazer ao processo a convicção da existência ou inexistência de um fato. No Código de Processo Penal, em seus arts. 158 a 250, estão listados os meios legais de prova que não se tratam de um rol taxativo, desde que não violem princípios e garantias fundamentais. Tanto na doutrina e jurisprudência é uníssono que não vigora no processo penal um sistema rígido de taxatividade dos meios de prova, portanto, são admissíveis meios de prova não disciplinados em lei, desde que não violem direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal e a própria Lei (BADARÓ, 2016, p. 344).

Nesse sentido, conforme mencionado alhures, os meios de prova atípicos estão subordinados aos limites constitucionais e legais, tais como, a vedação das provas obtidas sob tortura, coação, com ofensa da integridade pessoal, com violação à intimidade da vida privada, ao domicílio, às correspondências e telecomunicações (SILVEIRA, 2016, p. 16). Todavia, quando houver a necessidade de violação a qualquer direito ou garantia fundamental, estará vigente o princípio da reserva legal, isto é, somente será admissível caso houver previsão legal, conforme denota-se no caso do uso de *malware*. Nesse sentido, imperioso destacar a lição doutrinária:

Nesse sentido, não se pode admitir que um meio de obtenção de prova que fere de maneira inquestionável, e talvez até incomparável, a área nuclear e inviolável da intimidade e a confidencialidade e integridade dos sistemas informáticos, explore os silêncios e lacunas da lei e venha a ser legitimado pelo interprete do direito com base nos dispositivos analisados anteriormente, que não dão azo suficiente para que a medida marque presença no cotidiano dos tribunais e dos cidadãos. Mas da mesma maneira, não pode o

legislador fechar os olhos para esse problema e abrir mão da utilização de um recurso tão eficiente para obtenção de prova, que pode se mostrar como uma verdadeira arma no combate aos tipos mais extremos de criminalidade (MARTINEZ, 2019, p. 118).

Por se tratar de um meio oculto e representar elevado sacrifício de direitos fundamentais, deve estar expressamente sob a exigência de reserva de lei, já que a lei deixará claro o bem jurídico e o direito fundamental lesado ou atingido, assim como o grau de sacrifício que deve sofrer este bem jurídico, as finalidades e os limites dentro da proporcionalidade constitucional. Em caso contrário, serão admitidas pesquisas excessivas e exploratórias que violem a proporcionalidade e a subsidiariedade, transcendendo qualquer necessidade legítima de investigação. Posto isso, não há como se admitir o uso análogo de outras normas para legitimar métodos de busca de provas extremamente intrusivos, incumbindo ao legislador definir os limites e momentos em que devem ser usados. É incumbência do Estado definir até onde a *persecutio criminis* e o *ius puniendi* pode afetar direitos, liberdades e garantias de cidadãos presumivelmente inocentes para obtenção de provas (MARTINEZ, 2019, p. 120).

O primeiro direito fundamental violado através da inserção de *malware* em equipamentos informáticos é o direito à intimidade. O referido direito encontra guarida no artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e no artigo 17 do Pacto Internacional de Direitos Políticos e Civis. No ordenamento jurídico brasileiro, este direito é tutelado no art. 11 ao 21 do Código Civil e no art. 5º, inciso X da Constituição Federal.

Silveira (2016, p. 24), com base na doutrina e jurisprudência alemã, faz uma distinção de três áreas da vida que merecem observância: a vida íntima, a vida privada e a vida pública. A vida íntima se relaciona aos aspectos da vida que devem ser protegidos em absoluto, não se admitindo qualquer intromissão, tampouco qualquer juízo de proporcionalidade. Por outro lado, a vida privada se refere aos acontecimentos compartilhados com um pequeno nicho de pessoas. Diante disso, ante à disponibilidade pelo próprio indivíduo,

poderá ser sacrificada em sede de prova em processo penal, desde que adstrita aos princípios da proporcionalidade e subsidiariedade.

O Tribunal Constitucional também já por múltiplas vezes se pronunciou sobre o conteúdo da reserva da intimidade da vida privada, cabendo dar destaque à noção adoptada no Acórdão n.º 128/92: “o direito de cada um ver protegido o espaço interior ou familiar da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias. (...) neste âmbito privado ou de intimidade está englobada a vida pessoal, a vida familiar, a relação com outras esferas de privacidade (v.g. a amizade), o lugar próprio da vida pessoal e familiar (v.g. o lar ou o domicílio), e bem assim os meios de expressão e comunicação privados (a correspondência, o telefone, as conversas orais, etc.) (SILVEIRA, 2016, p. 25).

É possível identificar, também, violação ao direito fundamental à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, presentes no ordenamento jurídico brasileiro no art. 5.º, XI e inciso XII, ambos da Constituição Federal. Quanto à inviolabilidade do domicílio, SARLET e NETO (2016, p. 547) conceituam a ideia de domicílio de forma mais ampla, como um espaço elementar para o livre desenvolvimento da personalidade:

Quanto ao primeiro ponto (a), ou seja, qual o conceito de domicílio para efeitos da delimitação da proteção com base no art. 5.º, XI, da CF, há que retomar a vinculação da inviolabilidade do domicílio com a proteção da vida privada e garantia do livre desenvolvimento da personalidade. A inviolabilidade do domicílio constitui direito fundamental atribuído às pessoas em consideração à sua dignidade e com o intuito de lhes assegurar um espaço elementar para o livre desenvolvimento de sua personalidade, além de garantir o seu direito de serem deixadas em paz, de tal sorte que a proteção não diz respeito ao direito de posse ou propriedade, mas com a esfera espacial na qual se desenrola e desenvolve a vida privada. Por tal razão, o direito do domicílio, isto é, a garantia de sua inviolabilidade, não implica um direito ao domicílio.

Tal noção corresponde, em termos gerais, ao entendimento dominante na esfera tanto do direito internacional dos direitos humanos, quanto ao que se pratica no direito constitucional comparado, pelo menos, cuidando-se de autênticos Estados Democráticos de Direito. Assim, apenas em caráter ilustrativo, doutrina e jurisprudência constitucional espanhola afirmam a existência de um nexo indissolúvel entre a inviolabilidade do domicílio e o direito à intimidade, que implica, em princípio, um conceito constitucional mais ampliado de domicílio que o convencional conceito jurídico-privado ou mesmo jurídico-administrativo, o que também se constata no caso do direito português e alemão, sempre a privilegiar um conceito amplo de

domicílio e destacando sua conexão com a garantia da dignidade humana e de um espaço indevassável para a fruição da vida privada (SARLET; NETO, 2016, p. 547).

Neste caso, o domicílio seria violado na medida em que certas modalidades de *malware* permitem ativar a câmera ou o microfone do equipamento informático visado, isto é, haveria uma invasão do domicílio mediante meios tecnológicos e virtuais, que captariam conversas e imagens da vida privada, íntima e familiar dos moradores. A inviolabilidade do domicílio é seguramente incompatível com tais mecanismos de proteção da vida humana, no sentido de o investigador poderá monitorar, não só o investigado, em tempo real, mas toda a sua habitação, sem o conhecimento destes (SILVEIRA, 2016, p. 27-28).

Quanto à violação do sigilo das correspondências e dos dados, ocorre no sentido de que não se pode enquadrar o presente caso como uma mera interceptação telefônica, já que esta modalidade demanda que a interceptação ocorra sem a anuência de ambos os interlocutores, e que seja captado somente aquilo que está sendo momentaneamente produzido. Como já mencionado, o meio oculto de provas permite o acesso ao conteúdo já produzido e aquele que está sendo produzido em tempo real, isto é, uma somatória entre o acesso às correspondências e a interceptação telefônica, o que nos permite dizer que esta matéria não estaria abarcada pelas exceções ao inciso XII, do art. 5º da Constituição Federal, ou seja, ausente qualquer aplicabilidade da Lei nº 9296/96.

Posto isso, não obstante vigore no Direito Processual Penal pátrio a regra da não taxatividade dos meios de prova, e, por conseguinte, é admissível a utilização de meios de obtenção da prova não previstos em lei, não se pode admitir qualquer meio de obtenção da prova que ultrapasse os limites constitucionais e legais e corrompa as finalidades da estrutura do processo penal de um Estado democrático de direito (CAMPOS, 2016, p. 66). A título de exemplo CAMPOS (2016, p.67-74), demonstra que no direito comparado, a

exigência de lei específica para o uso do *malware* prevaleceu. Não somente, estas legislações internacionais adotaram como requisito elementar que a Lei traga um rol taxativo de delitos onde se faz possível o uso, aos moldes, no caso brasileiro, da Lei nº 9296/96, bem como, que seja utilizado para um delito já investigado e não para a descoberta de novos delitos. Isto é, com amparo no princípio da proporcionalidade e da subsidiariedade, nunca deve ser utilizado como o primeiro método de obtenção de prova.

Neste íterim, a busca da verdade, a persecução penal, o *ius puiendi* e a realização da justiça têm limites claros impostos pela Constituição, o que obriga especial apreço e respeito pelos direitos fundamentais, a fim de preservar o livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa humana (SILVEIRA, 2016, p. 33). Conforme será melhor explorado a seguir, não é suficiente que a Constituição chancele exceções e preveja restrições a direitos e garantias constitucionalmente protegidos, bem como, que a Lei regule tais exceções. É necessário, ainda, atender aos ditames do princípio da proporcionalidade e subsidiariedade.

4. O julgamento do RHC 99735/SC como paradigma da jurisprudência brasileira

O julgamento do RHC 99735/SC pode ser visto, na jurisprudência brasileira, como um divisor de águas em relação à matéria do uso do *malware* enquanto instrumento legítimo de prova no processo penal brasileiro. Inicialmente, contudo, é necessário estabelecer de maneira fidedigna, o que o STJ decidiu em relação ao espelhamento do aplicativo de conversas WhatsApp Web. Há uma relevante diferença entre a possibilidade do uso da Lei 9296/96, por meio de ordem judicial, do conteúdo existente no aparelho celular do investigado, com o efetivo acesso da autoridade policial e do espelhamento das conversas existentes por meio do WhatsApp Web, esta vedada pelo STJ.

As razões que levaram o Tribunal da Cidadania a vedar o espelhamento foram as seguintes: no aplicativo WhatsApp Web, o investigador pode alterar as conversas ali presentes, atuando como participante ativo das conversas, gerando dúvidas sobre a fidedignidade do presente no aparelho. Além disso, o investigador pode acessar informações anteriores à autorização judicial (*extunc*) e não apenas as futuras (*ex nunc*), contrariando o princípio da presunção de inocência e, bastando que o aparelho fique em posse do investigador por curto período de tempo, as informações policiais sobre o procedimento realizado seriam consideradas informações absolutas e, diante disso, não passariam pelo crivo do contraditório e da ampla defesa.

No RHC aqui analisado, ficou observado pelo STJ que além da presunção de inocência, esculpida no rol do artigo 5º da Constituição Federal, os delitos informáticos devem ser analisados sob a ótica de uma dupla proteção do ditame da não culpabilidade. Assim fica delimitado:

Primeiro porque a identificação de uma ação delitiva cometida através de um computador apenas identifica o IP (Internet Protocol) da máquina, ou seja, o número identificador daquele dispositivo e daquele acesso à rede. Quando praticada por smartphone, também é identificado pelo número utilizado. Contudo, assim como identificar a arma de fogo não resolve a questão de autoria por ainda ser necessário identificar o responsável pelo disparo do projétil fatal – e a não identificação impede aquela certeza de autoria –, identificar o computador/tecnologia de onde partiram os comandos geradores da violação do bem jurídico nada representa se não se identificar o usuário responsável por eles. Aqui há elevado grau de incertezas. Aparatos normalmente são manipulados por usuários que nele inserem comandos. Assim é a regra. (SYDOW, 2017, p. 303).

Assim o sendo, o uso de provas digitais no processo penal deve ser analisado com cautela, pois é difícil localizar, de maneira precisa e inequívoca, quem de fato estaria enviando determinada mensagem que poderia ser utilizada como evidência da autoria de determinado delito. Esse é o entendimento:

Mas é possível afirmar que a demonstração eficaz de autoria apenas a partir de um dado apenas é bastante frágil. Por isso, identificamos uma importante característica das condutas informáticas denominada Imprecisão de Autoria que pode se dar por defeito na

composição da identidade ou por manipulação da autoria (própria ou por terceiro) (SYDOW, 2017, p. 303).

Postas essas questões, o RHC 99.735 ganhou contornos relevantes para o processo penal informático e relacionam-se com a aplicação do *malware* como instrumento legítimo da produção de provas no processo penal. Nesse sentido, é necessário compreender, conforme o acórdão do STJ assim o fez, que a utilização de instrumentos que permitam à autoridade policial colheita de provas digitais, devem ser lastreadas com irrestrito respeito aos ditames constitucionais da privacidade, intimidade e presunção de inocência.

A legislação penal, por outro lado, não consegue acompanhar os avanços tecnológicos experimentados, em especial na última década. Justamente por isso, cabe ao exegeta uma tarefa hercúlea no sentido de salvaguardar os Direitos e Garantias Fundamentais penais e processuais penais, em uma tarefa hermenêutica que consagre esses avanços, porém não retire da Constituição o seu aspecto protetivo.

Ficou consagrado nesse julgado do Tribunal da Cidadania, o que a doutrina vem denominando de direito probatório de terceira geração, em uma evolução ocorrida na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos (SCOTUS). Nessa geração probatória, a Corte assentou o entendimento de que a proteção constitucional à intimidade e à privacidade não pode ser limitada pelo Estado com o intuito de conseguir provas para o esclarecimento de determinados crimes, dentre os quais ficam destacados os cibernéticos.

O trecho seguinte sedimenta esse entendimento:

Logo, diante de tal conjuntura, concluiu a Suprema Corte que na eventualidade de a autoridade policial pretender utilizar-se de tecnologia até então não disseminada ao uso geral do público, mister se faz a obtenção de prévia autorização judicial, sem a qual tornar-se-á írrita as provas assim angariadas em diligência policial. Dessarte, insere-se nesse cenário as chamadas provas de terceira geração, também denominadas de direito probatório de terceira geração, que engloba as “provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais” (JACOB; FERREIRA, 2021, p.302).

Contudo, esse entendimento da Suprema Corte Norte-Americana foi construído de maneira gradativa, em um processo de constante evolução da sua jurisprudência. Inicialmente, em um processo da chamada primeira geração probatória, a SCOTUS assentou no caso *Olmstead* (1928) que não é necessária a autorização judicial quando autoridades policiais implementarem aparelhos tecnológicos em locais públicos e, a partir daquela situação, conseguirem elementos probatórios para a elucidação do crime. Nesse sentido, o processo penal ficou atrelado a uma noção de propriedade e não da pessoa humana, malgrado a devassa da propriedade individual por meio dessas tecnologias somente fosse possível através de uma decisão judicial.

Por outro lado, o chamado direito probatório de segunda geração representou um avanço importante na construção jurisprudencial concatenada com os ditames constitucionais. A partir do caso *Katz vs. United States* (1967), no qual foi plantado instrumento tecnológico que captou a conversa em cabine telefônica pública, houve o entendimento de que há no aparelho público em questão, uma legítima expectativa de que a sua intimidade será resguardada. Houve, portanto, invalidação das provas obtidas e uma mudança do paradigma da propriedade para o de proteção da pessoa humana.

Porém, conforme anteriormente mencionado, há a chamada terceira geração probatória, na qual a Suprema Corte entendeu, a partir do caso *Killo* (2001), que as autoridades policiais não podem utilizar, sem autorização judicial, aparelhos tecnológicos que não são acessíveis ao público em geral. O caso em tela é relacionado a *Danny Killo* e às autoridades policiais que desconfiaram de que ele plantava maconha no interior da sua residência. Contudo, os elementos presentes não eram o bastante para que um mandado judicial fosse possível de ser deferido. Nesse sentido, os policiais utilizaram equipamento que mede a radiação do calor das lâmpadas no interior da residência, pois o cultivo de maconha utiliza lâmpadas de alta intensidade.

Ao decidir o caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos determinou que no uso da tecnologia para conseguir provas no processo penal, o Estado policial deve sempre agir no sentido de considerar as tecnologias necessárias e acessíveis ao público em geral. Por outro lado, quando o uso de sofisticados equipamentos é imprescindível para uma correta aplicação da lei penal, a autorização judicial é fundamental.

A partir dessas premissas é que o STJ consignou, no RHC 99.735, com alicerce no direito probatório de 3ª geração, que possui como premissa básica a proteção dos Direitos Fundamentais frente à opulência estatal, a impossibilidade, sem autorização judicial, do espelhamento do WhatsApp via QR code e similares.

A Lei das Interceptações Telefônicas (Lei nº 9296/96.), portanto, não guarda relação íntima com o WhatsApp Web, pois a digressão legal não aponta para a possibilidade de tal meio probatório. Logo, pelo princípio da legalidade, falta previsão legal para um uso indiscriminado de elementos tecnológicos de elevada complexidade e invasão dos Direitos e Garantias Fundamentais. O RHC 99.735/SC, portanto, adotou a terceira geração probatória na condução do uso das tecnologias no processo penal e impôs limites constitucionais ao uso desses novos instrumentos a partir de uma leitura constitucional.

5. O novo meio de obtenção de prova: uma breve análise filosófica e constitucional dos desafios do uso do *malware* no processo penal democrático

Uma análise democrática do Direito Penal Informático deve ser sempre construída e pensada na ótica dos Direitos Humanos Fundamentais, com lastro na dignidade da pessoa humana. Nesse sentido específico, ao considerarmos a utilização de programas nos aparelhos eletrônicos com o intuito de produção de provas contra o investigado, é necessário considerar se

houve efetivo respeito à legalidade, à proporcionalidade, à dignidade da pessoa humana e aos demais ditames constitucionais inerentes ao processo penal garantista e democrático.

O combate à impunidade deve ser pautado por elementos concretos e relevantes ao efetivo respeito das formalidades processuais e da efetiva aferição da responsabilidade criminal ao caso concreto. A questão do uso do *malware*, enquanto instrumento legítimo de produção de provas no processo penal, é fruto da pós-modernidade e dos desafios inerentes ao Direito Penal em um processo de adaptação para os desafios das novas tecnologias.

O trecho seguinte abrange o afirmado acima:

Processos e procedimentos existem para imprimir certos valores na confecção de leis e de outros condicionantes estatais da ação humana. Como o Ciberespaço é uma terra sem valores inerentes, capaz de se adequar a qualquer realidade prevista no seu Código, por que não o fazer, naquilo que for possível, conformar-se aos valores previstos na Constituição de 1988(notadamente os direitos fundamentais)? Aqui, por exemplo, a liberdade irrestrita de troca de informações poderia ser restringida na regulamentação das fake news para assegurar a proteção da dignidade humana. Da mesma forma, certas informações de utilidade pública poderiam estar mais facilmente disponíveis aos nossos cidadãos cibernéticos. (ABBOUD, 2019, p. 295).

Fundamental é, a partir dessa breve introdução, realizar uma leitura filosófica e sociológica sobre o atual estado do Direito na contemporaneidade. A leitura da sociedade, para a teoria funcionalista, não pode ser feita a partir de um único mecanismo, seja ele a religião, o Direito, o poder e a economia. Nesse sentido, a sociedade é uma constituição multicêntrica e policontextual, com sistemas que coexistem e concorrem entre si. O Direito, portanto, é apenas um subsistema dentre outros no contexto social. Sendo assim, o Direito irrita e é irritado por outros subsistemas, como o político e o econômico, além de interferir e se acoplar a eles. O Direito não é, portanto, o que determina a lógica e a reprodução de todos os subsistemas com os quais se comunica, com limites e alcances bem mais limitados.

Na modernidade, houve o desencantamento do mundo, afastando a metafísica e a religião como fatores determinantes da vida entre os homens. Já na pós-modernidade, houve um novo desencantamento, pois não é possível mais operar com a certeza, mas sim, somente com a contingência. A contingência pode ser assim qualificada:

Contingente es algo que es como es, pero podría haber sido de otra forma. La contingencia remite a las otras posibilidades y a la necesaria selección. Cada acción realizada por una persona, cada elección atribuible a un sistema, son, entonces, producto de una selección en que ha dejado de lado otras alternativas. Contingencia es – al mismo tiempo – libertad de elección, pero obligación de elegir (RODRIGUEZ, 2001, p. 31).

A seguinte citação esclarece esse ponto:

É a participação nestes procedimentos que determina a legitimidade das decisões e, portanto, a legitimidade dos subsistemas em geral: é tanto inconcebível como impossível que essas decisões sejam ancoradas em valores ou normas compartilhados pela sociedade como um todo. Mas isso significa que Luhmann se desvencilhou de todos os vestígios do normativismo, incluindo aquela característica da teoria do sistema parsoniana, e desferiu um golpe contra todas as análises socialmente críticas, que necessariamente trabalham com conceitos de verdade e justiça. É unicamente a lógica dos subsistemas e dos seus procedimentos específicos que, em última instância, determina a sua estabilidade e dinâmica. Enquanto esses subsistemas são, em princípio, dependentes de seu ambiente, eles apresentam uma dinâmica própria; eles não podem nem ser controlados de fora por objetivos ou valores, nem são dependentes de valores externos (OAS; KNOBL, 2009, p. 346).

O funcionalismo vislumbra uma composição social atomizada, pulverizada na igualdade formal. A sociedade é, diante desse contexto, um organismo onde os homens são as células e a coletividade é marcada por relações específicas, as quais destinam a estabilidade e padronização de condutas. Logo, o funcionamento da estrutura social é garantido por atividades institucionalizadas.

O Direito é um sistema que opera no código legal/ilegal e procura estabelecer expectativas normativas que são diferentes das expectativas cognitivas. As cognitivas são aquelas advindas do conhecimento, mas não admitem desilusão quando determinada lei da física, por exemplo, for desobedecida, obrigando a revisão do conhecimento. Por outro lado, as

expectativas normativas advêm da norma, inclusive as penais, e não admitem o seu descumprimento. A pena ou sanção aparece como um elemento de recuperação da confiança que foi abalada na prática ilegal do infrator.

A teoria da autopoiese, nesse contexto, relaciona-se com o fato do ser humano ou organismo vivo atuar como um sistema operativamente fechado, mas cognitivamente aberto, pois sente os influxos do meio envolvente, isto é, as suas irritações e perturbações, por meio do *input*, que são irritações do meio, cujas respostas são motivadas e medidas de maneira proporcional às irritações advindas do meio envolvente de outros sistemas sociais.

Logo, no sistema penal contemporâneo, os principais fatores de irritação são as transformações de ordem técnica e os novos modos de organização econômica e política que, no contexto de globalização econômica, permitem o surgimento de uma criminalidade transnacional, com efeitos potenciais de largas proporções. O uso do *malware* está incluído nesse processo de irritação do sistema jurídico e deve ser analisado sobre o prisma da Constituição e dos Direitos Fundamentais.

Por outro lado, ao analisarmos os desafios da modernidade, na Teoria da Ação Comunicativa, o Direito é visto como instrumento de poder que regula a economia e as relações sociais, nas quais as possibilidades de emancipação da pessoa humana são mínimas. Avançando em sua proposta, aqui destacado o Direito, o Direito não é apenas um sistema, conforme a teoria funcionalista desenhou, malgrado possa também ser elemento de exercício do poder. Além disso, o Direito conecta demandas sociais ao mundo da vida, tendo o poder de alterá-lo, alinhando propostas de facticidade, ou seja, de coerções existentes à validade que dá legitimidade a demandas sociais.

Nesse sentido, o Direito procedimentaliza processos de discordância e possibilita que no dissenso haja integração social. Hodiernamente, há a construção de um sistema garantidor de liberdades assegurado pela força do Direito objetivo, possuindo o Direito um papel transformador e emancipador da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana possui, nesse contexto, relevância normativa fundamental na construção de um Estado Democrático de Direito e é atualmente positivada em diversas Constituições, como a brasileira, em seus artigos 1º, III e 170, caput da Constituição de 1988. Nesse sentido, a construção da cidadania é dada por elementos norteadores da democracia, capaz de unir o mundo da vida com as demandas sociais legítimas dos grupos vulneráveis.

Nesse sentido:

Somente uma cidadania democrática, que não se fecha num sentido particularista, pode preparar o caminho para um status de cidadão do mundo, que já começa a assumir contornos em comunicações políticas de nível mundial. (...). O estado de cidadão do mundo deixou de ser uma simples quimera, mesmo que ainda estejamos muito longe de atingi-lo. A cidadania em nível nacional e a cidadania em nível mundial formam um *continuum* cujos contornos já podem ser vislumbrados no horizonte (HABERMAS, 1997, p. 304).

Habermas, portanto, defende como vetor democrático, um deslocamento de elementos de poder administrativo e dinheiro para processos públicos autônomos de deliberação e em procedimentos autônomos de formação democrática da opinião e, em especial das vontades políticas, que devem ser institucionalizadas em função do Estado de Direito. Assim o autor se manifesta:

Assim como no modelo liberal, também na teoria do discurso os limites entre o Estado e a sociedade são respeitados; mas aqui a sociedade civil, como a base social de espaços públicos autônomos, distingue-se tanto do sistema da ação econômica quanto da administração pública. E dessa visão da democracia segue-se normativamente a exigência de um deslocamento do centro de gravidade da relação entre os recursos representados pelo dinheiro, pelo poder administrativo e pela solidariedade, dos quais as sociedades modernas se valem para satisfazer sua necessidade de integração e de regulação. As implicações normativas saltam à vista: a força da integração social que tem a solidariedade social, não obstante não mais poder ser extraída somente das fontes da ação comunicativa, deve poder desenvolver-se com base em amplamente diversificados espaços públicos autônomos e em procedimentos de formação democrática da opinião e da vontade políticas, institucionalizadas em termos de Estado de Direito; e, com base no meio do Direito, deve ser capaz de afirmar-se também contra os outros dois poderes- o dinheiro e o poder administrativo (HABERMAS, 1995, p. 48).

A democracia, para Habermas, portanto, pressupõe uma democracia lastreada na participação e deliberação, em busca da razão comum com o intuito de fortalecimento das instituições democráticas. Há, portanto, na construção do sistema jurídico e nas novas formas de tutela da pessoa humana e, mais especificamente, nas garantias processuais penais, o dever de alinhar o combate aos novos desafios da modernidade penal e das suas tecnologias, por meio da legalidade e proporcionalidade a uma escorreita aplicação do sistema constitucional.

Logo, não é vedado, por completo, o uso do *malware* como instrumento apto a produzir provas no processo penal informático. Contudo, o seu uso deve ser lastreado pelas limitações constitucionais e legais, sob pena de desvirtuação do processo constitutivo do sistema jurídico enquanto instrumento de consenso é fundamental para a construção democrática no Brasil.

6. Conclusão

A partir do exposto, observamos que o uso do *malware* é questão ainda polêmica no estudo da prova no processo penal brasileiro. Assim o sendo, é fundamental considerar que a sua aplicação somente pode ser utilizada a partir de fortes balizas constitucionais e jurisprudenciais, pois haveria um desvirtuamento do processo, visando a propriedade em detrimento da dignidade da pessoa humana.

Há, portanto, a possibilidade de aplicação dessa nova tecnologia no ordenamento jurídico brasileiro, em observância da 3ª onda da geração probatória e em irrestrito respeito à legalidade, proporcionalidade e excepcionalidade do caso concreto. Logo, inviável o seu uso irrestrito por parte das autoridades policiais, ao utilizar uma interpretação extensiva da Lei das Interceptações Telefônicas (Lei 9296/36), ao permitir que novas tecnologias,

como o *malware*, sejam aplicadas indistintamente, sem observação escorreita da lei processual. Os desafios dos sistemas do Direito Penal e Processual Penal Moderno não podem ser superiores ao respeito da dignidade humana e da liberdade do homem, bens fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Referências

- ABBOUD, Georges. Verdades inconvenientes sobre direito e ciberespaço: uma pequena introdução ao mundo digital. **Revista dos Tribunais**, v. 1000, p. 291-300, 2019.
- ALVES, Daniel Bento. Uso de "malware" em investigação criminal. **Actualidad Jurídica Uriá Menéndez**, España, v. 3, n. 47, p. 19-30, mar./2017.
- BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José R. S.; CINTRA, Lia C. B.; EID, Elie P. (coord.). **Garantismo processual**: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 219-260.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº RHC 99.735/SC**. Relator: Laurita Vaz. Brasília, DF, 12 de dezembro de 2018. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília.
- CAMPOS, Juliana Filipa Sousa. **O malware como meio de obtenção da prova em processo penal**. 2019. 139 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, [S.L.], n. 36, 1995.
- JACOB, Muriel Amaral; FERREIRA, Sander Silva. O espelhamento via Qr Code como meio híbrido de obtenção de prova e a sua (i) licitude à luz da Constituição Federal. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 37, n. 1, p. 285-310, jun./2021.
- LORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio Pinto; DENARDI, Eveline Gonçalves. A qualidade do ensino jurídico no Brasil: algumas transformações necessárias. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 106-118, set./2018.
- MARTINEZ, Thiago Hartmann. **Os direitos fundamentais X segurança pública**: a admissibilidade de métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital. 2019. 138 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.
- MENDES, Carlos Hélder C. Furtado. Dado informático como fonte de prova penal confiável(?): apontamentos procedimentais sobre a cadeia de custódia digital. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 61, n. 1, p. 31-61, nov./2019.
- OAS, Hans; KNOBL, Wolfgang. **Teoria Social**: vinte lições introdutórias. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.
- OLIVEIRA, Ana Teresa Seabra de. **Obtenção de prova digital**: utilização de malware pelos órgãos da polícia criminal. 2017. 81 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Minho, Braga, 2017.
- RODRIGUEZ, Darío. **La teoría de la sociedad. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann**. Santiago do Chile: Metapolítica, 2001.
- SAMPAIO, Tadeu Cincurá de A. S. A importância da metodologia da pesquisa para a produção de conhecimento científico nos cursos de pós-graduação: A singularidade textual dos trabalhos científicos jurídicos. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, v. 23, n. 26, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 544-562, jul./dez. 2013.

SERRANO, Manuel Martín. A comunicação na existência da humanidade e de suas sociedades. **Matrizes**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 11-20, 15 dez. 2009.

SILVEIRA, Maria Ana Barroso de Moura da. **Da problemática da investigação criminal em ambiente digital**: em especial, sobre a possibilidade de utilização de *malware* como meio oculto de obtenção de prova. 2016. 49 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Católica Portuguesa - Faculdade de Direito - Escola de Lisboa, Lisboa, 2016.

STARR, Adriana Galvão. A dificuldade de acesso ao conteúdo das mensagens ilícitas trocadas via WhatsApp para uso em procedimento de investigação e ação penal. **TRF3 - Caderno de Estudos 1 - Investigação e Prova nos Crimes Cibernéticos**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 7-352, jan./2017.

Artigo recebido em: 22/11/2025.

Aceito para publicação em: 29/11/2025.

Do déficit normativo à governança constitucional: releituras do mandado de injunção à luz das *injunctions* anglo-saxãs

From Normative Deficit to Constitutional Governance: Rereading the Writ of Injunction in Light of Anglo-Saxon Injunctions

Jamile Gonçalves Caliss¹

Eliana Franco Neme²

Renato Zanolli Montefusco³

Resumo: O presente artigo examina o mandado de injunção no constitucionalismo brasileiro contemporâneo, introduzindo a temática da insuficiência normativa estrutural que compromete a concretização dos direitos fundamentais e desafia a capacidade do Estado Democrático de Direito de oferecer respostas institucionais adequadas. A relevância e a originalidade do estudo decorrem da necessidade de reinterpretar o mandado de injunção para além de sua função corretiva tradicional, compreendendo-o como peça central de uma arquitetura constitucional de governança, especialmente em contextos marcados por complexidade social, aceleração tecnológica e omissões legislativas reiteradas. O problema de pesquisa que orienta a investigação consiste em compreender se, e em que medida, o mandado de injunção é capaz de enfrentar de forma consistente as omissões normativas, preservando simultaneamente a legitimidade democrática e o equilíbrio entre os Poderes. Assim, o objetivo do artigo é analisar a trajetória histórica, a evolução jurisprudencial, a transformação concretista do Supremo Tribunal Federal, o impacto da Lei 13.300/2016 e o diálogo possível com as *injunctions* anglo-saxãs, a fim de delinear o papel contemporâneo do instituto e suas projeções futuras. Metodologicamente, adota-se abordagem interdisciplinar que combina análise dogmática, reconstrução jurisprudencial, exame crítico de teoria constitucional, diálogo com sociologia das instituições e incursões de direito comparado. As conclusões indicam que o mandado de injunção se consolidou como instrumento indispensável para a efetividade dos direitos fundamentais, embora ainda enfrente desafios relacionados à coordenação entre Poderes, à necessidade de maior responsabilidade legislativa e ao risco de hipertrofia judicial. O estudo demonstra, ainda, que sua atuação tende a se expandir

¹ Doutorado em Direito com ênfase em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). Professora de Educação Superior da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG), Unidade Passos. Professora Titular Mestrado Profissional em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente na Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG), Unidade Passos. Professora Titular Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos na Universidade de Araraquara (UNIARA).

² Livre-Docente em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto FDRP/USP. Professora Titular Faculdade de Direito de Ribeirão Preto FDRP/USP.

³ Doutor em Ciência, Tecnologia e Sociedade pela Universidade Federal de São Carlos (PPGCTS-UFSCar). Professor de Ensino Superior Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG), Unidade Passos.

em áreas tecnológicas e regulatórias emergentes, sugerindo novas agendas de pesquisa orientadas à avaliação empírica de seus efeitos e ao desenvolvimento de modelos colaborativos de concretização constitucional.

Palavras-chave: Mandado de injunção. Omissão legislativa. Direitos fundamentais. Jurisdição constitucional. Efetividade constitucional. Governança democrática.

Abstract: This article examines the writ of injunction within contemporary Brazilian constitutionalism, addressing the broader problem of structural normative insufficiency that affects the implementation of fundamental rights and challenges the State's capacity to provide coherent institutional responses. The study's relevance and originality lie in proposing a renewed interpretation of the writ of injunction as a key component of constitutional governance, especially in contexts of social complexity, technological acceleration, and persistent legislative inertia. The research question guiding the investigation concerns whether, and to what extent, the writ of injunction can effectively confront legislative omissions while preserving democratic legitimacy and maintaining institutional balance. The article aims to analyze the historical evolution of the remedy, its jurisprudential transformation, the concretist turn of the Supreme Federal Court, the impact of Law 13.300/2016, and its comparative dialogue with Anglo-American injunctions, in order to delineate the contemporary role of the instrument and its future implications. Methodologically, the study adopts an interdisciplinary approach that combines doctrinal analysis, jurisprudential reconstruction, critical constitutional theory, sociological perspectives on legal institutions, and comparative law. The findings indicate that the writ of injunction has become essential for the protection and materialization of constitutional rights, although it still faces challenges involving institutional coordination, legislative responsibility, and the risk of judicial overreach. The article concludes that the instrument is likely to expand into emerging technological and regulatory fields, thus opening avenues for empirical research and for the construction of collaborative models of constitutional implementation.

Keywords: Writ of injunction. Legislative omission. Fundamental right. Constitutional adjudication. Constitutional effectiveness. Democratic governance.

1. Introdução

Tendo como pano de fundo a persistência de omissões legislativas que desidratam a força normativa da Constituição de 1988, este artigo investiga em que medida o mandado de injunção, especialmente no regime consolidado pela Lei 13.300/2016, pode ser reinterpretado como instrumento de governança constitucional, isto é, como técnica decisória voltada a impedir que déficits normativos reiterados convertam direitos fundamentais em promessas meramente programáticas. O problema de pesquisa consiste em

delimitar até onde o mandado de injunção pode enfrentar omissões normativas de modo consistente sem degradar a legitimidade democrática e o equilíbrio entre os Poderes, examinando, para esse fim, sua evolução jurisprudencial e a racionalidade de suas respostas provisórias.

Parte-se da hipótese de que a virada concretista do STF e sua posterior positivação deslocaram o mandado de injunção de um remédio predominantemente declaratório para um mecanismo de integração normativa calibrada, com afinidades funcionais, embora não identitárias, com *injunctons* e *structural remedies* anglo-saxões. Metodologicamente, combina-se análise dogmática e reconstrução jurisprudencial do STF com direito comparado (*equity* inglesa e experiência norte-americana de litígios estruturais), além de avaliação crítica dos limites institucionais do transplante conceitual. Ao final, sustenta-se que a utilidade do instituto cresce precisamente onde a política falha de modo persistente, mas que sua legitimidade depende de provisoriedade real, parcimônia normativa e desenho dialógico capaz de reimputar responsabilidade ao legislador.

Assim estruturado, o artigo busca demonstrar que o Mandado de Injunção brasileiro, embora permaneça vinculado ao modelo *civil law* e ao desenho constitucional de 1988, passou a aproximar-se de uma lógica remediadora mais complexa, capaz de operar com efeitos prospectivos, impor condutas estatais e promover ajustes institucionais graduais. A análise comparada com as *injunctons* permite compreender os elementos que favorecem esse alinhamento e os fatores que o limitam, oferecendo uma leitura renovada do papel das cortes constitucionais em democracias marcadas por déficits legislativos persistentes.

2. Omissões inconstitucionais e a crise da efetividade constitucional

A compreensão das omissões inconstitucionais no constitucionalismo brasileiro exige superar uma leitura meramente procedimental do fenômeno. A omissão não é apenas ausência de lei, mas um déficit institucional que corrói a força normativa da Constituição e compromete sua aptidão para orientar políticas públicas. Como é possível observar (Canotilho, 2003), a Constituição mantém seu caráter jurídico quando acompanhada de mecanismos efetivos de implementação; sem eles, tende a converter-se em promessa política desprovida de densidade normativa. Essa disjunção entre norma e realidade incide com especial gravidade sobre grupos socialmente vulneráveis, para os quais a não regulamentação opera como forma silenciosa de exclusão.

A Constituição de 1988, ao adotar projeto dirigente e consagrar catálogo robusto de direitos, pressupôs atuação cooperativa entre os Poderes para viabilizar prestações sociais, econômicas, culturais e ambientais. O caráter expansivo e transformador do texto reforça sua vocação normativa, mas também amplia a exposição a omissões, seja pela complexidade técnico-regulatória, seja pela resistência política em enfrentar temas distributivos sensíveis (Barroso, 2017). Por isso, a omissão deve ser lida como falha de conformação do programa constitucional, pois, ela frustra a passagem do direito enunciado ao direito exercitável.

Em termos dogmáticos, as omissões podem ser absolutas, quando inexistem parâmetros normativos mínimos, ou parciais, quando a disciplina é insuficiente, fragmentária ou seletiva. Há, ainda, omissões impróprias, particularmente corrosivas, pois criam aparência de cumprimento constitucional enquanto perpetuam desigualdades e lacunas de proteção (Sarlet, 2007). Em qualquer dessas hipóteses, o núcleo do problema é o mesmo: direitos permanecem formalmente reconhecidos, mas materialmente indisponíveis.

No Brasil, a crise de efetividade constitucional tem raízes no acúmulo histórico de comandos dependentes de regulamentação, sobretudo no campo

dos direitos sociais (Silva, 2009). A consequência é a produção de uma cidadania condicional: milhões de pessoas tornam-se reféns de inércias legislativas em áreas decisivas para a vida digna. Em contextos de conflito distributivo e instabilidade política, a tendência é deslocar para as cortes o custo de decisões impopulares, convertendo omissões em gatilhos de judicialização (Hirschl, 2004). A omissão deixa, assim, de ser mero descumprimento formal e passa a operar como problema democrático estrutural, porque compromete a legitimidade do sistema representativo ao frustrar expectativas constitucionais reiteradamente assumidas e não cumpridas (Clève, 1995).

Esse deslocamento decisório produz um duplo efeito. De um lado, a judicialização pode funcionar como barreira contra a invisibilização política de grupos vulneráveis; de outro, intensifica tensões interinstitucionais e pressiona a legitimidade do Judiciário quando as respostas assumem feição estrutural (Sunstein, 2001). Foi precisamente nesse contexto que, a partir dos anos 2000, o Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer que a mera declaração de omissão era insuficiente para proteger direitos, evoluindo para soluções concretistas. Essa virada não se explica adequadamente como voluntarismo, mas como resposta pragmática a omissões persistentes: a Corte passou a admitir parâmetros normativos provisórios, movimento posteriormente estabilizado pela Lei 13.300/2016, que fortaleceu o mandado de injunção como mecanismo de integração supletiva (Mendes, 2018).

A expansão da jurisdição constitucional diante de déficits normativos recoloca o debate sobre capacidade institucional e limites do remédio judicial. Decisões judiciais podem ser simbolicamente relevantes, mas tendem a produzir transformações sociais restritas se não houver adesão e implementação por atores políticos e administrativos (Rosenberg, 1991). Ao mesmo tempo, quando a omissão inviabiliza a fruição do direito, a própria exigência de otimização de princípios torna-se bloqueada: a ponderação dentro das possibilidades fáticas e jurídicas pressupõe, em larga medida, um

mínimo de normatividade habilitante (Alexy, 2009). O problema, portanto, não é apenas o “espaço” do Judiciário, mas a falta de condições institucionais para que o sistema político cumpra o programa constitucional.

Além disso, as omissões frequentemente reproduzem desigualdades estruturais: grupos com capacidade de organização e pressão conseguem impulsionar regulações favoráveis, enquanto grupos vulneráveis permanecem fora do radar deliberativo, fenômeno próximo é descrito como injustiça estrutural (Young, 2006). Nesse sentido, a omissão não é neutralidade, mas mecanismo de distribuição assimétrica de proteção. Por isso, o mandado de injunção emerge como resposta constitucional à falha sistêmica, inicialmente concebido para suprir omissões impeditivas do exercício de direitos e, progressivamente, orientado a produzir proteção eficaz em ambiente institucional fragmentado.

A omissão prolongada, por fim, também pode ser lida como déficit deliberativo, na medida em que enfraquece a capacidade do sistema democrático de transformar demandas normativas em decisões vinculantes (Habermas, 1997). A inação parlamentar abre espaço para ocupações normativas pelo Executivo via regulamentos e para integrações supletivas pelo Judiciário, reconfigurando o equilíbrio entre Poderes e tensionando concepções clássicas de separação funcional. Nesse cenário, a legitimidade do remédio judicial deve ser avaliada também em chave substancial: decisões orientadas por princípios podem realizar uma democracia mais consistente do que majoritarismos indiferentes a minorias e vulneráveis (Dworkin, 1999). Ainda assim, remédios estruturais exigem prudência, pois ordens amplas podem exceder capacidades institucionais dos tribunais e gerar efeitos contraproducentes (Fiss, 1984).

Em síntese, as omissões legislativas no Brasil figuram entre os maiores desafios à efetividade constitucional. Elas não se resolvem por declarações formais de inércia, mas exigem respostas juridicamente densas e institucionalmente calibradas, capazes de proteger direitos sem converter a

jurisdição constitucional em substituto permanente da deliberação democrática. É nesse ponto que o diálogo comparado com modelos anglo-saxões de *injunctions* e remédios estruturais pode ser heurístico, desde que usado em chave funcional e crítica, para compreender o mandado de injunção como técnica de proteção contra déficits normativos reiterados, sem naturalizar transplantes institucionais.

3. Mandado de Injunção e a estrutura das omissões constitucionais: fundamentos, evolução e desafios contemporâneos

A compreensão do Mandado de Injunção demanda articular sua gênese, sua função no projeto constitucional de 1988 e a trajetória interpretativa construída nas últimas décadas. Embora concebido para enfrentar a ausência de norma regulamentadora indispensável ao exercício de direitos, o instituto traduz uma concepção mais exigente de constitucionalismo: a força normativa da Constituição depende de mecanismos capazes de reagir às omissões do legislador e impedir que comandos constitucionais permaneçam inexercitáveis. Desde a Constituinte, já se advertia que a previsão do remédio constitucional implicava reconhecer a inatividade legislativa como obstáculo potencialmente estrutural ao programa constitucional, legitimando a atuação judicial como garantia última da funcionalidade do texto (Canotilho, 2003; Clève, 1995).

A formulação inicial do instituto, contudo, foi marcada por deferência ao legislador. A jurisprudência originária do Supremo Tribunal Federal limitava-se, em regra, à declaração de mora legislativa, com comunicação ao órgão competente e suspensão do processo, sob o argumento de evitar interferência indevida no espaço político e preservar a separação de poderes no contexto de redemocratização (Baracho, 1996; Bastos, 1991). Essa autocontenção assumia, portanto, uma racionalidade institucional: manter a legitimidade democrática do Judiciário por meio de contenção decisória.

Ocorre que a expectativa de autorregulação legislativa célere não se confirmou. A persistência de normas constitucionais sem regulamentação produziu vulnerabilidades jurídicas e comprometeu a concretização de direitos fundamentais, evidenciando a insuficiência do modelo não concretista. Como sé possível sustentar (Sarlet, 2007), tutela judicial reduzida a gesto simbólico não satisfaz a exigência de proteção mínima do direito fundamental. Nesse cenário, o acúmulo de omissões, inclusive de natureza estrutural, impulsionou a migração gradual para soluções concretistas, associadas a casos paradigmáticos como o MI 283 e o MI 670, nos quais o STF passou a admitir parâmetros provisórios para viabilizar o exercício do direito até a atuação do legislador.

Essa inflexão representou mudança paradigmática. Consolidou-se a percepção de que a efetividade constitucional não pode ser condicionada exclusivamente à iniciativa legislativa quando a omissão é reiterada, sob pena de esvaziamento da força vinculante da Constituição. Embora não caiba ao Judiciário substituir integralmente o legislador, tampouco lhe é permitido tolerar que a ausência de regulamentação torne inócuos comandos constitucionais, sobretudo quando o bloqueio normativo alcança direitos fundamentais (Barroso, 2017).

A experiência brasileira também dialoga, em chave funcional e não transplantável, com modelos estrangeiros de enfrentamento da insuficiência normativa. No direito norte-americano, as *injunctions* e, em particular, os litígios estruturais evidenciam que a jurisdição pode assumir papel ativo na implementação de direitos quando a política majoritária falha em produzir respostas adequadas, sem que isso se reduza a voluntarismo judicial (Fiss, 1978; Chayes, 1976; Sunstein, 2001). No Reino Unido, a tradição das *injunctions* nos tribunais de *equity* igualmente revela uma racionalidade de suprimento equitativo de lacunas, ainda que em arquitetura institucional distinta (Maitland, 1936; Dawson, 1968). Essas experiências iluminam o

Mandado de Injunção como técnica de proteção contra bloqueios normativos, desde que se reconheça a especificidade do desenho constitucional brasileiro.

No plano interno, a consolidação do concretismo foi estabilizada pela Lei 13.300/2016, que reconheceu a possibilidade de fixação de medidas normativas provisórias quando a omissão inviabiliza o exercício de direitos. Ao atribuir provisoriedade às soluções judiciais e vinculá-las à futura atuação legislativa, a lei pretendeu compatibilizar efetividade e separação de poderes, preservando a centralidade democrática do processo legislativo sem sacrificar a fruição do direito (Mendes, 2018).

Persistem, ainda assim, questões teóricas sobre a extensão adequada da atuação judicial diante de omissões prolongadas. A literatura contemporânea enfatiza que decisões devem ser eficazes, mas institucionalmente calibradas: compete ao Judiciário oferecer balizas mínimas que tornem o direito exercitável, evitando detalhamento excessivo que transborde a competência judicial e degrade a racionalidade deliberativa do Legislativo (Alexy, 2009; Barak, 2006; Fallon, 2008). Tal perspectiva converge com modelos de diálogo interinstitucional nos quais a proteção de direitos resulta de interação e responsabilização recíproca entre os Poderes, e não de hegemonia institucional (Tushnet, 2008; Waldron, 2006).

O problema se torna mais agudo quando a omissão é estrutural. Em domínios como saúde, inclusão, proteção de grupos vulneráveis e direitos sociais, a edição de uma lei pode ser condição necessária, mas não suficiente para reverter déficits persistentes de implementação. Nesses casos, o Mandado de Injunção pode operar como indutor de reordenação institucional mais ampla, o que coloca em pauta capacidade de coordenação, desenho de remédios e, eventualmente, algum grau de monitoramento. Embora o Brasil não tenha consolidado instrumentos de supervisão contínua comparáveis aos do Judiciário norte-americano, a experiência nacional com litígios de forte impacto coletivo, como aqueles relativos ao sistema penitenciário e a políticas públicas de saúde, sugere crescente reconhecimento de que certas omissões

demandam respostas judiciais mais complexas do que a simples declaração de mora.

A trajetória do Mandado de Injunção revela, assim, um laboratório constitucional de manejo das relações entre Legislativo e Judiciário em um ambiente marcado por disfunções legislativas persistentes. Sob a lente do constitucionalismo transformador, a efetividade dos direitos depende de um ecossistema institucional capaz de produzir cooperação e responsabilidade compartilhada, evitando tanto a abdicação legislativa quanto a captura judicial do espaço político (Dixon, 2017; Gargarella, 2014). Nesse contexto, o Mandado de Injunção desempenha papel singular ao tornar visível e juridicamente relevante a insuficiência normativa, impondo ao sistema político o enfrentamento do déficit.

Portanto, o Mandado de Injunção constitui resposta institucional às omissões legislativas que dificultam a realização do projeto constitucional de 1988. Sua evolução reflete o esforço de equilibrar proteção efetiva de direitos e respeito à separação de poderes, exigindo do Judiciário sensibilidade institucional, fundamentação reforçada e compromisso com a integridade constitucional, sobretudo quando a omissão se converte em padrão e não em exceção.

4. A evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal: da autocontenção à posição concretista

A trajetória jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em torno do Mandado de Injunção é um dos movimentos interpretativos mais significativos do constitucionalismo brasileiro pós-1988. A passagem do modelo autocontido para a posição concretista não se resume a uma escolha técnica sobre efeitos processuais: ela expressa uma disputa de fundo sobre o que significa garantir a força normativa da Constituição em um contexto de

omissões legislativas reiteradas, isto é, em que a ausência de regulamentação deixa de ser exceção e passa a operar como padrão de bloqueio de direitos.

Nos primeiros anos após a promulgação da Constituição, o STF assumiu postura marcadamente autocontida. Predominou a compreensão de que o mandado de injunção não autorizava o Judiciário a produzir “normatividade” em substituição ao legislador, sob pena de violação à separação de poderes. Assim, o remédio era reduzido, em geral, à declaração de mora legislativa e à comunicação ao órgão competente, sem a fixação de parâmetros aplicáveis ao caso concreto (Bastos, 1991; Baracho, 1996). Dogmáticamente, a autocontenção se apresentava como cautela institucional: preservava a centralidade democrática do Parlamento e evitava que o Judiciário fosse percebido como instância normativa originária.

A experiência constitucional concreta, porém, demonstrou os limites desse arranjo. A persistência de dispositivos constitucionais dependentes de regulamentação produziu um efeito paradoxal: quanto mais a Constituição prometia, mais direitos permaneciam inexercitáveis quando faltava mediação legislativa. Nesses casos, a decisão meramente declaratória não removia o bloqueio normativo, tampouco criava incentivos reais para a atuação parlamentar. Ao contrário, a autocontenção podia estabilizar a paralisia, convertendo o mandado de injunção em instrumento de baixa eficácia prática, com alto potencial de frustração social. Como adverte Sarlet (2007), tutela jurisdicional que se limita ao simbolismo é insuficiente quando o problema é a ausência de condições mínimas de fruição do direito fundamental.

Esse acúmulo de casos e a reiterada incapacidade de superar omissões deslocaram gradualmente o centro de gravidade do debate. O STF passou a reconhecer que a omissão prolongada não é um “vazio neutro”, mas uma forma de inconstitucionalidade com efeitos materiais, já que impede a concretização de direitos e produz desigualdades na medida em que somente alguns grupos conseguem, por vias paralelas, contornar o bloqueio normativo. Nesse movimento, tornou-se mais convincente a tese de que a jurisdição

constitucional não pode ser neutralizada pela inércia legislativa, sobretudo quando a omissão se prolonga de modo persistente ou estrutural (Barroso, 2017). A mudança, portanto, não se explica adequadamente como mero “ativismo”, mas como reorientação das condições de legitimidade da própria proteção jurisdicional: se a Constituição é vinculante, a ausência de lei não pode funcionar como cláusula de imunidade estatal.

A inflexão ganhou contornos decisivos nos julgamentos sobre o direito de greve dos servidores públicos. Nos MI 670, 708 e 712, o Supremo aplicou provisoriamente, ao serviço público, a Lei de Greve do setor privado, estabelecendo um regime jurídico supletivo até que o legislador editasse disciplina específica. O ponto dogmático central foi a recusa do “condicionamento indefinido” do exercício do direito à vontade política majoritária, quando esta se revela reiteradamente omissa. Com isso, o mandado de injunção deixou de operar apenas como registro formal da omissão e passou a funcionar como técnica de garantia provisória do núcleo do direito, com parâmetros mínimos de aplicabilidade enquanto a regulamentação legislativa não se materializasse.

A partir daí, consolidou-se a posição concretista como resposta institucional ao déficit normativo. Ela não elimina a separação de poderes, mas a reinscreve em outra gramática: o Judiciário não assume a função legislativa em caráter definitivo; ele atua de modo supletivo e provisório para impedir que a omissão destrua a normatividade constitucional. Por isso, a leitura mais sofisticada desse período não é a de uma simples “substituição” do Legislativo, mas a de uma dinâmica de corresponsabilidade em que decisões injuntivas provocam o sistema político, tornam visível o custo constitucional da inércia e protegem o direito contra danos irreversíveis (Tushnet, 2008; Waldron, 2006). A função da decisão injuntiva, nessa chave, é simultaneamente protetiva e institucional: proteger o direito no caso concreto e reimputar ao legislador o dever de deliberar.

A Lei 13.300/2016 estabilizou esse deslocamento ao prever expressamente a possibilidade de medidas normativas provisórias, com natureza transitória e cessação diante de atividade legislativa superveniente. Ao fazê-lo, buscou compatibilizar efetividade e separação de poderes, preservando a centralidade democrática do processo legislativo sem tolerar que a omissão inviabilize o exercício de direitos (Mendes, 2018). A lei, contudo, não resolve por si só o problema central: como calibrar o conteúdo da integração judicial para que ela seja suficiente, mas não intrusiva; e como garantir que a “provisoriedade” seja real, e não uma normalização de regimes supletivos.

É nesse ponto que se concentram os desafios teóricos e práticos contemporâneos. A intervenção judicial deve ser proporcional ao déficit constitucional e orientada pela solução menos intrusiva compatível com a efetividade, fixando balizas mínimas que viabilizem o exercício do direito, sem produzir regulações detalhadas que excedam a posição institucional do tribunal (Alexy, 2009; Barak, 2006; Fallon, 2008).

A literatura sobre remédios estruturais reforça, ademais, que omissões complexas frequentemente se conectam a capacidades administrativas, desenho institucional e restrições orçamentárias, o que exige prudência na formulação de ordens e atenção à implementabilidade das soluções (Chayes, 1976; Fiss, 1978).

Em síntese, o concretismo é defensável como resposta à omissão persistente, mas sua legitimidade depende de critérios de necessidade, parcimônia normativa e desenho decisório que mantenha o legislador sob dever de agir, em vez de confortável com a substituição judicial.

5. *Injunctions* no direito inglês e norte-americano e o Mandado de Injunção brasileiro: convergências funcionais, diferenças institucionais e reconstrução crítica

A comparação entre o Mandado de Injunção brasileiro e as *injunctions* anglo-saxãs revela um diálogo complexo entre tradições jurídicas distintas e modos diversos de conceber o papel do Judiciário na garantia de direitos. Essa aproximação não deve ser conduzida por equivalência formal entre institutos, mas por analogia funcional: em diferentes sistemas, tribunais foram chamados a responder a insuficiências normativas e falhas estatais que impediam a aplicação efetiva do direito.

O ponto de partida comum é o reconhecimento de que o formalismo legal pode falhar em proteger posições jurídicas fundamentais, exigindo atuação jurisdicional capaz de recompor a integridade do sistema normativo. No Brasil, o Mandado de Injunção nasce da Constituição de 1988 como resposta à inércia legislativa que historicamente comprometeu a eficácia de direitos constitucionais; no mundo anglo-saxão, as *injunctions* emergem da tradição da *equity*, concebidas como remédios judiciais para suprir insuficiências do *common law* e prevenir danos que o direito estrito não conseguia evitar.

No direito inglês, as *injunctions* se formam na tradição da *equity*, desenvolvida paralelamente ao *common law* para oferecer respostas flexíveis quando as regras estritas do direito comum se mostravam inadequadas para realizar justiça no caso concreto.

A *equity* não rompe com o *common law*, mas o complementa, permitindo ao tribunal moldar remédios mandamentais, ordenando ou vedando condutas para evitar prejuízos irreparáveis e preservar a coerência do sistema jurídico (Maitland, 1936).

A força da injunção está em sua plasticidade remediadora, pois, ela opera quando a normatividade ordinária não oferece tutela suficiente, funcionando como instrumento de prevenção e conformação de comportamentos, inclusive em litígios envolvendo obrigações públicas (Dawson, 1968). Ainda assim, trata-se de atuação em ambiente institucional

marcado pela soberania parlamentar e por uma cultura de deferência política mais intensa do que a dos sistemas constitucionalizados. Por isso, a injunção inglesa não foi concebida como técnica de suplência legislativa vinculada a deveres normativos impostos ao Parlamento por um catálogo rígido de direitos, mas como remédio equitativo vocacionado a resolver situações de inadequação do direito comum.

Nos Estados Unidos, a *injunction* ganha dimensão mais robusta ao se articular ao judicial review e ao vocabulário dos direitos. A literatura clássica sobre *structural reform litigation* demonstra que, sobretudo a partir de meados do século XX, cortes passaram a utilizar *injunctions* para enfrentar violações constitucionais associadas a padrões institucionais persistentes, com ordens de cumprimento, prazos e, em certos casos, supervisão judicial prolongada (Chayes, 1976; Fiss, 1978).

O caso *Brown v. Board of Education* é paradigmático: a declaração de inconstitucionalidade da segregação exigiu, para produzir efeitos, um regime de implementação capaz de enfrentar resistências políticas e administrativas, contexto no qual remédios injuntivos foram mobilizados como técnica de efetivação. A lógica subjacente é funcional, na qual, a injunção visa produzir condições institucionais necessárias à eficácia dos direitos, sem se reduzir a um gesto meramente declaratório (Sunstein, 2001).

Ao mesmo tempo, essa experiência é objeto de críticas relevantes: a intervenção judicial extensa pode tensionar legitimidade democrática e expor limites de capacidade institucional, como enfatiza a literatura sobre a efetividade e os riscos do judicial *enforcement* em políticas públicas (Rosenberg, 1991). Em outras palavras, o potencial emancipatório das *structural injunctions* convive com o risco de *government by judiciary*, tema recorrente na teoria constitucional, sobretudo em sociedades plurais (Waldron, 2006).

A experiência brasileira seguiu caminho distinto. O Mandado de Injunção foi desenhado pelo constituinte para suprir omissões legislativas que

inviabilizam o exercício de direitos, e não para controlar condutas privadas típicas ou para instaurar supervisões judiciais prolongadas sobre políticas públicas. Sua legitimidade deriva diretamente do texto constitucional, não de uma tradição jurisprudencial incremental. Ainda assim, a evolução doutrinária e jurisprudencial, em especial a virada concretista e a posterior Lei 13.300/2016, expandiu a funcionalidade do instituto ao admitir parâmetros normativos provisórios para viabilizar o direito constitucional, aproximando-o, em chave estritamente funcional, de certos usos injuntivos, porém sob limites rígidos impostos pela separação de poderes e pela centralidade democrática do legislador.

Essa aproximação funcional não elimina diferenças estruturais. A primeira diz respeito ao fundamento: as *injunctions* são remédios de criação judicial próprios do *common law*, legitimados pela prática histórica e pela autoridade do precedente; o Mandado de Injunção é criação constitucional normativa, cuja extensão deve ser justificada a partir da moldura textual e de sua compatibilidade com o desenho democrático. A segunda diferença está na estrutura do litígio: as *injunctions* frequentemente derivam de conflitos concretos em que o juiz ordena ou proíbe comportamentos para prevenir danos; o Mandado de Injunção opera predominantemente na esfera pública e tem por objeto a omissão legislativa, visando restaurar a normatividade constitucional bloqueada. A terceira diferença concerne ao alcance: as *injunctions*, sobretudo no modelo norte-americano, podem desdobrar-se em ordens detalhadas, com planos de cumprimento e supervisão de longo prazo, ao passo que o Mandado de Injunção, conforme a Lei 13.300/2016, deve limitar-se ao necessário para assegurar o exercício do direito, com disciplina provisória até que o legislador atue.

Apesar dessas assimetrias, convergências relevantes emergem do diálogo comparado. Ambos os instrumentos respondem a déficits de implementação e reconhecem que a efetividade dos direitos não pode depender exclusivamente da dinâmica política majoritária, especialmente

quando esta se mostra reiteradamente omissa. Em chave contramajoritária, o Judiciário é acionado para salvaguardar a integridade normativa do sistema, seja diante da insuficiência do *common law*, seja diante da omissão legislativa que bloqueia direitos constitucionalmente assegurados. A literatura do constitucionalismo transformador, em particular, sublinha que constituições compromissórias carregam déficits de concretização que dificilmente são superados apenas pelo Legislativo, exigindo arranjos institucionais de corresponsabilidade, nos quais cortes podem operar como catalisadoras de implementação, sem absorver integralmente o espaço deliberativo (Gargarella, 2014).

Nessa moldura, o modelo brasileiro pode ser descrito como intermediário: admite integração normativa mínima e provisória para tornar o direito exercitável, mas preserva ao legislador a conformação definitiva, aproximando-se de uma lógica dialógica de provocação institucional (Mendes, 2018).

O diálogo comparado também permite compreender por que a importação acrítica de categorias estrangeiras é metodologicamente perigosa. A experiência norte-americana demonstra que remédios injuntivos estruturais podem ser decisivos para romper padrões institucionais de violação de direitos, mas também evidencia riscos de expansão judicial desmedida e de tensionamento democrático quando a supervisão se prolonga e substitui a deliberação política (Rosenberg, 1991; Waldron, 2006).

No Brasil, a tentação de equiparar o Mandado de Injunção às *structural injunctions* pode produzir desequilíbrios institucionais, sobretudo em ambiente de hiperjudicialização e fragilidade deliberativa. A solução legislativa de 2016, ao impor limites de provisoriedade e necessidade, pode ser lida como resposta institucional a esse risco: permite tutela concretista para impedir a inutilização do direito, mas preserva o espaço democrático do legislador e desincentiva a normalização de regimes supletivos permanentes.

Em síntese, o Mandado de Injunção desenvolveu identidade própria, moldada pelo constitucionalismo normativo brasileiro e orientada a garantir a força vinculante da Constituição diante de omissões legislativas persistentes. Ele se inspira funcionalmente em remédios injuntivos, mas não os reproduz. Sua racionalidade é calibrada e cooperativa: busca a máxima efetividade possível dos direitos sem romper a estrutura constitucional, mantendo o equilíbrio entre Poderes e evitando que a exceção injuntiva se converta em modo ordinário de produção normativa.

A experiência inglesa ilumina a plasticidade remediadora da *equity*; a norte-americana evidencia o potencial e os riscos das injunções estruturais. A lição comparada central para o constitucionalismo brasileiro, portanto, é dupla: ignorar omissões sistemáticas corrói a força normativa da Constituição; porém, responder a elas por integração judicial sem critérios de necessidade, provisoriedade e parcimônia pode deslocar, de modo patológico, o centro de gravidade da normatividade democrática.

O desafio é sustentar um ponto de equilíbrio em que a tutela seja suficientemente forte para proteger direitos diante da inércia, e suficientemente contida para não substituir, de forma estável, a deliberação parlamentar.

6. Mandado de Injunção e Estado Democrático de Direito: legitimidade, separação de poderes e jurisdição constitucional

A análise do Mandado de Injunção à luz do Estado Democrático de Direito expõe tensões estruturais entre separação de poderes, efetividade dos direitos fundamentais e papel do Judiciário diante da omissão legislativa. A Constituição de 1988 não trata a efetividade como horizonte retórico, mas como imperativo jurídico, quando a regulamentação é condição de exercitabilidade do direito, a omissão deixa de ser disfunção administrativa e se converte em violação institucional que esvazia a força vinculante do texto

constitucional. Nesse cenário, o Mandado de Injunção opera como mecanismo de contenção do “vácuo normativo” que, se prolongado, transforma direitos em promessas inoperantes.

A legitimidade democrática dessa atuação judicial é frequentemente questionada a partir do argumento contramajoritário. Contudo, a jurisdição constitucional não se legitima pela origem eleitoral, mas pela submissão à Constituição e pela qualidade pública de suas razões. Quando a omissão impede o exercício de direitos, a decisão injuntiva não se confunde com usurpação legislativa, mas com garantia de eficácia mínima do direito, sobretudo quando o déficit normativo atinge grupos com baixa capacidade de vocalização política (Barroso, 2017). A crítica relevante, portanto, não é se o Judiciário “pode agir”, mas sob quais condições normativas e institucionais essa ação permanece compatível com o princípio democrático.

É por isso que a abordagem dialógica oferece um enquadramento mais preciso. Em vez de antagonismo entre Poderes, o desenho constitucional pressupõe interdependência e corresponsabilidade na realização do programa constitucional: a decisão injuntiva fixa parâmetros mínimos e provisórios para impedir a paralisação constitucional, ao mesmo tempo em que preserva ao Legislativo a conformação definitiva da matéria (Tushnet, 2008; Waldron, 2006). Nessa gramática, o Mandado de Injunção é menos uma técnica de substituição e mais um mecanismo de provocação institucional: protege o titular do direito e reimpugna ao Parlamento o custo constitucional da inércia.

As críticas ao fortalecimento judicial, contudo, não podem ser banalizadas. Waldron (2006) alerta que, em sociedades plurais, decisões distributivas e escolhas de política pública devem, em regra, ser tomadas por representantes eleitos, em processos que internalizam conflito, compromisso e responsabilidade política. Essa objeção é pertinente especialmente quando a omissão é episódica ou quando há alternativas deliberativas abertas. Todavia, ela se enfraquece quando a omissão é sistemática, prolongada e bloqueadora do conteúdo essencial do direito: nesse caso, a autocontenção

pode deixar de ser deferência democrática e se tornar abdicação institucional. Sob a lógica dos direitos como princípios, a proteção do núcleo essencial não é facultativa, e a intervenção tende a exigir justificação proporcional, calibrada à gravidade do déficit (Alexy, 2009).

A separação de poderes, nesse quadro, não deve ser lida como impermeabilidade funcional, mas como racionalização do poder em regime de controles recíprocos e cooperação constitucional. A Constituição de 1988 contém elementos de um modelo cooperativo, em que a realização de direitos depende de múltiplas capacidades institucionais, sem que isso autorize a substituição permanente do Legislativo (Clève, 1995). A atuação injuntiva é compatível com essa racionalidade quando se limita ao necessário para tornar o direito exercitável e quando mantém aberta a via deliberativa para a solução legislativa.

A consolidação do concretismo e a Lei 13.300/2016 reforçaram essa moldura ao estabilizar a ideia de integração judicial provisória, com limites materiais implícitos: necessidade, proporcionalidade e parcimônia normativa. Mendes (2018) descreve essa construção como deferência racional: o Judiciário impede o colapso de eficácia do direito sem retirar do Parlamento a competência para disciplinar integralmente a matéria. O valor do modelo está justamente em evitar dois extremos patológicos: o voluntarismo regulatório judicial e a tolerância institucional à omissão que neutraliza direitos.

É relevante reconhecer, ainda, que a omissão raramente é acidental. Muitas vezes decorre de vetos políticos, resistência à implementação de direitos sociais, ou bloqueios estruturais de coordenação legislativa. Em contextos latino-americanos, déficits de implementação frequentemente se associam a desigualdades persistentes e a dinâmicas de exclusão, em que a não decisão funciona como forma de governo sobre o tempo e sobre a vida dos vulneráveis. Nessa chave, a atuação injuntiva pode operar como proteção da própria democracia contra a erosão produzida pela inação estatal, desde que

não se converta em rota de fuga para a irresponsabilidade legislativa (Gargarella, 2014).

A legitimidade das decisões injuntivas, por fim, depende da qualidade da fundamentação. Como o Mandado de Injunção pode envolver a formulação de parâmetros provisórios, o ônus argumentativo deve ser reforçado: a Corte precisa demonstrar porque a intervenção é indispensável, por que é a menos intrusiva compatível com a efetividade e como preserva a possibilidade de deliberação legislativa superveniente. A autoridade judicial, nesse campo, é produzida por integridade, racionalidade e transparência justificativa, não por mera afirmação de poder (Barak, 2006).

Ou seja, o Mandado de Injunção expressa dimensão central do Estado Democrático de Direito, a Constituição como compromisso vinculante com transformação, dotado de mecanismos para enfrentar não apenas ações estatais, mas também omissões que bloqueiam direitos. Quando exercido com proporcionalidade e responsabilidade institucional, o remédio injuntivo resgata a força normativa da Constituição sem degradar a centralidade democrática do processo legislativo. Seu desafio permanente é manter essa tensão produtiva, qual seja, proteger direitos contra a inércia, sem naturalizar a substituição judicial como modo ordinário de governança normativa.

7. A Lei 13.300/2016 e a consolidação do regime jurídico do Mandado de Injunção

A promulgação da Lei 13.300/2016 representa marco decisivo na trajetória do Mandado de Injunção no Brasil, ao consolidar a virada concretista e conferir ao instituto densidade normativa compatível com sua relevância constitucional. É significativo que o remédio injuntivo, introduzido pela Constituição de 1988, tenha permanecido quase três décadas sem regulamentação legislativa, o que fez da jurisprudência o principal espaço de

elaboração de seu regime jurídico. A lei, nesse sentido, não inaugura o Mandado de Injunção, mas cristaliza uma construção judicial prévia e reorganiza suas bases dogmáticas, oferecendo racionalidade normativa e operacionalidade processual.

Desde cedo, a doutrina advertia que qualquer disciplina infraconstitucional não poderia restringir o alcance do instituto, isso porque o Mandado de Injunção é mecanismo de realização da força normativa da Constituição e, por isso, a lei deveria reforçar sua vocação protetiva (Clève, 1995). A Lei 13.300/2016 acolhe essa orientação ao adotar conceito ampliado de omissão normativa, abrangendo não apenas a ausência total de regulamentação, mas também hipóteses de disciplina insuficiente ou incompatível com o comando constitucional. Esse ponto rompe com a visão restritiva dos primeiros anos pós-1988 e alinha o instituto à noção contemporânea de que a omissão estatal pode assumir formas sofisticadas, igualmente lesivas à efetividade dos direitos.

A lei também consagra, de forma inequívoca, a tutela concretista. O art. 8º estabelece que o Judiciário, identificada a mora legislativa, deve assegurar ao impetrante o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa reclamada, estabelecendo os parâmetros normativos necessários. Abandona-se, assim, a lógica meramente declaratória que convertia o Mandado de Injunção em simples notificação ao legislador. A injunção passa a ser instrumento de tutela imediata, aproximando-se de modelos estrangeiros em que remédios injuntivos sempre foram pensados sob chave concretista.

Essa ampliação, contudo, é acompanhada de limites explícitos. A Lei 13.300/2016 determina que a integração normativa realizada pelo Judiciário deve restringir-se ao necessário para garantir o exercício do direito afetado, evitando a criação de regime jurídico completo e definitivo. O critério revela clara inspiração na teoria da proporcionalidade de Alexy (2009) e impõe ao magistrado uma tarefa de calibragem: suprir a omissão sem substituir o legislador. Na realidade, é uma forma de deferência institucional, na medida

em que preserva ao Parlamento o espaço deliberativo para disciplinar a matéria e impede que a decisão judicial se converta em legislação permanente. O Judiciário atua como garantidor provisório da normatividade constitucional (Mendes, 2018).

Outro eixo relevante da lei refere-se aos efeitos das decisões injuntivas. A jurisprudência do STF evoluíra de modelos estritamente individuais para soluções com eficácia mais ampla em certos casos, mas sem sistematização clara. A Lei 13.300/2016 adota solução intermediária: reconhece, em determinadas hipóteses, a possibilidade de efeitos que alcancem situações idênticas, evitando multiplicação desnecessária de processos, mas sem transformar o Mandado de Injunção em controle abstrato de constitucionalidade. A doutrina vê nessa opção um ponto de equilíbrio entre a necessidade de racionalidade sistêmica e o respeito às fronteiras funcionais do Judiciário (Barroso, 2017).

A disciplina da concessão de medidas liminares também revela amadurecimento institucional. Antes de 2016, a jurisprudência oscilava quanto à admissibilidade de liminares em Mandado de Injunção, muitas vezes por receio de que isso implicasse criação provisória de regime jurídico. A lei resolve a controvérsia ao admitir liminar desde que presentes os requisitos gerais, reforçando a compreensão de que a omissão legislativa não suspende o tempo do direito. A tutela de urgência injuntiva afirma que a ausência de regulamentação não pode servir de escudo para negar proteção imediata a pessoas em situação de vulnerabilidade jurídica.

A Lei 13.300/2016 também sistematiza o dever do tribunal de indicar ao Legislativo prazo razoável para suprir a omissão. Ainda que não se trate de prazo vinculante em sentido estrito, a previsão cria mecanismo de pressão institucional e se aproxima de experiências comparadas analisadas por Dixon (2017), nas quais decisões judiciais dialogam com o Parlamento mediante técnicas de “alerta constitucional” e indução legislativa. A positivação dessa

prática, que já vinha sendo ensaiada pela jurisprudência, confere maior previsibilidade e estabilidade ao modelo.

No plano da arquitetura do controle de omissões, a lei reafirma a distinção entre Mandado de Injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Embora ambos incidam sobre a falta de normatividade, o primeiro tutela situações jurídicas concretas, enquanto a segunda opera em plano abstrato. A positivação dessa diferença evita sobreposições indevidas e reforça a compreensão de que o Mandado de Injunção pertence ao âmbito da jurisdição constitucional concretizadora, voltada ao caso concreto, mas com potencial de irradiar efeitos sistêmicos (Barroso, 2017).

A partir desse conjunto de dispositivos, torna-se claro que a Lei 13.300/2016 não se limita a preencher lacuna normativa: ela reorganiza a dogmática do Mandado de Injunção em chave compatível com o constitucionalismo contemporâneo. Ao reconhecer o caráter cooperativo da separação de poderes e ao estruturar um modelo de autocontenção responsável, a lei projeta concepção sofisticada de Estado Constitucional, no qual cada poder assume parcela da responsabilidade pela concretização dos direitos. O Mandado de Injunção deixa de ser visto como remédio excepcional e passa a ocupar lugar estrutural na jurisdição constitucional brasileira.

Os impactos institucionais dessa transformação são relevantes. Em primeiro lugar, a lei fortalece a cultura constitucional ao afirmar que omissões legislativas não são toleráveis em uma democracia fundada na força normativa da Constituição. Em segundo lugar, redistribui a responsabilidade pela implementação dos direitos fundamentais, deixando claro que o Judiciário deve atuar quando o Legislativo falha, mas sempre de modo proporcional e orientado pela finalidade constitucional. Em terceiro lugar, contribui para um círculo virtuoso de *accountability*, na medida em que decisões injuntivas podem induzir o Parlamento a enfrentar déficits normativos diagnosticados judicialmente.

Nesse contexto, a experiência brasileira pós-2016 dialoga com a análise de Gargarella (2014), segundo a qual muitas democracias latino-americanas não padecem de “excesso” de judicialização, mas de ausência de mecanismos capazes de enfrentar a inércia legislativa crônica. Ao instituir um regime jurídico racional para o Mandado de Injunção, a Lei 13.300/2016 fortalece a democracia ao reduzir a distância entre texto constitucional e realidade social. A lei, assim, não apenas legitima a atuação judicial, mas contribui para reequilibrar o sistema institucional como um todo.

Em síntese, a Lei 13.300/2016 constitui etapa decisiva no desenvolvimento histórico do Mandado de Injunção e na consolidação do Estado Constitucional brasileiro. Embora não elimine desafios interpretativos futuros, oferece arcabouço normativo robusto e coerente para que o Judiciário continue a enfrentar omissões estatais sem romper os limites da separação de poderes. Ao reafirmar que nenhum direito pode permanecer indefinidamente suspenso por falta de regulamentação, a lei encerra um longo período de incerteza e projeta o Mandado de Injunção para o centro do projeto constitucional de 1988.

8. Efetividade do Mandado de Injunção, evolução jurisprudencial recente e desafios contemporâneos

A evolução jurisprudencial do Mandado de Injunção revela mudança substantiva na compreensão do Supremo Tribunal Federal sobre o papel da jurisdição constitucional diante das omissões legislativas. O percurso indica que a efetividade dos direitos fundamentais não decorre automaticamente do texto constitucional, mas depende de construção institucional progressiva, sobretudo em cenários de déficit normativo persistente. Nesse sentido, o STF transita de uma autocontenção formalista para um concretismo calibrado, orientado à máxima efetividade possível dos direitos e compatível com a separação de poderes.

A primeira fase, marcada pela postura não concretista, restringia a atuação judicial à declaração de omissão e à comunicação ao legislador. Fundado em leitura rígida da separação de poderes, esse entendimento, típico dos anos 1990, inviabilizava tutela material dos direitos e reduzia o Mandado de Injunção a mecanismo simbólico. Como observa Clève (1995), decisão injuntiva sem efeitos concretos tende a reproduzir a paralisia estatal, esvaziando o instituto de utilidade prática.

A insuficiência do modelo declaratório levou à formação gradual da posição concretista, assentada na ideia de que, quando a omissão inviabiliza o exercício de direitos constitucionalmente assegurados, a jurisdição constitucional não pode permanecer inerte. O MI 670, relativo ao direito de greve de servidores públicos, converteu-se em marco ao admitir aplicação analógica de legislação existente, sinalizando que a proteção de direitos não pode ficar indefinidamente condicionada à conveniência política do legislador (Mendes, 2018). O sentido normativo dessa virada é decisivo: se a omissão prolongada neutraliza o direito, ela própria constitui inconstitucionalidade materialmente grave, e não mero atraso legislativo.

Esse movimento foi estabilizado pela Lei 13.300/2016, que positivou a orientação concretista e conferiu maior previsibilidade ao instituto. A lei autorizou medidas liminares, disciplinou efeitos das decisões e delimitou a integração normativa judicial ao estritamente necessário, em consonância com a lógica de proporcionalidade, segundo a qual a intervenção deve ser suficiente para viabilizar o direito e, simultaneamente, minimamente intrusiva quanto ao espaço democrático de conformação legislativa (Alexy, 2009). Com isso, a atuação judicial ganhou parâmetros de autocontenção racional, afastando críticas simplificadoras de ativismo.

No pós-2016, a jurisprudência do STF refinou a técnica decisória do Mandado de Injunção. A Corte passou a enfatizar a provisoriedade das soluções, a calibragem normativa mínima e a preservação explícita do espaço legislativo para a disciplina definitiva. Em paralelo, reconheceu efeitos mais

amplos em hipóteses de identidade fática e jurídica entre impetrantes, buscando reduzir litigância repetitiva e assegurar respostas institucionais mais consistentes, em linha com modelos de solução que privilegiam coerência e indução legislativa subsequente (Dixon, 2017). Também se observa ampliação da legitimidade ativa, com maior participação de sindicatos, associações e coletividades afetadas, o que reforça a dimensão do instituto como mecanismo de inclusão jurídica e de acesso substantivo à Constituição, especialmente em democracias marcadas por déficits normativos crônicos (Gargarella, 2014).

A consolidação do Mandado de Injunção, porém, não elimina desafios estruturais. O primeiro diz respeito ao impacto democrático da atuação judicial supletiva. Em sociedades plurais, escolhas distributivas e temas de política pública devem, em regra, ser processados por representantes eleitos, capazes de internalizar conflito, compromisso e responsabilidade política. Daí a advertência de Waldron (2006): se a Corte oferece soluções provisórias suficientemente eficazes, pode reduzir o espaço para que o Parlamento construa consensos e assuma os custos da deliberação. Esse risco se agrava com a possibilidade de acomodação legislativa: a tutela judicial, ao aliviar a pressão social sobre o legislador, pode converter o provisório em quase permanente, distorcendo o arranjo democrático e deslocando o eixo de produção normativa (Barroso, 2017). A questão de fundo não é negar a tutela, mas desenhar incentivos para que a injunção funcione como gatilho de deliberação, e não como substituto estável.

Um segundo eixo crítico decorre da hipercomplexidade social e da assimetria crescente entre demandas e capacidade normativa do Estado. Nessa perspectiva, a omissão tende a assumir caráter estrutural, não episódico, o que transforma o Mandado de Injunção em mecanismo de estabilização jurídica em ambientes de sobrecarga institucional (Luhmann, 2009). O ganho é claro: evita-se que direitos se tornem inexercitáveis. O custo potencial é igualmente claro: ampliar a expectativa de que o Judiciário

desempenhe papel regulatório em campos nos quais faltam instrumentos democráticos e administrativos para implementação coordenada. Por isso, a linha entre integração necessária e criação excessiva permanece delicada, exigindo critérios explícitos de analogia, interpretação conforme e proporcionalidade, de modo a reduzir criatividade normativa e reforçar vinculação constitucional (Barak, 2006).

Um terceiro desafio se relaciona à governança constitucional e aos diálogos institucionais. Modelos dialógicos pressupõem que decisões judiciais induzam deliberação legislativa subsequente (Dixon, 2017; Tushnet, 2008). A experiência brasileira, contudo, é irregular: a Lei 13.300/2016 sistematizou o instituto, mas não criou mecanismos robustos de coordenação, acompanhamento ou estímulo efetivo à ação legislativa. O Mandado de Injunção resolve o caso concreto e pode elevar o custo da omissão, mas não elimina, por si, o déficit estrutural de produção normativa.

Também persiste a tensão entre injunção judicial e formulação de políticas públicas. A advertência de Fiss (1984) sobre impactos de decisões estruturais na racionalidade administrativa permanece atual: em áreas como direitos sociais, temas funcionais e matérias previdenciárias, decisões injuntivas podem afetar planejamento estatal, prioridades orçamentárias e capacidade administrativa. O problema não está na proteção dos direitos, mas na ausência de arranjos institucionais que integrem tutela jurisdicional e políticas públicas de maneira coordenada, com previsibilidade e *accountability*.

A transformação tecnológica tende a intensificar essas tensões. Plataformas digitais, inteligência artificial e novas formas de vigilância criam zonas regulatórias inteiras nas quais o direito positivo é insuficiente ou inexistente, expondo cidadãos a riscos inéditos. Diante da lentidão legislativa, o Mandado de Injunção pode ser acionado com maior frequência, mas isso eleva o custo institucional da decisão: cresce a chance de intervenções tecnicamente complexas, com efeitos regulatórios amplos e imprevisíveis.

Nesse cenário, as advertências sobre prudência e calibragem deixam de ser cautela abstrata e se tornam requisito de legitimidade, sobretudo quando a jurisdição é chamada a suprir déficits normativos em áreas de alta mutabilidade tecnológica (Zuboff, 2020; Balkin, 2020).

Essas críticas apontam para um reposicionamento: o Mandado de Injunção deve ser compreendido como mecanismo dialógico e indutor, não como forma ordinária de regulação judicial. Isso exige metodologias decisórias mais transparentes, sensíveis a evidências e a impactos regulatórios, além de abertura procedimental para participação qualificada quando a omissão envolve matérias técnicas. Ao mesmo tempo, é preciso preservar a dimensão de justiça social do instituto. Em constitucionalismos latino-americanos, marcados por textos densos e capacidades institucionais limitadas, a injunção pode operar como instrumento de democratização substancial, especialmente para grupos vulneráveis, desde que articulada a princípios de igualdade e transformação, e não capturada por uma dinâmica de soluções episódicas e descoordenadas (Gargarella, 2014).

Em síntese, a efetividade contemporânea do Mandado de Injunção revela amadurecimento do constitucionalismo brasileiro: o instituto deixou de ser mecanismo declaratório e passou a funcionar como técnica sofisticada de concretização da Constituição, combinando construção jurisprudencial e estabilização legislativa. O seu futuro, entretanto, depende de equilíbrio institucional: a atuação judicial supletiva precisa ser proporcional, temporária e orientada à indução legislativa. Mantida essa calibragem, o Mandado de Injunção seguirá sendo peça central para impedir que omissões persistentes corroam a força normativa da Constituição e para construir um constitucionalismo mais responsivo, plural e democrático.

9. Conclusão

Este estudo reposicionou criticamente o mandado de injunção no constitucionalismo brasileiro, não como remédio excepcional para atrasos pontuais, mas como resposta institucional a déficits normativos reiterados que inviabilizam o exercício de direitos fundamentais. A questão central foi delimitar sua capacidade de enfrentar omissões legislativas sem degradar a separação de poderes. As análises indicam que o instituto se consolidou como técnica de concretização constitucional precisamente quando o processo legislativo se mostrou incapaz de prover, com estabilidade e tempestividade, as mediações normativas exigidas pelo programa de 1988.

Compreender a omissão como fenômeno estrutural desloca o debate: omissões prolongadas não são neutras, pois distribuem desproteção, intensificam assimetrias e corroem a força normativa da Constituição ao converter direitos em promessas condicionadas à conveniência política. Nessa moldura, o mandado de injunção funciona como mecanismo de estabilização mínima contra o “vácuo normativo”. O paradoxo, contudo, é inevitável: quanto mais eficaz a tutela supletiva, maior o risco de acomodação legislativa e de deslocamento do eixo de produção normativa. A virada concretista, estabilizada pela Lei 13.300/2016, materializa esse ponto de equilíbrio instável: o STF deixou a autocontenção simbólica e assumiu responsabilidade pela eficácia mínima do direito, sob o ônus de justificar, com critérios, a extensão da integração provisória.

O diálogo comparado com *injunctions* inglesas e norte-americanas reforçou que a aproximação útil é funcional, não transplantável. Enquanto as *injunctions* são remédios de criação judicial na tradição da equity, o mandado de injunção é criação constitucional deliberada, ancorada em Constituição rígida que impõe deveres normativos ao legislador. Daí sua singularidade: ele deve ser compreendido como peça de governança constitucional voltada a impedir que omissões neutralizem direitos, sem normalizar a substituição judicial do Parlamento.

A tese normativa que se extrai é simples e exigente: a legitimidade do mandado de injunção depende de necessidade, provisoriedade real e parcimônia normativa. Necessidade, para demonstrar que a omissão bloqueia o exercício do direito; provisoriedade real, para manter exigível a responsabilidade legislativa; parcimônia normativa, para limitar a decisão ao estritamente indispensável, preferindo analogia, interpretação conforme e balizas mínimas, sem instaurar regimes regulatórios permanentes. Sem esse tripé, a injunção tende a degenerar em substituição institucional; com ele, funciona como mecanismo dialógico de proteção efetiva e reimputação de deveres.

Por fim, o futuro do instituto será tensionado pela hipercomplexidade social e por áreas regulatórias em rápida mutação, especialmente tecnológicas. Isso tende a ampliar demandas por injunção e, simultaneamente, a elevar o custo institucional de decisões com efeitos regulatórios amplos. O desafio não é ampliar o instituto indefinidamente, mas aperfeiçoar critérios e práticas que evitem, ao mesmo tempo, o imobilismo legislativo e a hipertrofia judicial. Nesse horizonte, o mandado de injunção preserva seu sentido constitucional: impedir que a omissão se converta em modo ordinário de governo contra os direitos e reafirmar a Constituição como norma efetivamente vinculante.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BAKER, John Hamilton. **An Introduction to English Legal History**. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- BALKIN, Jack M. **The Cyberspace of Constitutional Law**. Yale Law School, Public Law Research Paper n. 720, 2020.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Constitucional: teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.
- BRASIL. **Lei nº 13.300**, de 23 de junho de 2016. Disciplina o mandado de injunção individual e coletivo. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 24 jun. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 670/DF**. Rel. Min. Eros Grau. Julgado em 25 out. 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 708/DF**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 25 nov. 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 712/PA**. Rel. Min. Eros Grau. Julgado em 25 out. 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.
- CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*. Harvard Law Review, v. 89, n. 7, p. 1281–1316, 1976.
- CLÈVE, Cleverson Merlin. **Omissão inconstitucional: mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão**. Porto Alegre: Fabris, 1995.
- DAWSON, John P. *The Oracles of the Law*. Ann Arbor: University of Michigan Law School, 1968.
- DIXON, Rosalind. **The Core Case for Weak-Form Judicial Review**. International Journal of Constitutional Law, v. 15, n. 2, p. 487–519, 2017.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FALLON, Richard H. *The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law and Practice*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- FISS, Owen. *The Civil Rights Injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978.
- FISS, Owen. *The forms of justice*. Harvard Law Review, v. 93, p. 1–58, 1984.
- GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism, 1810–2010: The Engine Room of the Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.
- HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Petrópolis: Vozes, 2009.
- MAITLAND, Frederic William. *Equity: A Course of Lectures*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1936.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope: Can courts bring about social change?* Chicago: University of Chicago Press, 1991.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SLAGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press, 2004.
- STONE SWEET, Alec. *Governing with Judges: Constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

SUNSTEIN, Cass R. *Designing Democracy: What constitutions do*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

YOUNG, Iris Marion. “*Responsibility and Global Justice: A Social Connection Model*.” *Social Philosophy and Policy*, v. 23, n. 1, 2006, p. 102–130.

ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

Artigo recebido em: 02/12/2025.

Aceito para publicação em: 02/03/2026.

Autoridade, Direito e Democracia: aproximações a Hans Kelsen e Carl Schmitt

Authority, Law and Democracy: Approaches to Hans Kelsen and Carl Schmitt

Caio Ramiro¹

Alessandro Severino Valler Zenni²

Gabriel Bispo Filogenio³

Vitor Augusto Faria Pereira⁴

Resumo: O sentido de democracia tem sido disputado na atualidade, tema que remete ao debate memorável entre Kelsen e Schmitt, nos albores do Século XX e, supostamente sepultado pelo transcurso do tempo e o advento do neopositivismo-constitucionalismo, volta a verberar no auge neofascista contemporâneo, com cores reluzentes de democracia popular, fazendo erodir, paulatinamente, as bases concretas da democracia liberal, gênese do modelo rousseaiano. O texto alinhavado, a partir de um método hermenêutico que permite uma revisão bibliográfica, procura registrar as principais ideias do positivismo kelseniano, a evitação do sincretismo metodológico na ciência do direito, sem descurar de seu pendor pelo modelo parlamentar de representação popular, e o papel central do direito na origem e nos limites dos poderes constituídos, incluindo-se as minorias no leque de proteções e garantias de liberdades, notadamente por força do *jus*, enquanto que, em linha oposta, na teoria de Schmitt, a linha mestra de seu pensamento está na potência do soberano, aclamado popularmente, e baluarte da democracia, a quem cabe o decreto da exceção e a eliminação do inimigo da maioria, utilizando o direito como ferramenta de legitimação da decisão política; o método incorporado é o dialético com reforço de explanação teórico-doutrinal.

Palavras-chave: Democracia liberal. Democracia popular. Direito. Exceção. Legitimidade

¹ Professor no Instituto Latino-Americano de Economia, Sociedade e Política da Universidade Federal da Integração Latino-Americana (UNILA). Professor colaborador na pós-graduação em Filosofia Política e Jurídica da Universidade Estadual de Londrina (UEL) e na pós-graduação em Filosofia, Psicanálise e Cultura da PUCPR (Curitiba). Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Líder do Grupo de Estudos Schmittianos. Líder do projeto de pesquisa Carl Schmitt na tríplice fronteira: leituras schmittianas em Argentina, Brasil e Paraguai (UNILA). Pesquisador nos grupos: Crítica Constitucional, vinculado ao programa de pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB); Grupo de Estudos Miroslav Milovic, vinculado a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG); Ética, política e religião, vinculado ao programa de pós-graduação em Ciências da Religião da PUC-Campinas.

² Professor na Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Maringá (UEM) e no Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito do Centro Universitário de Cascavel (UNIVEL). Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Pós-Doutor na Universidade de Lisboa. Advogado. Pesquisador no grupo Ética, política e religião, vinculado ao programa de pós-graduação em Ciências da Religião da PUC-Campinas, no Grupo de Estudos Schmittianos. Líder do grupo de pesquisa A-lex, vinculado ao programa do mestrado em Direito da UNIVEL.

³ Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Integrante do Grupo de Estudos Schmittianos.

⁴ Graduando em Direito pela Faculdade Maringá.

Abstract: The meaning of democracy has been disputed nowadays, a topic that refers to the memorable debate between Kelsen and Schmitt, at the dawn of the 20th century and, supposedly buried by the passage of time and the advent of neo-positive-constitutionalism, returns to reverberate in the contemporary neo-fascist approach, with shining colors of popular democracy, gradually eroding the concrete foundations of liberal democracy, the genesis of the Rousseau model. The outlined text seeks to record the main ideas of Kelsen's positivism, the avoidance of methodological syncretism in the science of law, without neglecting its penchant for the parliamentary model of popular representation, and the central role of law in the origin and limits of constituted powers, including minorities in the range of protections and guarantees of freedoms, notably by force of *jus*, while, on the opposite line, in Schmitt's theory, the main line of his thought is in power of the sovereign, popularly acclaimed, and bastion of democracy, who is responsible for decreeing the exception and eliminating the enemy of the majority, using law as a tool to legitimize political decisions; the incorporated method is dialectical with reinforcement of theoretical-doctrinal explanation.

Keywords: Liberal democracy. Popular democracy. Right. Exception. Legitimacy

1. Introdução

A relevância do texto que se apresenta está na nova horda neoconservadora que reivindica a democracia como bandeira hasteada para o seu triunfo. Construindo-se o discurso do inimigo através da “liberdade de expressão”, fundam-se as polarizações e a tentativa de eliminação do “outro”, derruindo-se conquistas seladas pelo modelo de democracia liberal alçado no iluminismo e selado como conquista progressiva do mundo moderno. De tal modo, parece interessante lançar a questão, a saber: qual a relação entre autoridade, direito e democracia?

A fim de examinar este problema, a partir de um método hermenêutico que permite uma revisão bibliográfica, mostra-se bastante fecunda uma aproximação das reflexões de Hans Kelsen e Carl Schmitt, isto é dizer, os trabalhos destes dois importantes jusfilósofos servem de marco teórico do presente trabalho. Por fim, destaca-se que o texto não deixa de observar pontualmente a conjuntura dos debates de seu marco teórico, ou seja, o ambiente cultural da República de Weimar, por mais que não pretenda realizar uma historiografia rigorosa deste período da história alemã.

Em um primeiro momento, o trabalho se aproxima da reflexão de Hans Kelsen, considerando, inclusive, seus textos políticos. Neste sentido, verificou-se que o projeto de democracia liberal enfeixou valores supremos e ocupou-se de imprimir validade ao direito a partir da norma hipotética fundamental, tal qual a remissão ao *pacta sunt servanda*, constituindo a vontade social normativa pressuposta e diretiva da vontade individual, sem, contudo, eliminar a possibilidade da diferença, ao contrário, reconhecendo que a pluralidade é própria desse modelo democrático e o direito dos grupos minoritários não só é reconhecido como há de ser mantido para não se criar um regime de exceção por decisão política.

Na formulação kelseniana as decisões políticas são legais se submetidas aos critérios lógicos de hierarquia e competência arremetidos no sistema jurídico, ou seja, o soberano nasce do contrato social e suas decisões e limites encontram-se marcadas nas normas jurídicas. O fundamento formal de validade das normas, por sua parte, registra-se dentro do ordenamento jurídico e o direito é a gênese e a cercania das decisões políticas.

Outrossim o grande desafio da democracia liberal foi tornar acessível decisões jurídico-políticas próprias de uma sociedade prenhe de complexidades, cujas pilastras valorativas se dividem entre dignidade humana e economia (livre iniciativa), ancorando-se o regime de compatibilidades com justiça social. Esse padrão notadamente propõe a abdicação de participação política da coletividade, já que no âmbito do mercado, as regras lhe são próprias, embora compita ao Estado proteger e assegurar o acesso e o desfrute do econômico, e a sociedade migra nessa direção, olvidando o público. O direito-política o reconhece e o legitima, comprometendo-se a não interferir em seu destino e os cidadãos nele se introduzem declinando da esfera política, deferindo ao parlamento o processo legiferante.

As regras de direito universalizadas culminam por inserir todos os indivíduos, grupos, classes e categorias, mesmo que diferenças valorativas

produzam dissintonias discursivas no âmago da política, as minorias, com o aporte do direito, não sofrem o processo de exclusão, exceção e eliminação.

Ocorre que pela perspectiva de Schmitt o direito não figura como fonte originária das decisões políticas, porquanto na concepção do jurista fascista aventar à política significa remeter ao conflito, e a sua equação depende de uma decisão soberana, donde promanará o sistema jurídico-político institucional.

Nesse panorama serão exibidas as principais ideias do sistema jurídico em Kelsen, máxime sua defesa ardorosa à democracia liberal e a garantia indeclinável dos direitos das minorias, em contraposição ao modelo de democracia popular e o rechaço de Schmitt à democracia parlamentar, que, segundo seu alvitre, seria um modelo democrático indireto e concretamente ilegítimo.

O choque de entendimentos sobre o direito e a política versados pelos dois antagonistas que, a um só tempo, bradam em nome da democracia, à subscrição das principais ideias e das tensões fundamentais, exsurgirão considerações finais sobre o tema posto.

2. Kelsen e a Teoria Pura do Direito

Inicialmente, importa considerar a justificativa de uma aproximação do ideário jusfilosófico de Hans Kelsen. De saída, ressalta-se que no início do século XX, Kelsen vislumbrava na Teoria e na prática jurídica múltiplos critérios de ordem metodológica que buscavam uma definição acerca do conceito de Direito. Diante dessa multiplicidade de horizontes metodológicos, propôs a sua conhecida *Teoria Pura do Direito*. Em sua proposta Kelsen pretende delimitar um método próprio ao universo da juridicidade, o que bem se verifica em passagem do prefácio à primeira edição, publicada em 1934, oportunidade em que afirma:

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da

sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto. Logo, desde o começo foi meu intento elevar a jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao estudo do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão. (Kelsen, 2006, p. XI)

Ao conceber sua teoria do direito, Hans Kelsen tem na validade da norma um dos principais pontos de atenção do seu estudo. Isso, pois, qualquer um que intente teorizar uma generalização científica do direito terá que explicar o porquê, ou os porquês, de determinada regra de conduta social ser atendida pelos indivíduos que se assujeitam a determinado comando.

Por estes parâmetros, Hans Kelsen concebe a ciência jurídica livre das influências metafísicas e/ou idealistas sobre a natureza do Direito. O Direito, a partir de então, não seria outro que não o Direito Positivo (Kelsen, 2006, p. 1). Neste sentido, o jusfilósofo de Viena estabelece como princípio metodológico conhecer o Direito apenas a partir do Direito, excluindo deste campo tudo aquilo que não pertença ao seu objeto, ou seja, a norma jurídica; tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Propõe uma ideia de ciência jurídica a partir do reconhecimento de sua autonomia. Logo, seu projeto de uma *Teoria Pura do Direito* se justifica enquanto uma proposta de epistemologia jurídica (Kelsen, 2006).

Neste horizonte de perspectiva, com razão afirma Alan Ibn Chahrur (2017, p. 30):

O viés epistemológico sobreleva em importância todos os demais, considerando que desde sempre o problema de Kelsen é o problema da forma do conhecimento e não do seu conteúdo, o problema da metodologia científica e não do objeto da pesquisa. Deixar de compreender esse aspecto metodológico, i.e., o problema da sistematização do conhecimento de um objeto dado, implica em desconhecer aquilo que a proposta kelseniana tem de mais essencial

A partir de tais coordenadas, Kelsen afirma a dimensão normativa do conhecimento jurídico, ou seja, o Direito posto (norma jurídica) seria o objeto da ciência jurídica (Kelsen, 2006). A este modo de ver o Direito é que se denominada positivismo jurídico normativista.

A origem da expressão positivismo jurídico se dá a partir da ideia de que somente ao Estado pertence o poder de estabelecer o Direito (Ramiro; Herrera, 2015, p. 236). Em apertada síntese, a teoria do positivismo jurídico é usualmente classificada como analítica, descritiva e explicativa. De acordo com Tom Campbell, deste ponto de vista o sentido do positivismo jurídico é proporcionar uma caracterização precisa do direito tal como este é em realidade, em lugar de como deve ser (Campbell, 2002, p. 5).

Nas palavras de Kelsen (2006, p. 1):

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito Positivo – do Direito Positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.

Assim, acompanhando a leitura de Alan Ibn Chahrur, é preciso notar que as bases da teoria normativa do Direito de Hans Kelsen desde o início ofertam uma concepção da norma jurídica “como um esquema de interpretação das condutas humanas que, em termos lógicos, outorga um sentido objetivo a determinados atos de vontade dos indivíduos” (Chahrur, 2016, p. 38). Por esta via, apresenta-se de fundamental importância considerar a integralidade do pensamento de Hans Kelsen.

Neste sentido, importante observar que Kelsen começa seu trabalho na Áustria onde já se verifica a existência de três eixos estruturantes de seu pensamento, a saber: a) o da *epistemologia*, que constrói uma teoria do conhecimento do direito; b) o *axiológico*, em que verificamos sua filosofia moral de verniz relativista e; c) o *político*, vertente em que aparece a defesa da democracia (Kelsen, 2006; 2000; Chahrur, 2016; 2017).

Por aqui, parece melhorar a possibilidade de compreensão da forte defesa da democracia feita pelo jusfilósofo na quadra histórica dos anos de 1920 na Alemanha. Após passagem pelo Tribunal Constitucional austríaco, com contribuição não só prática, mas, também, teórica para a construção do modelo de controle concentrado de constitucionalidade das Leis, Hans Kelsen

migra para a Alemanha e encontra o conflitivo cenário de luta política na República de Weimar.

Ao ingressar na contenta intelectual de sua época, em especial para enfrentar o problema da soberania e Carl Schmitt, Kelsen oferta uma crítica à soberania que “representa uma das mais elaboradas tentativas de eliminar este conceito não apenas do plano interno da organização política do Estado, mas também da esfera externa das relações internacionais” (Gumplová, 2017, p. 143), abordagem que se apresenta ancorada em compreensão muito importante de democracia constitucional que, infelizmente, por muitas vezes restou negligenciada (Glumpová, 2017, pp. 143-144).

Feitas estas considerações, em sua *Teoria Pura do Direito* Kelsen propõe que toda norma jurídica deve buscar fundamento de validade em uma norma superior e cronologicamente anterior. Ou seja, normas gerais postas por uma autoridade competente — competência que é atribuída por uma norma jurídica —, validam normas particulares específicas formando uma cadeia normativa que Kelsen denominara ordem normativa (Kelsen, 2009, p. 215).

Para alguns críticos da teoria kelseniana⁶ parece intuitivo concluir pela infinitude da escala normativa proposta por Kelsen ao analisarmos, em um primeiro momento, a proposta de que toda norma é validada por uma norma superior. Contudo, o autor explica que tal escalonamento termina, na origem, em uma norma “pressuposta”, visto que não é determinada positivamente:

Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (Grundnorm). (Kelsen, 2009 p. 217).

Hans Kelsen pode ser compreendido como um dos principais representantes do positivismo jurídico, bem como não parece arbitrário considerar o jusfilósofo de Viena como aquele que inaugura a vertente denominada de positivismo-normativo (Ramiro; Herrera, 2015, p. 239). A *Teoria Pura do Direito* propõe uma análise estrutural de seu objeto, formado por uma ordem subordinada a uma hierarquia de graus sucessivos de extensão e validade decrescentes (normas que emanam uma das outras) ou escalonamento, desde o ordenamento internacional até o Estado (Ramiro; Herrera, 2015, p. 239).

A fim de justificar o escalonamento normativo de maneira a evitar o regresso *ad infinitum* por meio das normas, Kelsen lança mão da ideia de uma norma hipotética fundamental, que figura como fundamento último de validade da ordem jurídica (Ramiro; Herrera, 2015, p. 239). Caso contrário, inexistente a norma fundamental (uma hipótese lógico-argumentativa; um argumento transcendental em sentido kantiano), admitir-se-ia pressupostos metafísicos para a fundamentação da ordem jurídica, sendo estes últimos justamente o que Kelsen pretende afastar. Dessa maneira, “o elemento primordial que transforma um evento particular em *fato jurídico* não é mais sua facticidade propriamente dita, o seu ‘ser natural’, mas sim um ato da *razão*” (Chahrur, 2016, p. 38).

Se o direito pode ser explicado, para Kelsen, como uma ordem normativa, o autor precisará esclarecer a formação dessa estrutura e se deparará com questões como: Por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade? (Kelsen, 2009, p. 215). Neste ponto Kelsen passa a explorar os fundamentos que legitimam uma relação de mando e obediência, fundada em uma autoridade válida que detenha o monopólio da atividade legiferante, portanto, um Estado.

Contudo, o ponto de partida se coloca em horizontes de ordem epistemológica, ou seja, a operação para Kelsen é de um “procedimento intelectual que confronta o fato com um sistema normativo de referência, positivado na forma de um código ou uma constituição, por exemplo”

(Chahrur, 2016, p. 38). Portanto, a norma hipotética fundamental apresenta uma relevância teórica de estruturação das condições de possibilidade da racionalidade jurídica.

De acordo com Alan Ibn Chahrur (2016, pp. 38-39):

A base dessa distinção, que permanece indelével até a segunda e definitiva edição da TPD em 1960 (Kelsen, 2006, p. 4), encontra-se na rígida cisão metodológica entre as esferas do *ser* (*Sein*) e do *dever-ser* (*Sollen*), princípio que funda o dualismo epistemológico entre fato e valor, entendidos aqui como opostos irreduzíveis entre si e delimitados de maneira estanque. Trata-se de um instrumental teórico que, por si só, reverbera toda a herança kantiana de Kelsen e esclarece muito do repúdio do autor ao juspositivismo de seu tempo, pródigo em sustentar, à maneira do já citado Jellinek, a preponderância da ‘força normativa do fático’.

Por esta via, torna-se possível a Kelsen afirmar que este fundamento da juridicidade se apresenta idêntico ao fundamento de validade das normas jurídicas de um sistema normativo, significa dizer, do ordenamento jurídico (Kelsen, 2006).

Neste sentido, é preciso considerar que a ordem jurídica e o Estado se equivalem na concepção kelseniana, portanto, no entender de Kelsen “aquilo que se concebe como forma do Estado é apenas um caso especial da forma do Direito em geral. É a forma do Direito, isto é, o método de criação jurídica no escalão mais elevado da ordem jurídica, ou seja, no domínio da Constituição” (Kelsen, 2006, pp. 295-296). Logo, Hans Kelsen propõe um sistema normativo de característica monística, isto é, a fonte legítima de produção do Direito é o Estado, todavia, deve-se atentar para a questão de que o Estado é uma ordem jurídica normativa (Goyard-Fabre, 20007, p. 133).

Segundo Simone Goyard-Fabre (2007, p. 134):

Nessa ideia encontra-se o ponto nodal da teoria kelseniana, o ponto para o qual convergem todos os argumentos que ela desenvolve: se é verdade que o Estado se caracteriza como poder soberano, isto é, como essa autoridade que, superior aos indivíduos, impõe-lhes obrigação, a soberania só é concebível em termos de normatividade.

De tal modo, temos que, diferente da proposta verificada na obra de Carl Schmitt, em Kelsen a autoridade não figura na origem do ordenamento normativo, pelo contrário, a autoridade também é validada por uma norma

fundamental *a priori*, ou seja, detém um caráter formal que afirma a validade de uma norma que encontra sua razão de ser “na norma do patamar superior com a qual ela deve ser congruente tanto no que se refere ao seu processo de promulgação como no que diz respeito ao seu conteúdo” (Goyard-Fabre, 2007, p. 132).

Assim, ao propor uma norma fundamental pressuposta Kelsen pretende garantir as condições de possibilidade de uma ciência jurídica que identifica na norma de direito seu objeto específico, bem como fornece um caráter dinâmico que permite eventuais modificações materiais do conteúdo do sistema de direitos, pois a pressuposição reconhece a competência e o poder a uma primeira autoridade legiferante (Chahrur, 2016, p. 43), conforme se verá a seguir.

3. A norma fundamental e a autoridade

A partir da delimitação de um pressuposto normativo fundamental (Grundnorm), em Kelsen, se poderá deduzir normas logicamente derivadas do conteúdo deste pressuposto, ou até mesmo fundamentar formas de autoridade (governo) com capacidade e competência para estabelecer normas válidas (Kelsen, 2009, p. 216).

Kelsen estabelece dois princípios que nortearam a estruturação do ordenamento normativo de uma sociedade, quais sejam: O *princípio estático* e o *princípio dinâmico*. O primeiro, compreendido por “princípio estático” estabelece que o conteúdo da norma superior valida a norma inferior através da dedução lógica e racional do conteúdo subsequente (Kelsen, 2009, p. 218). O autor explica:

Assim, por exemplo, as normas: não devemos mentir, não devemos fraudar, devemos respeitar os compromissos tomados, não devemos prestar falsos testemunhos podem ser deduzidas de uma norma que prescreva a veracidade. [...] Como todas as normas de um ordenamento deste tipo já estão contidas no conteúdo da norma pressuposta, elas podem ser deduzidas daquela pela via de uma operação lógica, através de uma conclusão do geral para o particular. Esta norma, pressuposta como norma fundamental, fornece não só o fundamento de validade como o conteúdo de validade das normas

dela deduzidas através de uma operação lógica. (Kelsen, 2009, p. 218).

Todavia, o segundo princípio que fornece o fundamento de validade abordado por Kelsen em sua teoria do direito será mais útil para o presente estudo, ou seja, o “princípio dinâmico”. Este segundo fator principiológico se manifesta quando a norma fundamental não traz em seu conteúdo, como estipula o princípio estático, um padrão de espelhamento para o conteúdo da norma inferior (ex: amar o próximo pressupõe não matar), mas, por sua vez, institui um fato produtor de normas, ou seja, estabelece uma forma capacitada para impor normas válidas. Nesse cenário aparecerá a validade de um governo.

Segundo Kelsen:

A norma fundamental apenas fornece o fundamento de validade e já não também o conteúdo das normas que formam esse sistema. Esse conteúdo apenas pode ser determinado através de atos pelos quais a autoridade a quem a norma fundamental confere competência e as outras autoridades que, por sua vez, recebem daquela a sua competência, estabelecem as normas positivas deste sistema (Kelsen, 2009, p. 220).

Nesta perspectiva, um governo é concebido por uma norma estatuída com competência para produzir normas válidas, em atenção a uma norma superior pressuposta. Nesse primeiro momento, um governo não vale por força de seu conteúdo, uma vez que é uma autoridade que não é deduzida do conteúdo direto da norma superior, mas sim estabelecido para legislar conforme o procedimento formal.

A validade da ordem dada por um governo legítimo se faz por representar, segundo o autor “uma norma que pertence a um ordenamento que se apoia numa tal norma fundamental porque é criada pela forma determinada através dessa norma fundamental - e não porque tem um determinado conteúdo” (Kelsen, 2009, p. 220). Assim, a proposta kelseniana seria acusada de frio legalismo por seus detratores na exata medida que não propõe um conteúdo para a ordem jurídica, mas, isto sim, preocupa-se em fornecer a extensão e seus limites de validade em clara perspectiva

epistemológica que, conforme já mencionado, deita raízes no criticismo kantiano (Chahrur, 2016, p. 40).

No entender de Stanley Paulson (2013, p. 8):

Kelsen acredita que há uma solução para além de ambas as teorias tradicionais, opção que demonstra a inverdade da célebre máxima **tertium non datur**. Assim como Kant, que se emancipa das constrictões impostas pela combinação entre o racionalismo e o empirismo nos séculos XVII e XVIII, Kelsen se liberta das limitações postas pela combinação dos dois tipos de teorias jurídicas tradicionais. Há, insiste Kelsen, uma terceira teoria e, para alcançá-la, ele lança mão da mesma diretriz da qual partiu Kant: um argumento transcendental, quer dizer, o método transcendental dos neokantianos de Marburgo [...]. É na sua busca por uma doutrina da normatividade do direito que Kelsen introduz a norma fundamental.

Por aqui, verifica-se a incorporação daquela que talvez seja a imagem mais associada a Teoria Pura de Kelsen, isto é, a pirâmide normativa, sendo que esta última se liga a teoria da hierarquia das normas (*Stufenbaulehre*) de Merkl, o que coloca no horizonte a hipótese de leitura de “um sistema fechado em cujo interior as normas inferiores encontram seu fundamento nas prescrições superiores, procedendo-se sucessivamente até o ápice do direito interno” (Chahrur, 20016, p. 40). Todavia, por mais utilizada que seja, esta imagem não escapa ao refinado exame crítico de Alan Ibn Chahrur que afirma o equívoco do uso sem ressalvas de tal equiparação que liga a imagem da norma fundamental à Constituição dos Estados nacionais (Chahrur, 2016, p. 40; 2017), pois há muito claras consequências da proposta kelseniana ligadas ao direito internacional, uma vez que o problema da análise feita por Kelsen, em última instância, pretende dar conta da questão da soberania (Giacioia Junior, 2017).

Desse modo, é possível verificar em muitas passagens da *Teoria Pura do Direito* que “Kelsen faz referência à norma fundamental como norma de direito internacional, equiparando-a ao *pacta sunt servanda*” (Chahrur, 2016, p. 40). O acerto do argumento de Chahrur pode ser verificado quando Kelsen afirma que “atualmente [...] apenas existe uma unidade cognoscitiva de todo o Direito, o que significa que podemos conceber o conjunto formado pelo

Direito Internacional e as ordens jurídicas nacionais como um sistema unitário de normas” (Kelsen, 2006, p. 343).

Portanto, parece possível verificar que a ideia do *pacta sunt servanda* opera como pressuposto lógico-transcendental que permite a Kelsen afirmar um sistema jurídico cosmopolita que propõe uma perspectiva monista em sentido jurídico (Glumpová, 2017, p. 153), ou seja, um sistema de direitos que dá prevalência a ordem jurídica internacional (Kelsen, 2006, p. 351).

De acordo com Oswaldo Giacoia Junior (2017, p. 165):

Em outras palavras, soberania tem sentido como conceito jurídico somente se concebida em ligação com uma totalidade pensada como o sistema de um ordenamento ideal, uma ideia ou exigência lógica em sentido transcendental, no interior da qual todos os ordenamentos jurídicos estatais estão integrados ao todo do direito internacional público sobre a base de uma *norma fundamental pressuposta*, de onde retira, em última instância, sua validade normativa.

Lançados os fundamentos principiológicos que validam uma autoridade governamental em Kelsen, passaremos para os fundamentos formais e materiais de legitimidade desta forma de governo.

4. Legitimidade do governo

Após delimitar conceitualmente a validade das normas positivas, advindas da norma fundamental não positiva - mas sim pressuposta - Kelsen aborda legitimidade como o princípio que garante a manutenção da validade de uma norma durante todo o seu período de vigência, ou seja, até a sua extinção ou substituição determinada por outra norma (Kelsen, 2009, p.233).

Quanto à forma, a legitimidade deriva da observância de quem está exercendo a atividade legiferante e a coação legal que garantirá eficácia para a norma. Esse agente deliberativo deve estar estabelecido aos moldes previstos na Constituição de um Estado (Kelsen, 2009, p. 232). Nesse sentido, se uma norma depende da validade de uma norma superior, em Kelsen, um

governo só será legítimo, formalmente, se for estabelecido em estrita conformidade com a previsão constitucional.

Logo, para o escrutínio da legitimidade de um governo em Kelsen, em primeiro lugar, há de se verificar a composição formal dessa autoridade, aqui compreendida como procedimento de constituição do governo. Qualquer movimento político que vislumbra estabelecer um “fato produtor de normas” que não siga criteriosamente as previsões constitucionais será, para o autor, movimento revolucionário ou golpe de Estado.

No entender de Kelsen:

Uma revolução no sentido amplo da palavra, compreendendo também o golpe de Estado, é toda modificação ilegítima da Constituição, isto é, toda modificação da Constituição, ou a sua substituição por uma outra, não operadas segundo as determinações da mesma Constituição (Kelsen, 2009, p. 233).

Pouco importa, divergindo diametralmente de Schmitt, a aclamação popular, o movimento de massas ou as condições políticas concretas para o crivo da legitimidade formal de um Governo. Para Kelsen (Kelsen, 2009, p. 233), o procedimento validado por uma norma superior e, portanto, decisivo, será a observância formal da norma posta positivamente.

A mera leitura da Teoria Pura do Direito, sem uma interpretação sistemática da integralidade da obra do autor, pode até induzir a conclusão de que Kelsen defenderá qualquer espécie de governo, desde que observados os critérios de validade e eficácia estabelecidos em um determinado ordenamento jurídico válido segundo os padrões de sua teoria.

Todavia, em sua obra intitulada *A democracia* (Kelsen, 2000), o autor trará o critério material de legitimidade das normas produzidas por um governo formalmente válido e legítimo. Esta produção normativa, explicará Kelsen, deve atenção material direta a norma fundamental estabelecida. Para tanto, o autor faz uma veemente defesa do Estado Democrático de Direito, delimitando de forma clara o modelo ideal de um governo e expondo suas divergências teóricas com a obra de Carl Schmitt.

Kelsen reconhece que se “deve haver sociedade e, mais ainda, Estado, deve haver um regulamento obrigatório das relações dos homens entre si, deve haver um poder.”, porém, ressalva que “se devemos ser comandados, queremos sê-lo por nós mesmos.” (Kelsen, 2000, p. 20). Completando seu raciocínio, deduz de forma lógica que um poder legítimo deve observar a liberdade social estabelecida pelo liberalismo político, considerando ser “politicamente livre aquele que está submetido, sim, mas à vontade própria e não alheia” (Kelsen, 2000, p.20.).

Neste horizonte de perspectiva, Hans Kelsen no seu centenário e já clássico *Essência e valor da democracia* apresenta uma leitura desta última no plano conceitual, com uma hipótese que não renuncia à ideia de liberdade (Kelsen, 2000). Por esta via, argumenta que há que se distinguir democracia e liberalismo, pois, em seu diagnóstico, pode-se verificar o uso ideológico da ideia de democracia, uma vez que o liberalismo pretende se apresentar em relação necessária com o ideal democrático.

Para Kelsen, esta crítica é importante e seu objetivo não é fulminar a democracia, mas, isto sim, apresentar aquilo que pode ser reconhecido como essencialmente democrático (Kelsen, 2000). De tal modo, de acordo com Petra Glumpová “o conceito de democracia tem um papel proeminente na teoria de Kelsen” (Glumpová, 2017, p. 160), significa dizer que não parece mais razoável dar atenção aos detratores de Hans Kelsen que pretendiam afirmar a hipótese de que sua proposta teórica no fundo seria uma *reductio ad Hitlerum*, confundindo seu positivismo crítico de linhagem kantiana com o legalismo exegetico e, por fim, ignorando sua defesa da forma de governo democrática, sendo que este último ponto pode significar, de acordo com Juan Amado, ignorância ou deslealdade intelectual (Amado, 2012).

Neste ponto Kelsen complementar a sua *Teoria Pura do Direito* explorando um novo critério de legitimidade do governo. Na nova análise, um governo deve não só observar a norma fundamental, sendo formalmente legítimo se derivado diretamente pelo *Grundnorm*, mas a partir daqui o autor

expressará que esse poder só pode ser exercido através de um parlamento democraticamente eleito pelo povo.

Nas palavras de Kelsen:

A democracia, no plano da ideia, é uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo. Democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo (Kelsen, 2000, p.35).

O autor expõe que apenas através de um parlamento eleito pelo povo é que uma sociedade encontrará o equilíbrio necessário entre a legitimidade formal e material de um governo, uma vez que eleito pelo voto majoritário um parlamento é o modelo que mais se aproximará da vontade geral, assim, evitando a “dominação de classe” (Kelsen, 2000, p.67).

De tal modo, para o jusfilósofo de Viena, ao se considerar os usos ideológicos da ideia de democracia, torna-se possível verificar que, com o aparecimento do estado soviético e sua concepção de democracia a partir da luta de classes, há uma mudança de critério para o reconhecimento de direitos políticos, verificado agora pelo trabalho e o pertencimento a classe.

Por aqui, torna-se possível notar que neste momento do contexto europeu, o liberalismo passará a ser antidemocrático, o que para Kelsen significa, em última instância, que no horizonte se coloca uma certa concepção de unidade que caminha para um regime autocrático (Kelsen, 2000).

Portanto, ao se desvencilhar de seus aspectos ideológicos, verifica-se que aquilo que é próprio da democracia diz respeito a defesa das minorias (Kelsen, 2000). Logo, a essência da democracia é a garantia da existência de minorias políticas, com o reconhecimento de que há concepções morais relativas na sociedade civil que, inclusive, estão em choque, assim, há que se reconhecer que minorias podem vir a se tornar majorias, desde que se preserve a dinâmica procedimental de funcionamento institucional.

De tal modo, a democracia é uma forma de governo do povo sobre o povo, entendido este último como uma pluralidade de indivíduos que constitui uma unidade em sentido normativo (Kelsen, 2000), significa dizer que o povo

aparece como realmente existente em um sentido mais ou menos preciso do ponto de vista jurídico, isto é, com a submissão de todos os seus membros à mesma ordem jurídica (Kelsen, 2000).

Segundo Petra Glumpová (2017, p. 161):

A defesa de Kelsen da democracia é baseada no argumento de que esta preserva a liberdade individual em sua maior extensão possível. A democracia, Kelsen argumenta, consiste em uma transformação da liberdade natural, que evolui do instinto que leva o homem à negação de toda ordem social para a liberdade política ou jurídica. [...] A democracia, portanto, preserva a liberdade natural ao permitir que os sujeitos de direito participem na criação e na determinação do conteúdo das leis gerais. O modo de criação da ordem social, isto é, o método de organização da produção do direito, representa a diferença entre as formas de uma social autocrática ou democrática. A democracia prescreve o método de participação (autônomo) na produção do direito, enquanto a autocracia pode ser definida em termos de produção absolutista (heterônoma) do direito.

A longa citação se justifica, uma vez que permite verificar que para além de um parlamento democraticamente eleito pelo povo, Kelsen defenderá um sistema eleitoral proporcional, de modo a garantir a pluralidade de representação do todo complexo que constitui um determinado povo (Kelsen, 2000, p.71).

Estabelecendo um parlamento pluripartidário como critério de legitimidade de um governo expõe-se o principal ponto de divergência entre Kelsen e Schmitt, uma vez que opondo-se ao último, Kelsen refutará, em seus *textos políticos*, uma crise ou falência do modelo democrático-parlamentar (Kelsen, 2000, p.111), sendo que esta hipótese de leitura está no cerne da crítica político-jurídica de Carl Schmitt, entendida, na maioria das vezes, como certo tipo de antiliberalismo do jusfilósofo de Plettenberg.

Kelsen responderá a crítica schmittiana acerca da pluralidade do parlamento recorrendo a Rousseau para descrever a ressignificação do conceito de liberdade na modernidade. Em Schmitt a questão da pluralidade parlamentar é descrita como um fator imobilizador do governo, por travar decisões cruciais para a sociedade e ser incapaz de acompanhar e compreender o processo histórico (Pinheiro, 2014, p.19). Já para Kelsen, nos estados modernos “a liberdade do indivíduo, a qual, em última análise,

se revela irrealizável, acaba por ficar em segundo plano, enquanto a liberdade da coletividade passa a ocupar o primeiro plano” (Kelsen, 2000, p. 33).

O pluralismo constituinte de um parlamento tido como uma deficiência em Schmitt, será posto como uma característica *sine qua non* para a execução do ideal democrático em Kelsen. O autor de Viena explica que a unanimidade necessária para a pressuposição da norma fundamental é posta de lado a partir do momento em que um governo democrático surge atendendo os critérios formais de validade e necessita pôr em prática o ideal democrático para obter a legitimidade material.

Nas palavras de Kelsen:

A rigor, se, para a conclusão do pacto social, deve ser unânime o consenso exigido em nome da liberdade, a manutenção da ordem contratual deveria estar subordinada à persistência desse mesmo consenso geral, permitindo em seguida que cada um abandonasse a comunidade espontaneamente e que, em qualquer momento, se subtraísse à aplicação da ordem social, recusando-lhe qualquer reconhecimento. Neste ponto aparece com clareza o conflito insolúvel que opõe a ideia de liberdade individual à ideia de ordem social, esta, em sua essência mais profunda, deve valer objetivamente, ou seja, em última análise deve independender da vontade daqueles que se lhe submetem. Para as ciências sociais, essa validade objetiva da ordem social permanece intacta, mesmo quando o conteúdo dessa ordem é determinado de alguma maneira por aqueles que lhe estão submetidos. Mas a objetividade formal exige também uma objetividade material. No caso-limite em que o “você deve” do imperativo social é condicionado por um “se e o que você quiser” daquele a quem é dirigida, a ordem perde qualquer sentido social. Por isso a existência da sociedade ou do Estado pressupõe que possa haver discordância entre a ordem social e a vontade daqueles que se lhe submetem. Se entre dever ser e ser existisse sempre coincidência, ou seja, se fosse infinito o valor da liberdade, já não se poderia falar de submissos. A democracia, em favor da elaboração de uma ordem social ulterior, renuncia à unanimidade que, hipoteticamente, poderia ser aplicada à sua fundação por contrato e contenta-se com as decisões tomadas pela maioria, limitando-se a aproximar-se de seu ideal original. (Kelsen, 2000, p. 30)

Logo, quanto ao critério material de validade e legitimidade de um governo, Kelsen conclui que após a observância e atenção ao critério formal, qual seja a formação de um parlamento aos moldes da Constituição do Estado, essa norma produtora de normas deve espelhar o todo complexo da vontade normativa geral do corpo político, devendo ser eleito pelo povo com base no

sufrágio universal, segundo o princípio da maioria (Kelsen, 2009, p.238), atendendo ao critério material da validade e legitimidade através da busca da execução do ideal democrático, através da garantia da participação dos governados na criação e aplicação das normas gerais e individuais e da promoção da liberdade política (Kelsen, 2000, p.142).

Feitas estas considerações quanto a proposta teórica de Hans Kelsen, apresenta-se algo interessante o exame de algumas das linhas de força dos argumentos de Carl Schmitt acerca do tema, o que será feito a seguir.

5. Schmitt, a soberania e o político

Inicialmente, convém considerar algumas notas biográficas acerca de nosso autor, considerando sua biografia que além de muito conhecida se mostra algo polêmica. Carl Schmitt (1888-1985) nasceu e foi educado em uma família pequeno-burguesa de forte tradição católica (condição religiosa que irá se fazer presente em seu pensamento de alguma forma) de Plettenberg, na Westfália, sendo que “sua carreira acadêmica e política foi realmente impressionante e não pouco chamativa [...]” (Boron; González, 2006, p. 149) e, ainda, como diz José Villacañas, Schmitt pode ser encarado como um desses pensadores e figuras humanas não convencionais, identificando-se nele “as mais ímpares e as mais sombrias, mas igualmente as mais fecundas e as mais luminosas contradições de um pensamento sempre activo e sempre desigual [...]” (Villacañas, 2013, p.1).

Observando o contexto da Alemanha dentro de uma visão histórica, é possível perceber que na mesma época em que fora desenvolvida a Constituição de Weimar, o país se encontrava em guerra, sendo esta nacional, dentro de suas regionalidades, marcada pela luta intestina de partidos políticos de fortes posições, como o Partido Social Democrata Alemão (SPD), bem como na quadra dos anos 1920 com o aparecimento do Partido Nazista (NSDAP). Além disso, havia uma frente internacional, dada a participação da

Alemanha na Primeira Guerra Mundial (Ramiro, 2017), conjuntura esta que não escapa à análise de Schmitt.

Neste sentido, Carl Schmitt não se furtou ao debate, tendo protagonizado incontáveis polêmicas com intelectuais de sua época, mas, aqui, importa-nos, sobretudo, os nomes dos juristas Hermann Heller, Gerhard Anschütz e, em especial, Hans Kelsen. A atuação de Schmitt como jusfilósofo e jurista do direito público, de alguma forma, contribuiu para o desenvolvimento da teoria da constituição moderna, sendo que para fundamentar suas posições teóricas Schmitt faz uma releitura de pensadores como Maquiavel, Grotius, Jean Bodin, os teóricos católicos conservadores Bonald, De Maistre e Juan Donoso Cortés, por exemplo, autores com os quais forjou uma abordagem crítica ao sistema político-constitucional de Weimar (Flickinger, 1992, p. 11).

Ainda, Schmitt exerceu importantes cargos para além de sua cátedra como professor de Direito, tendo sido considerado o grande jurista do Estado alemão (*Kronjurista*) nos tempos sombrios do *Reich* nazista (Márquez, 1996; Ramiro, 2017). Mas, então, por que Schmitt?

A escolha do jusfilósofo alemão para referenciar parte deste trabalho se dá pela importância de seu pensamento enquanto jurista, tendo em vista os tempos nebulosos de forte reducionismo teórico em alguns cursos jurídicos, que colocam a margem o pensamento de importantes nomes da teoria do direito e da teoria da constituição, quando não tentam “caricaturá-los”, “esquemmatizá-los”, ou algo do gênero.

Na difícil conjuntura política da República de Weimar se estabelece importantes discussões acerca do direito público, desde questões ligadas ao problema da soberania até o problema da guarda da constituição, oportunidade em que Carl Schmitt e Hans Kelsen se colocaram frente a frente, declaradamente ou não.

Assim, o período weimariano é também uma quadra de fundamental importância para a construção do saber jurídico. Leticia Vita apresenta boa síntese a este respeito, a saber:

O pensamento jurídico de Weimar teve e tem um importante legado na tradição jurídica alemã e na ocidental. Weimar acolheu juristas de todas as orientações ideológicas e metodológicas: Gustav Radbruch, Rudolf Smend, Hugo Preus, Gerhard Anschütz, Richard Thoma, Heinrich Triepel e Eric Kaufmann entre outros, que se pronunciaram junto com Kelsen, Schmitt e Heller acerca do Direito, da Constituição, dos direitos sociais, do parlamentarismo e da democracia. Entre estes nomes é possível encontrar defensores assíduos da democracia como Kelsen, Radbruch ou Heller, mas também críticos dela como Carl Schmitt (Vita, 2014, p. 43).

Conforme já mencionado linhas atrás, o recorte deste trabalho lança foco a algumas das linhas de força do debate entre Kelsen e Schmitt, desse modo, algumas notas de conjuntura se apresentam importantes uma vez que “os textos de ambos estiveram em constante diálogo com os vários sobressaltos daquelas duas tão intensas décadas de 1920 e 1930” (Martins, 2017, p. 9).

Carl Schmitt ao refletir sobre a teoria do direito destaca três tipos de pensamento jurídico, sendo estes elencados como um pensamento que trabalha com regras ou normas, um saber jurídico decisionista e outra forma de conhecimento jurídico que pensa o ordenamento ou à estrutura jurídica. Não obstante, ao estabelecer as possibilidades do pensamento jurídico, Schmitt sublinha que este se realiza genuinamente no direito público, devido a sua pretensão de aproximar do campo do conhecimento jurídico a realidade política, em nítida postura de crítica ao normativismo de Hans Kelsen (Schmitt, 1972, p.247-248).

Neste horizonte de perspectiva, para Schmitt o elemento jurídico por excelência é da *decisão*. Ainda, Schmitt analisa e critica o liberalismo dos séculos XIX e XX, ou seja, sua argumentação se dirige ao sistema parlamentar consolidado na ideia de Estado de Direito pelo viés do *político*, lançando, portanto, forte abordagem crítica ao sistema da República de Weimar.

Ao afirmar que todo direito é situacional, Schmitt tenta demonstrar os domínios contingentes e não necessariamente jurídicos da política, o que para o teórico alemão deve ser levado em consideração pelos juristas, em especial, aqueles que se dedicam ao direito público e aos teóricos da Constituição (Schmitt, 1996b).

De tal modo, a proposta de Carl Schmitt se apresenta diametralmente oposta aos a abordagem de Hans Kelsen, compreendido este último por Schmitt como um jurista liberal (Herrera, 1998). Ainda, na tentativa de aproximação da reflexão e do vocabulário schmittiano devemos ter cautela, pois sua teoria é mais que um dicionário de filosofia política e teoria da constituição, apresentando-se como uma verdadeira pinacoteca, tendo em vista a linguagem “febril” e capacidade dramática do discurso e das palavras, como atentam conceitos alinhados em dualismos como amigo-inimigo; soberano como aquele que decide na situação de exceção; a constituição como decisão, etc (Herzog-Márquez, 1996, p. 150).

Além disso, a crítica de Schmitt direcionada ao Estado de Direito e ao constitucionalismo liberal levam em consideração a dimensão do político, pois este último nasce para refutar o antipolítico que está localizado no liberalismo⁹ (Herzog-Máquez, 1996, p. 151).

Segundo Roberto Bueno (2010, p. 61):

[...] é bem de sublinhar para fins de aproximação das alterações sofridas pela filosofia política schmittiana e de suas aproximações ao totalitarismo, que tal conceito de amigo-inimigo germinalmente apresenta-se já no ano de 1922 quando da publicação de sua *Teologia Política* (ver Schmitt, 1996b, p. 126-127), oportunidade em que ensaiou os termos do conceito mais acabada e perfeitamente desenvolvidos no *Conceito do Político*.

Não obstante, parece que a reflexão schmittiana antiliberal se apresenta no texto *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, cuja versão para o nosso português pode ser encontrada sob o título de *Situação intelectual do sistema parlamentar atual*, escrito de 1923.

A preocupação de Schmitt é refletir acerca da condição de possibilidade de uma relação entre liberalismo e sistema parlamentar como fundamentos da democracia. Note-se que Schmitt tenciona indicar que a relação entre liberalismo e democracia é inviável, sendo que sua aliança se deu de maneira estratégica no período de luta contra as monarquias absolutas. Para Chantal Mouffe (1992, p. 1) “uma das teses centrais de Schmitt, é de que a articulação entre a democracia e o liberalismo, efetuada

no século XIX, deu lugar a um regime inviável, já que caracterizada pela união de dois princípios políticos absolutamente heterogêneos” (Mouffe, 1992, p. 1).

Para Jesús Silva-Herzog Márquez ao escrever o ensaio de 1923 sobre o parlamentarismo Schmitt destaca que o governo representativo está ferido de morte, haja vista que seus fundamentos intelectuais (deliberação pública; equilíbrio de poderes), bem como suas promessas de publicidade (fim do segredo de Estado) e limitação do poder não correspondem à realidade, que se transformou em perversão ação política de impedimento do reconhecimento da identidade entre governo e sociedade, ou termos schmittianos, a separação ou dualismo entre Estado e sociedade (Herzog-Márquez, 1996, p.153).

No diagnóstico de Schmitt o indivíduo burguês ao chegar ao poder da prevalência ao privado, ou seja, aos interesses privados, significa dizer que o modelo de racionalização técnica do liberalismo preconiza a defesa do indivíduo privado burguês em detrimento do político, com a articulação das “despolitizações” e “neutralizações” feitas dentro do cenário da necessidade das discussões. Neste sentido, ao refletir sobre a coexistência do princípio de identidade (forma democrática) com o princípio de representação (monarquia), “Schmitt declara que [...] o princípio do parlamentarismo, enquanto preeminência do legislativo sobre o executivo, não pertence ao universo do pensamento da democracia, mas ao do liberalismo” (Mouffe. 1992, p. 1).

Nas palavras de Schmitt (1996b, p. 47):

A democracia deverá abolir todas as distinções, todas as despolitizações típicas do século XIX liberal, e ao apagar a oposição Estado-sociedade (= o político oposto ao social) fará também desaparecer as contraposições e as separações que correspondem à situação do século XIX [...].

Neste linear, o político deve ser visto como o território do conflito, não sendo possível para o pensamento schmittiano imaginar uma harmonização feita através da discussão parlamentar, sendo esta última realizada via um procedimento como o processo *legislative* que busca um consenso racional no universo do político. Schmitt, a fim de justificar seu ponto de vista e sua crítica

à democracia e ao constitucionalismo liberal, vale-se da reflexão do teólogo católico contrarrevolucionário espanhol Juan Donoso-Cortés, que afirmava ser a burguesia “uma classe que discute” (Schmitt. 1996b, p. 125) e, portanto, realiza compromissos dilatórios que pretendem evitar a decisão (Schmitt, 1982).

Por esta via, verifica-se que enquanto para Hans Kelsen a soberania estatal apresenta um caráter estritamente jurídico, devido a necessidade de tal conceito respaldar-se em uma norma jurídica fundamental pressuposta, que atribuirá assim sua validade normativa; para Carl Schmitt, o conceito de soberania será reconhecido de maneira oposta, visto que o autor não reconhece que o conceito de soberania merece sua validade pela normalidade de um sistema jurídico e sim por sua instabilidade, ou seja, pelo seu caráter excepcional.

Logo, a soberania em termos schmittianos encontrará respaldo no intermédio do jurídico e do não-jurídico. Como Schmitt muito bem define na Teologia Política, soberano será aquele que decide sobre o estado de exceção (Schmitt, 1998). Dessa forma, o elemento jurídico por excelência para Schmitt é a decisão. Para demonstrar tal hipótese, Schmitt valoriza o conceito de soberania e lança luz acerca do problema do estado de exceção e em sua compreensão ele é a gênese de toda possibilidade de um ordenamento jurídico.

De acordo com Oswaldo Giaciosa Junior, para Schmitt:

O conceito de soberania não pode ser compreendido a partir da regularidade da norma, mas da instabilidade da exceção, não, portanto, fora do âmbito do fato real da natureza e da política. Em razão disso, a soberania assinala um domínio limítrofe, situado entre o ordenamento jurídico e o âmbito não jurídico da política. E, justamente por constituir essa fronteira evanescente, ele conserva um elemento fundamental pelo qual faz-se acessível à racionalidade jurídica e, em verdade, só adequadamente acessível a ela, pois que constitui a essência do jurídico – o elemento decisão (Giaciosa Junior, 2017, p. 165).

Portanto, Carl Schmitt oferta importante hipótese de leitura do fenômeno da juridicidade, quando pretende demonstrar que a exceção é

condição essencial para decisão e esta será a base estruturante do ordenamento jurídico.

Diante de suas afirmações políticas, Schmitt coloca-se como um crítico do pensamento liberal, ante o caráter político teológico que emana de seus escritos. Uma das questões centrais que Schmitt busca em seus textos é problematizar sobre a questão política do estado exceção, no qual, com certa clareza em sua crítica demonstra que o regime excepcional assola qualquer sistema jurídico necessitado de um grau de normalidade para a devida vigência e efetividade das normas postas.

Nesse sentido, Schmitt buscará esclarecer o conceito de Estado por meio da política em seu livro intitulado “O Conceito do Político”. (Schmitt, 2008). Assevera que a política é essencial para conceituar e erigir as bases do pensamento estatal, na medida que o Estado é compreendido de per si, como uma condição inerente a determinado povo, verificado em decorrência das condições reais posta em frente deste ao momento necessário para tomar uma decisão. (Schmitt, 2008).

O jurista alemão compreende que a política se manifesta na relação de antítese entre “amigo-inimigo”, exprimindo um grau de intensidade entre a união e a separação. O inimigo¹¹ político será compreendido como o outro, como o desconhecido, não sendo possível em casos de conflito extremo – como em crimes contra o Estado Democrático de Direito – métodos conciliatórios ou meditativos para a convivência entre as partes. (Schmitt, 2008).

Tal conflito, apenas será resolvido pelo grupo político que se encontra dentro desta relação, capaz de se autodeterminar e determinar o outro, o desconhecido, que coloca em ameaça a sua existência. A partir desse conceito, Schmitt compreende que a política é a real possibilidade existente de um confronto. (Schmitt, 2008).

Conforme Felipe Alves da Silva (2024, p. 96):

Nessa dimensão ontológica do político não há determinação substancial: qualquer associação pode tomar forma de grandeza política. O que importa é a possibilidade de chegar ao ponto decisivo (*entscheidenden Punkt*) marcado pela intensidade existencial da luta, pois o que interessa a Schmitt na maneira como está pensando

essa relação é o caso do conflito. Toda contraposição em sentido religioso, moral, étnico, econômico ou de outra categoria, diz ele, transforma-se em uma contraposição política quando é forte o suficiente para agrupar os seres humanos efetivamente em amigos e inimigos, a ponto de definirem-se, por si mesmos, a decisão sobre o caso crítico, convertendo-se em uma nova substância da unidade política. Fala-se em existencialismo político porque só os próprios participantes podem determinar o caso extremo de conflito – Schmitt fala em uma participação e colaboração existenciais –, cada um deles só pode decidir por si se a alteridade do estranho no caso concreto de conflito significa a negação do seu próprio tipo ou modo de existência e é, portanto, defendido ou combatido a fim de preservar aquilo que Schmitt chama de seu próprio “tipo de vida” (*Art von Leben*). O ponto decisivo diz respeito ao grau de intensidade do conflito.

Compreende-se, assim, o evidente posicionamento de Schmitt em relação da apreensão do político como agrupamento orientado ao caso crítico existencial, percebendo que, o político não é em si normativo e por conseguinte, a unidade política existente, é forçada a decidir - sob pena de cessar sua existência - não podendo outorgar tal poder de decisão, sempre que a existência da dicotomia “amigo-inimigo” estiver presente na história. (Schmitt, 2008).

5.1 A legalidade

O conceito de legalidade em Schmitt possui sentido delimitado, devendo, na perspectiva do jurista, observar a história e a gênese do Estado Legiferante¹² parlamentar e do tipo de norma que o mesmo instituiu.

Apesar de Schmitt esmiuçar-se em demonstrar variadas formas de reconhecer Estado, o escopo do presente trabalho será o Estado que promulga leis e, nesse sentido, o Estado legiferante parlamentar, caracteriza-se pela criação de normas de conduta – baseadas em imperativos categóricos kantianos – que serão compreendidas como direito e, ainda como expressão de vontade popular. O autor explica:

Um estado legiferante é um Estado regido por normatizações com conteúdo mensurável e determinável, caracterizadas como impessoais e, por esse motivo, *gerais*, bem como predeterminadas e, conseqüentemente, concebidas, visando a uma *duração permanente*.

Em tal Estado, lei e aplicação da lei, legislador e aplicação da lei existem separados entre si (Schmitt, 2007, p. 2).

197

Da análise do trecho, podemos afirmar que Schmitt busca esclarecer que o Estado Legiferante buscará sempre o distanciamento do criador e do aplicador da lei. É também pressuposto, em um Estado Legiferante, um Poder Executivo que é legítimo por sua autonomia discricionária, mas, no entanto, que se subordine a ordem da lei (Schmitt, 2007, p. 2).

Esta será a pedra basilar de um sistema que não é regido por pessoas e sim por uma norma geral:

O último e verdadeiro sentido do “princípio” fundamental de “legalidade” de toda e qualquer vida estatal consiste, enfim, em que não mais se imponham, de maneira alguma, poderes e ordens, afinal de contas, somente se pode fazer valer normas impessoalmente vigentes. Nesse caso, a forma especial de manifestação do direito é a lei e a justificação específica da coerção estatal é a legitimidade (Schmitt, 2007, p. 3).

Em um regime jurídico estatal como o de Hans Kelsen, a norma pressuposta fundamenta o devir e, neste caso, o direito manifestar-se-á por meio da instituição de uma norma e a legalidade nestes termos, será justificada com a coerção estatal.

A reflexão schmittiana antiliberal, vai se opor a determinado Estado Legiferante, mesmo reconhecendo, enquanto houver crença na racionalidade – fundada na crença no iluminismo¹⁴ - e no idealismo normativo, ou seja, a razão superar a mera vontade, o Estado Legiferante será visto em termos políticos como modelo ideal.

Sobre o sistema de legalidade no Estado Legiferante, Schmitt irá demonstrar que o direito será reduzido a ideia da lei e, a própria lei, será reduzida a regulação estatal, “O Estado é lei, a lei é o Estado. Deve-se obediência exclusivamente à lei, apenas perante ela, nulifica-se o direito de resistência. Existe apenas legalidade, e não autoridade na ordem de cima para baixo” (Schmitt, 2007, p. 19).

O legislador nesse sentido, será no Estado legiferante, juntamente com suas leis instituídas, detentor do monopólio legalidade do sistema – sendo assim um legislador ordinário - e de todo o aparato protetivo do Estado.

Se o conceito de lei se apropriar de toda e qualquer relação para com a razão e com a justiça e se, ao mesmo tempo, for mantido o Estado legiferante com seu conceito específico de legalidade, que concentra na lei a grandeza e a dignidade do Estado, toda determinação de qualquer tipo, toda ordem e toda medida, todo comando, dirigido a qualquer ofício ou soldado e toda instrução individual endereçada a um juiz poderão ser realizadas, de forma legal e legítima, por meio de uma resolução do Parlamento ou de qualquer uma das outras instâncias envolvidas no procedimento legiferante, por força do “domínio da lei (Schmitt, 2007, p. 21).

A lei, em seu sentido formal, apresentará como característica intrínseca a confiança que se tem na vontade do legislador e no processo legiferante. Em seu sentido material, Schmitt não difere, na compreensão da lei como norma jurídica que exala o dever ser de conduta para todo indivíduo. Reconhece também o autor, a necessidade da força coercitiva da norma jurídica pela sanção, no entanto, destoa do sentido kelseniano de sanção¹⁵, compreendendo o conceito como “uma ordem associada à lei na qualidade de regra jurídica” (Schmitt, 2007, p. 23).

No processo legiferante, o legislador não será apenas criador das leis, mas também, será fonte de direito e, justamente por esta abertura semântica, da possibilidade para um caminho neutro, ou melhor dizendo, apolítico do conteúdo da legalidade é que Schmitt compreende que o parlamento do Estado Legiferante perdeu a capacidade de expressar a vontade popular, fazendo com que a expressão “lei” se tornasse mero procedimento burocrático decidido pela opinião da maioria (Schmitt, 2007).

5.2 A Legitimidade

Schmitt em todo o segundo capítulo de seu livro *Legalidade e Legitimidade*, terá como objeto de estudo a República de Weimar e as contradições nela inseridas, devido seu caráter formal na primeira parte da constituição e o caráter material na segunda. Aqui será exposto, o segundo subtópico, no qual o autor busca demonstrar onde residirá a legitimidade da forma de Estado.

Logo no início, Schmitt afirma que a Constituição de Weimar, um evidente exemplo de Estado Legiferante parlamentar, criou mecanismos contra majoritários para revisão do conteúdo legislativo, assemelhando ao Estado jurisdicional, portanto, subdividindo a pessoa do legislador em legislador extraordinário¹⁶ superior e o legislador simples inferior.

O autor ainda apresenta outro problema do desenho institucional Weimariano, em sua perspectiva, sobre o legislador inferior e o seu sistema de legalidade. A Constituição de Weimar tinha vigente quatro mecanismos (arts. 73 §1, 73 §2, 74 §3, 76 §2) de consulta popular, para deliberação sobre a promulgação das leis.

No entanto, o art. 73, §3, altera toda ordem vigente e a necessidade do legislador ordinário com o procedimento legislativo direto e autônomo instituído por iniciativa popular, capaz de promulgar leis, a saber:

Contudo além dos casos da consulta popular plebiscitária de cunho extraordinário, a Constituição de Weimar permite, em sua organização integral, a existência do Estado legiferante parlamentar. Ademais, o seu sistema de legalidade possui uma coerência diferente daquela apresentada pela democracia plebiscitária. Em sua segunda parte, a Constituição de Weimar não apenas contém uma segunda Constituição contraposta à primeira parte, como também, possui no bojo desta, organizadora do Estado legiferante, dois sistemas paralelos de legalidade parlamentar e legitimidade plebiscitária (Schmitt, 2007, p. 63).

Na perspectiva do autor, deveria a Constituição de Weimar, optar somente pelo processo legislativo direto e autônomo, caracterizado pela vontade popular na sua essência, que não obstante, não foi a escolha do constituinte. Os modelos de consulta popular instituídos em Weimar, devido a forma do Estado legiferante parlamentar, baseado no sufrágio direito, instituidor de um legislador ordinário, acabam por instrumentalizar o povo como uma instância procedimental do processo legiferante.

O próprio texto da Constituição escrita já deixa transparecer a existência de uma grande diferença entre a consulta popular por iniciativa parlamentar e a consulta popular por iniciativa popular. No primeiro caso, apenas ocorre uma modificação no sistema do Estado legiferante parlamentar, não se justificando nenhum novo tipo de legislador pela organização de um novo procedimento legislativo específico parlamentar descrito no art. 73, §3º, dá-se a

introdução de um novo procedimento de legislação (Schmitt, 2007, p. 65).

Nota-se que Schmitt busca esclarecer sua estranheza ao Estado legiferante parlamentar, seus mecanismos de consulta popular indireta dão base para instituir uma democracia indireta, na qual, no olhar do autor não possuirá legitimidade concreta. Por outro lado, o voto direito, ou melhor dizendo, o sistema democrático-plebiscitário, em razão da sua característica imanente popular estará dotada de legitimidade.

Portanto, a legitimidade em Weimar é fruto da duplicidade de legisladores que se encontravam presentes, em um conflito entre o legislador ordinário e os mecanismos institucionais para a produção legiferante, com o sistema democrático-plebiscitário.

6. Conclusão

Neste momento da história em que o cenário da democracia parte para certa erosão, o registro de salvaguarda da democracia liberal em face de seu contraposto de democracia popular conferem ao texto a relevância da discussão.

No papel proeminente do direito herdado de Kant e transmitido herculeamente a Kelsen o iluminismo racionalista arrasta com o progresso toda a emulsão do conceito de humanidade esclarecida, valendo-se da política democrática representativa para alinhar seus objetivos íngremes.

O Estado moderno, pautado na democracia liberal, que tem como nascedouro um contrato social (documento jurídico), põe no cerne da política a fundamentação jurídica, como, ainda, estabelece-lhe os limites pelo *jus*.

Se a soberania é popular, não se traduz como um fato, senão como um aspecto normativo geratriz do sistema jurídico-político, em cuja dinâmica surge o critério da legalidade e da legitimidade no respeito hierárquico do direito criado e aplicado.

Essa é a possibilidade de que a liberdade racional seja mantida, ou seja, que um dever ser pulverizado no seio comunitário, constrangendo

objetivamente cada um de seus integrantes, por força do contrato, conjugue-se à ordem social, sem olvido ao fato de que as discordâncias entre o social e o individual coexistem em razão do sistema jurídico assegurar a posição contra majoritária por razões de democracia.

Em Schmitt soberania é a capacidade de decreto da exceção pelo poder soberano, fazendo com que o direito se auto suspenda nas situações limite, dada a vontade da maioria disposta a eliminar o outro, o inimigo. Sem embargo de como se “faz” o inimigo no campo do discurso, há de ficar claro que o político se superpõe ao jurídico e dele se vale para o processo de exclusão.

Tem sido banalizada mundo afora o conceito de democracia quando, em nome de garantias fundamentais ou interesse público, defenestra-se, por vontade política, ao arrepio da isonomia jurídica, e fazendo do direito o rito de passagem da decisão tirana à decisão legítima, a tutela de migrantes, ainda que este empalidecer constranja por razões de necessidade à mão-de-obra barata que faz aquecer a economia à custa de mais-valia absoluta. Ou quando se desregulam direitos sociais pondo em regime de exceção grupos vulneráveis pelo toque hermenêutico de conceitos abertos e indeterminados, tratando-se dos “inimigos” do sistema que haverão de sucumbir à maioria no sentido político schmittiano, decidindo-se em prol do “nós”, contra “os outros”, sempre alentando essa soberania ao toque de forte discurso populista em que a mídia, sob pretexto de liberdade de expressão, massifica consciências, e nessa toada de Estado, povo e movimento, faz-se o governo soberano da exceção na autosuspensão do direito.

Se a democracia liberal marca uma espécie de vácuo entre indivíduo e Estado, diante da perspectiva econômico-burguesa ter requestado do derradeiro, proteção às liberdades, sem, no entanto, comprometer os primeiros em ideais solidários, ao menos no plano da participação comunitária, algo que desafia racionalistas do calibre de Habermas a reescrever a democracia participativa no consenso deliberativo, essa ainda é a possibilidade de, fundada e resguardada pelo direito, remanescer a diferença, o respeito ao outro, e a inclusão por motivos de cor, raça, sexo,

ideologia, religião e etnia, algo que, no pensamento decisionista político, escapa à subsistência ante a noção homogênea de povo afinada com o interesse público dentro de um território delimitado pelo direito.

E o direito, nessa perspectiva, figura como válvula para legitimação de atos de natureza política, advindos do povo, encarnado no soberano, fazendo o decreto da exceção.

Referências

- Agamben, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora da UFMG. 2007.
- Amado, Juan Antonio García. Defesa de Kelsen diante dos ignorantes e cretinos. In: **Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana**. Costa Matos, Andityas Soares de Moura; Santos Neto, Arnaldo Bastos (Org.). Curitiba: Juruá. 2012.
- _____. É possível ser antikelseniano sem mentir sobre Kelsen? In: **Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana**. Costa Matos, Andityas Soares de Moura; Santos Neto, Arnaldo Bastos (Org.). Curitiba: Juruá. 2012.
- Bobbio, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone. 1995.
- _____. **Teoria geral do direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes. 2008a.
- _____. **Direito e poder**. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: editora da UNESP. 2008b.
- Boron, Atilio A; González, Sabrina. Resgatar o inimigo? Carl Schmitt e os debates contemporâneos da Teoria do Estado e da Democracia. In: **Filosofia política contemporânea: controvérsias sobre civilização, império e cidadania**. São Paulo: Departamento de Ciência Política – USP. 2006.
- Bueno, Roberto. Schmitt: a crítica liberal através do político. In: **Reflexión Política**, Bucaramanga-Colombia: Universidad Autónoma, vol 12, nº 24, p. 60-67.2010.
- _____; Ramiro, Caio Henrique Lopes. **Sonhos e pesadelos da democracia em Weimar: tensões entre Carl Schmitt e Hans Kelsen**. São Paulo: LiberArs, 2017.
- Campbell, Tom. El sentido del positivismo jurídico. In: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante. n. 25, p. 303-331.2002.
- Carnelutti, Francesco. **Metodologia do direito**. Trad. Wilson Prado. São Paulo: editora Pillares. 2012.
- Chahrur, Alan Ibn. A importância teórica e prática da norma fundamental. In: **Revista de Informação Legislativa**, nº 211 pp35-53. 2011.
- _____. **O positivismo crítico: continuidade e ruptura no pensamento de Hans Kelsen**. Tese de Doutorado. Campinas: Universidade Estadual de Campinas. 2017. Disponível em: <https://www.repositorio.unicamp.br/acervo/detalhe/989561>.
- Cristi, Renato. **Carl Schmitt and authoritarian liberalism: strong state, free economy**. University of Wales Press. Card. 1998.
- Ferreira, Bernardo. Democracia, relativismo e identidade política em Hans Kelsen e Carl Schmitt. In: **Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana**. Costa Matos, Andityas Soares de Moura; Santos Neto, Arnaldo Bastos (Org.). Curitiba: Juruá. 2012.
- Flickinger, Hans Georg. A luta pelo espaço autônomo do político. In: Schmitt, Carl. **O conceito do político**. Trad. Alvaro L.M. Valls. São Paulo: Vozes. 1992.
- Giacioia Junior, Oswaldo. Entre a regra e a exceção: fronteiras da racionalidade jurídica. In: **Sonhos e pesadelos da democracia em Weimar: tensões entre Carl Schmitt e Hans Kelsen**. São Paulo: LiberArs, 2017.
- Goyard-Fabre, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

- Grau, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros editores. 1998.
- Heller, Hermann. Autoritärer Liberalismus? In: **Gesammelte Schriften**. Band I-III. Tübingen: Mohr. 1992.
- Herrera, Carlos Miguel. Schmitt, Kelsen y el liberalismo. In: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante. n. 21-II, p. 201-218. 1998.
- Herzog-Márquez, Jesús Silva. Sismología política. Un apunte sobre Carl Schmitt. In: **Isonomia: Revista de teoría y filosofía del derecho**, nº 4, p. 149-155. 1996.
- Kelsen, Hans. Essência e valor da democracia. In: **Arquivos do Ministério da Justiça**, nº 170, p. 63-129. 1987.
- _____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1991.
- _____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2006.
- _____. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2009.
- _____. **Autobiografia de Hans Kelsen**. 2ª edição. Trad. Gabriel Nogueira Dias; José Ignácio Coleho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense. 2011.
- _____. **A democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti (et. All). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000.
- Larenz, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997.
- Marcuse, Herbert. O combate ao liberalismo na concepção totalitária do Estado. In: **Cultura e sociedade**. Vol. 1. Trad. Wolfgang Leo Maar, Isabel Loureiro, Robespierre de Oliveira. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1997.
- Martins, Argemiro Cardoso Moreira. O debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt em seu tempo e para além dele. In: Bueno, Roberto; Ramiro, Caio Henrique Lopes. **Sonhos e pesadelos da democracia em Weimar: tensões entre Carl Schmitt e Hans Kelsen**. São Paulo: LiberArs, 2017.
- Mouffe, Chantal. Pensando a democracia com, e contra Carl Schmitt. In: **Revue Française de Science Politique**. vol 42. nº 1. 1992, p. 1-14. Trad. Menelick de Carvalho Neto. Disponível na internet: www.almg.gov.br/CadernosEscol/Caderno2/teoria.pdf. Acesso em: 10/08/2012.
- Paulson, Stanley L. A ideia central do positivismo jurídico. Trad. Thomas da Rosa de Bustamante. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, nº 102, p. 101-137. 2011.
- _____. A importância de Hans Kelsen em nossos dias. In: MATOS, Andytias Soares de Moura Costa. **Contra Natvram: Hans Kelsen e a tradição crítica do positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá. 2013.
- Pinheiro, Alexandre Sousa. A Ditadura em Carl Schmitt. Carl Schmitt Revisistado. Carlos Blaco de Morais e Luís pereira Coutinho (org). Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-políticas. 2014.
- Ramiro, Caio Henrique Lopes; Herrera, Luiz Henrique. Hans Kelsen: filosofia jurídica e democracia. In: **Revista de Informação Legislativa**, v. 52, n. 205, pp. 235-260. 2015.
- _____. Schmitt em Weimar: reflexões sobre a crítica antiliberal a democracia. In: **Carl Schmitt Studien**, nº 1, pp. 121-135. 2017.
- SÁ, Alexandre Franco de. Sobre a justificação racional do poder absoluto: racionalismo e decisionismo na teologia política de Carl Schmitt. In: **Revista Filosófica de Coimbra**, Coimbra, nº 23, p. 157-180. 2003.
- Schmitt, Carl. **La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria**. Trad. José Díaz Garcia. Madrid: Revista de Occidente. 1968.
- _____. I tre tipi di pensiero giuridico. In: **Le categorie del 'politico': saggi di teoria politica**. Trad. Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera. Bologna: Società editrice il Mulino. 1972.
- _____. **Teoría de la Constitución**. Madri: Alianza editorial. 1982
- _____. **Teoría de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alanza Editorial. 1982.

- _____. **O conceito do político**. Trad. Alvaro L.M. Valls. São Paulo: Vozes. 1992.
- _____. Teologia Política. Trad. Inês Lohbauer. In: **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta. 1996a.
- _____. A situação intelectual do sistema parlamentar atual. Trad. Inês Lohbauer. In: **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta. 1996b.
- _____. **Legalidade e legitimidade**. Trad. Tito Livio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.
- Silva, Felipe Alves da. Trazer de volta o conflito: Schmitt sobre o político. In: **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, nº 43(1), pp. 93-113. 2024.
- Vita, Leticia. **La legitimidad del derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar. Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller**. Buenos Aires, Eudeba-Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2014.

Artigo recebido em: 10/12/2025.

Aceito para publicação em: 14/07/2026.

A utilização de inteligência artificial nos tribunais brasileiros com objetivo de construção de uma jurisprudência virtuosa

The use of artificial intelligence in brazilian courts aiming to build a virtuous jurisprudence

Patrícia Borba Marchetto¹

Athur Gonçalves Cassiani²

Resumo: O uso de inteligência artificial nos tribunais ao redor do mundo tem despertado o interesse de juristas, que objetivam encontrar a natureza jurídica dos algoritmos e do aprendizado das máquinas, a fim de ser possível conferir à IA um papel específico para a construção de uma jurisprudência virtuosa. Enquanto parte dos pesquisadores entendem que as máquinas devem contribuir do ponto de vista quantitativo, existem estudiosos que encontram na tecnologia uma alternativa qualitativa, que resulta em maior segurança jurídica e uniformidade das decisões. Contudo, ambas alternativas possuem seus respectivos riscos, como a falta de transparência dos algoritmos, bem como o uso exacerbado da técnica que acaba por descontextualizar os litígios e transformá-los em procedimento utilitarista matemático. Sendo assim, se faz necessária uma abordagem no sentido de encontrar qual o papel da inteligência artificial nos tribunais brasileiros, com a análise das debilidades e ganhos desse mecanismo, além de indagar qual o real objetivo de adicionar esta nova variável aos julgamentos. Dessa forma, através de uma metodologia referencial bibliográfica, com a utilização de livros, artigos e obras que versem a respeito do tema, serão analisadas as nuances do uso de tecnologia preditiva e de inteligência artificial no Poder Judiciário brasileiro.

Palavras-chave: Inteligência artificial; Jurisprudência virtuosa; Aprendizado de máquinas nos tribunais.

Abstract: The use of artificial intelligence in courts around the world has sparked the interest of jurists aiming to understand the legal nature of algorithms and machine learning, in order to assign a specific role to AI in the construction of a virtuous jurisprudence. While some researchers believe that machines should contribute quantitatively to reduce the judicial backlog, others see technology as a qualitative alternative that leads to greater legal security and uniformity of decisions. However, both alternatives carry their respective risks, such as the lack of transparency in algorithms and the excessive use of techniques that can decontextualize disputes and turn them into mathematical utilitarian procedures, devoid of the emotion and humanity necessary for a judge or arbitrator. Therefore, it is necessary to approach the role of using artificial intelligence in Brazilian courts by analyzing the weaknesses and benefits of this mechanism, as well as questioning the true objective of adding this new variable to legal proceedings.

¹ Doutora em Direito pela Universidad de Barcelona (2001), com título reconhecido pela Faculdade de Direito da USP. Professora na graduação e pós-graduação da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7507-961X>.

² Mestrando em Direito na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - Câmpus de Franca - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-3803-0640>.

Thus, through a bibliographical reference methodology involving books, articles, and works on the subject, we will analyze the nuances of using predictive technology and artificial intelligence in the Brazilian judiciary.

Keywords: Artificial intelligence; Virtuous jurisprudence; Machine learning in courts.

1. Introdução

O presente artigo visa analisar a inserção do uso de algoritmos e do aprendizado de máquinas nos tribunais brasileiros, de modo a compreender qual o papel preponderante de tal mecanismo no processo de tomada de decisão, bem como qual seria melhor uso para os algoritmos.

Isso porque é defensável duas abordagens de aplicação diametralmente opostas. De um lado, os usos da tecnologia nas cortes de justiça podem servir como alternativa ao acúmulo de processos, com objetivo de redução da morosidade nos julgamentos. De outro, a possibilidade de permitir aos julgadores um maior respaldo na tomada de decisões, que agora contaria com um novo vetor na equação, o que poderia ocasionar uma maior segurança jurídica e redução de arbítrio, bem como trazer maior robustez às fundamentações das decisões judiciais.

Entretanto, independentemente do viés analisado a respeito do objetivo da tecnologia preditiva no Poder Judiciário, existem riscos inerentes ao seu uso, como a falta de transparência na construção do algoritmo, que carrega grande parte do subconsciente de seu programador, ou até mesmo de crenças explicitamente redigidas, bem como o perigo da descontextualização, que remove o pano de fundo dos litígios e os analisa tão somente como uma equação matemática, em um nítido processo utilitarista.

Daí a relevância do tema, já que o objetivo do presente artigo é de estudar os efeitos das novas ferramentas de tecnologia preditiva e de aprendizado de máquinas, as quais fazem parte da realidade dos tribunais e juízes que, imersos em uma mecânica totalmente inédita, necessitam de maior respaldo a respeito de qual o melhor uso a ser dado às novas tecnologias colocadas à disposição dos sistemas de justiça.

Vale destacar que um dos pontos cruciais a serem considerados na análise da inserção de algoritmos e aprendizado de máquinas nos tribunais brasileiros é a questão da responsabilidade, isso porque, ao adotar novas tecnologias, se faz necessário estabelecer claramente quem será responsável por eventuais erros ou injustiças decorrentes de sua utilização. Afinal, embora os algoritmos possam oferecer suporte na tomada de decisões, a palavra final ainda cabe aos juízes e demais operadores do direito. Portanto, é fundamental definir mecanismos de supervisão, *accountability* e revisão humana para garantir a integridade do processo decisório.

Outro aspecto relevante a ser explorado é o impacto da tecnologia no acesso à justiça, já que, embora a utilização de algoritmos e aprendizado de máquinas possa contribuir para a agilidade e eficiência dos julgamentos, é essencial garantir que as camadas mais vulneráveis da sociedade não sejam prejudicadas ou excluídas. Quer dizer, é preciso assegurar que as decisões tomadas com o auxílio dessas ferramentas sejam pautadas pela imparcialidade e pelo respeito aos direitos fundamentais, de modo a promover a igualdade de tratamento e acesso à justiça para todos os cidadãos.

A pesquisa será realizada por meio de uma abordagem metodológica que se baseia em uma revisão bibliográfica abrangente, utilizando uma ampla gama de fontes acadêmicas, tais como livros, artigos científicos, monografias e obras relevantes relacionadas ao tema em questão, de modo a oferecer uma análise aprofundada e embasada sobre o assunto, permitindo uma fundamentação teórica sólida para a investigação em questão.

A meticulosa seleção das fontes assegurará a obtenção de informações relevantes, atualizadas e confiáveis, provenientes de renomados especialistas e estudiosos que se debruçaram sobre a discussão do tema em análise. Além disso, a pesquisa abrangerá diferentes perspectivas teóricas, visando obter uma compreensão abrangente e crítica sobre o assunto abordado, enriquecendo a análise e proporcionando uma base crítica para o estudo.

2. Da jurisprudência virtuosa

Desde a gênese do pensamento crítico jurídico são constantes os debates no sentido de encontrar quais são os requisitos necessários para a fundação de uma decisão judicial virtuosa, que possa ser considerada justa e equilibrada.

Inicialmente, o conceito de virtude abordado pelo presente trabalho pode ser entendido como a habilidade de realizar determinada tarefa de forma admirável, com atuação moral, em um padrão de excelência.

Todavia, tendo como abordagem a percepção jurídica e social da virtude para a consecução de decisões judiciais imbuídas de elevados padrões morais, segundo a teoria moral concernente à realidade brasileira, sendo necessário promover tal recorte, sob pena de desconsiderar as diferentes sociedades e suas particularidades, como descrito por Hooft (2006).

Essas discussões são fundamentais para o aprimoramento do sistema jurídico, uma vez que a busca pela justiça é um objetivo central do Direito. Entre os requisitos necessários para uma decisão judicial virtuosa, dentre as várias estudadas, destaca-se a imparcialidade do julgador, que deve ser capaz de analisar os fatos e as provas de forma objetiva, sem qualquer tipo de viés ou preconceito.

Contudo, tal imparcialidade corre o risco de subjugar o magistrado a um comportamento não virtuoso, já que a resposta emocional faz parte da construção da decisão judicial, e que é influenciado pela natural parcialidade do ser humano. Nesse sentido (AMAYA, 2011):

Portanto, o juiz que aborda um caso de maneira fria e imparcial não apenas se comporta de maneira não virtuosa, pois não possui a resposta emocional apropriada, mas sua percepção do caso também será defeituosa, uma vez que essa resposta é uma parte constitutiva do reconhecimento e apreciação corretos dos detalhes de um caso. As emoções são "formas de ver": alguém não pode ver daquela maneira, a menos que tenha certas emoções. Portanto, as capacidades cognitivas e emocionais são necessárias para realizar com sucesso as tarefas perceptuais que, como mencionei, são centrais na argumentação jurídica³.

³ Por lo tanto, el juez que se enfrenta a un caso de una manera fría e imparcial no sólo se comporta de una forma no virtuosa, en cuanto que no tiene la respuesta emocional apropiada, sino que su percepción del caso será también defectuosa, dado que esta respuesta es una parte constitutiva de lo que significa reconocer y apreciar correctamente los particulares de un caso. Las emociones son 'modos de ver': uno no podría ver de 'esa' manera a menos que tenga ciertas emociones. 18 Por lo tanto, las capacidades cognitivas y emocionales son necesarias para llevar a cabo con éxito las tareas perceptuales que, como he señalado, son centrales en la argumentación jurídica (AMAYA, 2011, tradução nossa).

Quer dizer, é importante que, desde o princípio da interpretação do caso concreto, seja possível afirmar que o juiz é sensível à causa em julgamento, mesmo que de modo imparcial e sem vieses, porque a ausência de humanidade nas análises gera frieza, estranhamento e distanciamento, o que resulta em uma sentença não virtuosa.

Assim, de início, resta afastada a premissa utilitarista de que o juiz deve despir-se, necessariamente, de seus ideais e parcialidades, já que tais características são necessárias para que a interpretação das particularidades do caso ocorra sob o primas da humanidade e da emoção.

Por óbvio, as paixões não podem ser levadas ao extremo, sob pena de comprometer o devido processo legal. Entretanto, o sentimento humano do julgador não pode ser ceifado, já que é isso que, além de outras particularidades, diferencia o ser humano dos algoritmos.

Outro requisito importante é a consideração dos valores éticos e morais envolvidos no caso, já que o Direito não deve se restringir apenas às leis escritas, mas também levar em conta os princípios e valores que regem a sociedade. Uma decisão judicial virtuosa deve ser capaz de ponderar e equilibrar os interesses em conflito, buscando sempre a solução que melhor promova a justiça e a equidade.

Nesse sentido, é necessário que o julgador tenha sensibilidade para compreender as diferentes perspectivas e contextos envolvidos, evitando decisões que possam perpetuar desigualdades ou violar direitos fundamentais. Assim, a busca por uma decisão judicial virtuosa demanda uma constante reflexão sobre os princípios e valores que norteiam o Direito, bem como uma análise criteriosa dos elementos fáticos e jurídicos envolvidos no caso.

Além disso, a fundamentação jurídica consistente também é essencial, pois a decisão deve estar embasada em normas legais e princípios constitucionais, garantindo a segurança jurídica e evitando decisões arbitrárias.

Para que haja o correto embasamento, é basilar que a interpretação dos fatos seja feita da forma mais particular possível, distinguindo o caso concreto das demais demandas, resultando em um julgado bem interpretado, relato e sentenciado (AMAYA, 2019):

Portanto, um juiz virtuoso traz ao processo de interpretação uma perspectiva particularista, uma capacidade perceptual refinada, uma resposta emocional adequada, uma descrição bem elaborada do caso e uma maneira distinta de resolver conflitos normativos, todos os quais são fundamentais para fornecer uma explicação completa das circunstâncias em que as teorias de interpretação resultam em um julgamento legal sólido⁴.

Ademais, para a autora, inexistente possibilidade de codificar todos os requisitos para um julgamento virtuoso, até mesmo em razão da mutabilidade e complexidade das questões humanas. Todavia, aponta que existem cinco aspectos chave na tentativa de descrever a forma mais acurada de julgamento virtuoso.

Inicialmente, destaca que se faz necessário ao juiz oficiante o assenhoreamento das particularidades do litígio, com habilidade de articular respostas para as mais variadas perguntas atinentes à demanda.

Em segundo lugar, aponta que inexistente virtude sem uma alta percepção dos elementos implícitos e subjacentes dos processos, o que requer alto grau de imaginação e de inventividade, de modo que ao julgador não haja surpresa durante o andamento do feito ou de uma eventual mudança de narrativa.

Em terceiro lugar, aponta ainda que não se trata somente de ação por parte do magistrado, mas de emoção, ressaltando a necessidade de que haja responsabilidade emocional no trato de processos judiciais, especialmente em função da gravidade de grande parte dos litígios, demandando uma estabilidade emocional que não pode ser confundida com frieza.

Em seguida, como quarta premissa, destaca a necessidade de a decisão judicial descrever o caso vertente com excesso de zelo, de modo a estar visível e ser compreensível os valores empregados na tomada de decisão, com todas as questões relevantes à ação sendo efetivamente tutelados pelo poder jurisdicional.

Por fim, conclui que é requisito a habilidade de promover um equacionamento de regras e princípios claros, permitindo ao intérprete distinguir aquele caso concreto, e sua respectiva fundamentação, de casos com premissas parecidas, mas que não necessariamente possuam o mesmo desfecho, justamente

⁴ Hence, a virtuous judge brings to the process of interpretation a particularistic outlook, a fine-tuned perceptual capacity, a fitting emotional response, a well-composed description of the case, and a distinct way of solving normative conflict, all of which are critical to give a thorough explanation of the circumstances under which theories of interpretation result in sound legal judgment (AMAYA, 2019, tradução nossa).

em função da forma com que o ordenamento jurídico foi utilizado para resolver as particularidades daquela demanda.

Já para MICHELON (2010), somente um certo tipo de pessoa poderia ser responsável pelas decisões judiciais, em razão da intrínseca necessidade de que certas virtudes fossem alcançadas pelo juiz.

Destaca o autor que o ponto central de uma tomada de decisão assertiva parte de uma sabedoria prática do julgador, que perpassa pela prudência, reflexão teórica, solidariedade social, imaginação e senso de memória.

Ou seja, a busca pela jurisprudência virtuosa está intimamente ligada a questões objetivas do caso concreto, mas necessariamente atrelada às características subjetivas do próprio julgador, sendo importante estabelecer fronteiras entre o litígio posto e a vida particular do decisor, mas sem um distanciamento que não o permita encontrar outros fundamentos além do texto legal.

SOLUM (2003) destaca que uma das formas de encontrar os requisitos para uma jurisprudência virtuosa demanda aferir quais são as piores condutas possíveis de julgador, de modo a ser possível extrair o conceito oposto da virtude, e por conseguinte, facilitar a compreensão da definição perseguida.

Ele destaca que a corrupção é o maior perigo às decisões, porque eventual conflito de interesses pode resultar em injustiças perpetradas por autoridades que ocupam postos de grande relevância e confiança, ferindo partes de boa-fé que sequer possuem meios de defesa.

Ainda, aponta que a covardice civil, como o temor de represálias, sejam elas físicas ou profissionais, afastam o julgador de seu real propósito, pois a justiça demanda coragem e independência para a tomada de decisão, sem qualquer receio da opinião pública, por exemplo.

Como terceiro grande vício, destaca que o mau temperamento, que culmina com desrespeito entre às partes envolvidas, excesso de carga emocional, raiva e ressentimento, o que é prejudicial para o correto procedimento durante a atividade jurisdicional.

Até então, o autor pontua três vícios que fazem parte de um conjunto subjetivo e de personalidade/ética. Todavia, aponta que o quarto vício pressupõe

uma deficiência intelectual do magistrado, que não pode ser incompetente, sendo necessário constante aprimoramento legal, a fim de que inexista qualquer decisão com problemas ortográficos ou de fundamentação legal.

Por fim, aponta que a dificuldade do julgador em saber diferenciar o que é alcançável do que é impraticável, bem como distinguir os aspectos importantes de uma disputa dos aspectos triviais, resulta em um aspecto de “tolice” insuperável, pois compromete a seriedade do procedimento e pode causar consequências gravíssimas.

Assim, conclui que as virtudes de um magistrado para escorreita tomada de decisão demandam um bom temperamento judicial, coragem cívica, inteligência jurídica, e sabedoria do agir.

Portanto, não só tendo por base somente tais requisitos, mas como um rol exemplificativo das mais variadas características necessárias para uma boa decisão judicial, o presente artigo parte do pressuposto que uma jurisprudência virtuosa deve abarcar diversos requisitos objetivos e subjetivos, e que não necessariamente podem ser minuciosamente descritos, por razões já apontadas.

3. Utilização de inteligência artificial nos tribunais brasileiros

Os algoritmos têm sua origem na matemática e consistem em um conjunto de passos sequenciais a serem seguidos para atingir um objetivo. Essa abordagem algorítmica remonta a milênios atrás, datando pelo menos de 300 a.C., quando o método de Euclides foi desenvolvido para encontrar o maior divisor comum entre números inteiros, como descrito por KNUTH (1969).

No campo da ciência da computação, os algoritmos desempenham um papel fundamental e são essenciais para o funcionamento dos sistemas computacionais, já que são definidos como um conjunto de instruções sequenciais projetadas para resolver um problema específico, fornecendo uma estrutura lógica para a execução de tarefas complexas.

Os algoritmos estão presentes em uma ampla gama de aplicações, desde o processamento de dados até o aprendizado de máquina e a inteligência artificial, e

se tornaram cada vez mais sofisticados e adaptáveis, sendo capazes de lidar com grandes volumes de dados e tomar decisões automatizadas.

Para explorar todo o potencial dessas poderosas ferramentas, é essencial compreender o conceito de algoritmo e também abordar questões relacionadas à sua eficiência, transparência e ética, por permitir uma exploração mais aprofundada de seu potencial, bem como a análise crítica de aspectos importantes, como seu impacto social, equidade e confiabilidade.

No contexto deste artigo, é importante analisar de maneira mais precisa o conceito de algoritmo, considerando seu uso computacional na execução de tarefas por meio de uma linguagem de programação específica. Essa abordagem possibilita a reprodução em larga escala e tem levado a situações nunca experimentadas pela sociedade.

Atualmente, a utilização de algoritmos pode envolver dezenas de estruturas emparelhadas, com uma organização lógica que permite uma rápida identificação de entradas e saídas, ou seja, não se restringem a um único caminho pré-definido, mas podem apresentar diversas possibilidades, dependendo do problema a ser resolvido.

Dessa forma, os algoritmos têm sido aplicados em uma ampla gama de processos, desde cálculos aritméticos simples e resolução de problemas matemáticos até o uso de estruturas estatísticas e preditivas. No entanto, a grande inovação reside no uso de algoritmos em conjunto com inteligência artificial, que não necessariamente é programada para uma finalidade específica ou segue uma receita de processo produtivo pré-definida. Pelo contrário: a inteligência artificial tem a capacidade de aprender novas abordagens para solucionar problemas, inclusive gerando novos algoritmos dentro de seu próprio código de programação.

Com o crescente uso de sistemas algorítmicos combinados com inteligência artificial, surge a demanda por encontrar aplicações dessas tecnologias em diversas áreas da vida contemporânea. Além disso, é necessário compreender a natureza jurídica desses sistemas e explorar como as linhas de programação podem interagir para promover uma maior qualidade e agilidade nas relações econômicas, especialmente com objetivo de encontrar maneiras de incorporar eficientemente essas tecnologias nos tribunais brasileiros.

Uma tentativa de encontrar a natureza jurídica da inteligência artificial nos tribunais advém do trabalho da juíza belga VANDERSTICHELE (2020), que destaca a necessidade de discutir a natureza jurídica dos resultados obtidos pelo uso de tecnologias preditivas e estatísticas no campo forense, argumentando que é importante examinar a natureza jurídica e a integração desses resultados com os tribunais.

Primeiramente, a autora refuta a ideia de considerar os resultados provenientes da inteligência artificial como fatos, pois as máquinas não podem atender a um padrão legal de prova em um caso específico. Em segundo lugar, ela também argumenta que não é apropriado atribuir aos resultados algorítmicos a função de laudos periciais ou peritos, pois transferir essa responsabilidade para uma linha de programação seria problemático.

Em terceiro lugar, a pesquisadora ressalta que os resultados dos algoritmos não podem ser tratados como precedentes, uma vez que o código remove o contexto das situações, resultando em uma análise desconsiderando o contexto do litígio. Em quarto lugar, os resultados dos algoritmos de aprendizado de máquina não podem ser equiparados a fontes secundárias do direito, devido às diferenças metodológicas fundamentais. A remoção do contexto e do plano de fundo das relações humanas torna essa equiparação inviável.

Dessa forma, Vanderstichele conclui que o uso dos resultados da análise supervisionada de dados por algoritmos de aprendizado de máquina requer uma abordagem *sui generis*, ou seja, um estudo e classificação como um conceito próprio. Assim, considerando os algoritmos, especialmente seu uso na programação supervisionada, como um novo elemento integrante da realidade, é necessário um estudo aprofundado sobre seu uso nas relações humanas, incluindo as interações nas redes sociais.

Tal reflexão também foi descrita por ESPOSITO (2021), que atribui a recente dificuldade de interpretação das máquinas às contantes inovações tecnológicas, de programação e armazenamento de dados, já que a inteligência artificial possui mecanismos que podem ser desconhecidos pelos próprios programadores, que perdem de vista seu funcionamento.

Assim, sem que seja possível sequer descrever com exatidão a forma de atuação de um algoritmo complexo, aliado ao aprendizado de máquinas e o *big-data*, há grande dificuldade de verificação da consistência dos resultados.

Nesse sentido, defende a pesquisadora que o grande risco reside na “opacidade” da inteligência artificial baseada em algoritmos de “caixa preta”, já que não são transparentes e ainda possuem seu código fonte restrito, dificultando qualquer forma de acesso aos dados brutos ou à árvore de passos.

E o uso indiscriminado de tais modelos acabam por colocar em risco a sociedade como um todo, já que diversas decisões relevantes podem ser tomadas sem que seja possível aferir, de fato, quais premissas foram levadas em consideração para a realização de determinado processo.

Dessa forma, conclui a autora, o objetivo seria não de necessariamente obrigar a liberação do código fonte dos algoritmos, mas determinar que haja uma explicação da própria inteligência artificial que permita alguma espécie de auditoria a respeito da forma com a qual as informações foram utilizadas:

O objetivo não é divulgar os procedimentos das máquinas, mas fazer com que as próprias máquinas forneçam explicações que sejam informativas para o usuário. Não se pede que as máquinas sejam transparentes para os observadores humanos, mas sim que expliquem suas decisões de uma forma que faça sentido para seus interlocutores. E como seus interlocutores são sempre diferentes e estão situados em diferentes situações e contextos, com interesses e necessidades distintas, as explicações terão que ser diversas e específicas. A questão é fornecer explicações adequadas para diferentes usuários⁵.

Quer dizer, para que seja possível admitir a possibilidade da inserção definitiva dos algoritmos nos Tribunais brasileiros, se faz necessário um procedimento prévio que garanta a máxima transparência das decisões e, em especial, do processo de tomada de decisões, especialmente no que se refere às premissas adotadas pela máquina.

⁵ The goal is not to disclose the procedures of the machines, but to make the machines themselves provide explanations that are informative for the user. Machines are not asked to be transparent to human observers, but to explain their decisions in a way that makes sense to their interlocutors. And since their interlocutors are always different and located in different situations and contexts, with different interests and needs, the explanations will have to be diverse and specific. The issue is to provide appropriate explanations to different users (Vanderstichele, 2020, tradução nossa).

Isso porque não basta o cumprimento cartesiano do princípio constitucional da fundamentação das decisões, mas sim a construção dos silogismos que permitiram à inteligência artificial chegar àquela conclusão, de forma concatenada e vetorial, a fim de que o resultado obtido seja validado não só juridicamente, mas procedimentalmente.

Para DREYFUS (1996), na obra *“What Computers Still Can't Do: A Critique of Artificial Reason”*, que mesmo escrita em uma época distante da capacidade atual das máquinas, conseguiu descrever bem diversas dores do mundo contemporâneo, os computadores não teriam a capacidade de realizar tarefas que dependessem da compreensão do contexto e da experiência humana, já que inexiste a possibilidade da tomada de decisão ter como elementos a intencionalidade, a emoção ou sentido do corpo, que seriam fatores fundamentais para a assertividade.

Além disso, aponta que não seria possível depender dos algoritmos quando se deparassem com situações imprevisíveis, ambíguas ou de emergência, porque o conhecimento tático e a intuição humana fazem parte de uma capacidade subjetiva do homem, e que não está presente nas máquinas.

Ainda, o autor reflete a respeito da dificuldade de um código de programação em compreender como interagem e vivem os seres humanos, o que limitaria o sistema, pois estaria afastado do mundo físico, social e sentimental, tão somente.

Com isso, a inteligência artificial não seria detentora de criatividade ou imaginação, porque lhe faltaria características humanas básicas que permitissem a inventividade, destacando os desafios de depender de linhas de programação em áreas-chave para a sociedade, como jurídica, médica e militar.

Quer dizer, se há um limbo tão grande entre máquinas e seres humanos, como repassar aos robôs as decisões judiciais? Seria um contrassenso que os cidadãos fossem julgados por um código que sequer possui qualidades humanas.

Na pesquisa de GOWDER (2019) a respeito da possibilidade de a inteligência artificial substituir a atividade judicante, foram tecidas importantes considerações sobre a incorporação dos algoritmos no processo decisório em cortes de justiça.

Na concepção do autor, seria possível aumentar a celeridade dos julgamentos se os robôs fossem utilizados para informar aos litigantes e as cortes, em casos genéricos e frequentes, a respeito de qual o posicionamento frequentemente utilizado para aquele tipo de disputa.

Como consequência, seria necessária uma nova característica por parte dos integrantes do processo judicial. Tanto juízes quanto advogados precisariam aprender a lidar com uma nova forma de advocacia, em que serão analisados, além dos fatos do caso concreto, métricas de julgamento, jurimetria, classificação ontológica da demanda e demais questões atinentes à forma com que o algoritmo poderia sugerir o desfecho daquela demanda.

Além disso, seria importante não terceirizar aos códigos decisões de áreas sensíveis, por risco de um cartesianismo excessivo, que possa colocar em risco litígios que dependam da sensibilidade humana. Por exemplo, caso os algoritmos fiquem responsáveis por conceder ou negar benefícios de prestação continuada, não se pode permitir que tão somente sejam deferidos aqueles pedidos que já constem nos sistemas informatizados, sem considerar as particularidades dos novos casos, e que possuem contextos diferentes, sob pena de colocar em risco toda a segurança financeira de uma família.

Entende o pesquisador que o uso de inteligência artificial em processos judiciais teria como pioneiros os Países de *commom law*, já que a força dos precedentes permitiria aos juízes calibrarem os robôs de modo que pudessem contemplar as especificidades de cada comarca, permitindo uma padronização regional e de cada matéria, sem que necessariamente colocasse em risco o sistema.

Contudo, para qualquer uma das alternativas de inserção da máquina nos Tribunais, o requisito essencial depende de uma evolução da academia jurídica, pois os responsáveis por essa integração precisam desenvolver as ferramentas e os métodos por esse processo, de modo a permitir um avanço econômico e tecnológico de forma benéfica, sem que haja o sacrifício de valores fundamentais ao Direito.

Importante destacar a pesquisa de SUSTEIN (2001), que reconhece a importância da inteligência artificial aplicada no campo jurídico, destacando as habilidades únicas da IA, como a análise de imenso volume de dados e identificação

de padrões extremamente complexos, muitas vezes impossíveis de serem reconhecidos pelo ser humano.

Entretanto, reitera as mesmas conclusões acerca da falta de transparência e da dificuldade da explicabilidade dos algoritmos no processo decisório, que levanta dúvidas éticas e filosóficas, já que a depender do código redigido há risco de ampliação das desigualdades sociais e do impacto negativo na privacidade dos indivíduos.

O autor sugere que para uma integração mais virtuosa, é necessário o estabelecimento de limites claros, e sob a constante supervisão humana, servindo o robô como instrumento complementar e a qualitativo na tomada de decisão, sem qualquer pretensão de substituição do juiz pela máquina, mas tão somente de nova ferramenta ser posta à disposição do Poder Judiciário.

Não obstante o potencial dos algoritmos, destaca o pesquisador que existe uma vulnerabilidade no sentido de que sem a permanente supervisão humana, haverá o inevitável cometimento de erros, mas que, sem qualquer acompanhamento, sequer será possível atribuir a responsabilidade a quem quer que seja, promovendo insegurança jurídica.

Por isso, conclui que é fundamental o estabelecimento de salvaguardas adequadas, de que seja possível uma constante revisão dos sistemas de inteligência artificial, com objetivo de mitigação de riscos, preservando a ética e a tomada de decisões de forma justa.

Já no artigo *“Aprimorando a Estabilidade e Lidando com a Fragilidade nas Microdiretivas Jurídicas Habilitadas por IA: A Importância dos Níveis Autônomos de Raciocínio Jurídico por IA”*, escrito por ELIOT (2020), é abordada a questão crucial da estabilidade e fragilidade nas microdiretivas jurídicas habilitadas por IA, com a análise do papel dos níveis autônomos de raciocínio jurídico por IA na superação desses desafios e no fortalecimento do desempenho geral dos sistemas de inteligência artificial no âmbito jurídico.

O estudo reconhece o aumento da utilização da IA no campo jurídico e sua capacidade de processar grandes quantidades de dados legais, culminando em resultados precisos. Contudo, suscita uma preocupação relevante em relação à

fragilidade e vulnerabilidade desses sistemas quando confrontados com situações complexas e imprevistas.

Para melhor definir essa questão, o autor propõe uma abordagem inovadora baseada em níveis autônomos de raciocínio jurídico por IA, os quais permitem que o sistema de IA se adapte, aprenda com experiências passadas e aprimore suas capacidades de tomada de decisão em cenários desconhecidos, fortalecendo assim sua resiliência e reduzindo possíveis falhas.

São explorados três níveis distintos de autonomia: nível um, caracterizado pela adesão rígida a regras pré-determinadas; nível dois, envolvendo a IA aprendendo a partir de exemplos e aprimorando respostas; e nível três, apresentando raciocínio crítico e tomada de decisão autônoma, embora com supervisão humana.

Nesse sentido, a pesquisa se torna extremamente relevante, já que se faz possível o estudo da inserção dos algoritmos nos tribunais em cada um dos níveis diferentes, tendo em mente que a inserção da inteligência artificial pode se dar de forma paulatina, inicialmente, com a completa supervisão humana, até o momento em que será conferida maior autonomia aos robôs.

Além disso, o artigo aponta relevantes considerações éticas e de responsabilidade associadas à implementação de tais sistemas, como a necessidade de garantir transparência nos processos de tomada de decisão baseados em IA, especialmente nos níveis mais elevados de autonomia, em que a supervisão humana pode ser limitada.

Assim, a implementação do algoritmo se torna mais aceitável, do ponto de vista prático, já que permite o acompanhamento das decisões de forma pormenorizada, até que a jurisprudência seja sólida o suficiente a ponto de permitir maior autonomia dos códigos de programação.

4. Conclusão

O artigo reafirma a importância da análise cuidadosa e reflexiva sobre a inserção dos algoritmos e do aprendizado de máquinas nos tribunais brasileiros, já que os possíveis resultados evidenciam a necessidade de considerar os diferentes

aspectos relacionados ao uso dessas tecnologias, como a transparência, a ética, a responsabilidade e o impacto no acesso à justiça.

Ao analisar os requisitos para uma jurisprudência virtuosa, é possível observar que a imparcialidade do julgador, a consideração dos valores éticos e morais, a fundamentação jurídica consistente e a habilidade de ponderar e equilibrar os interesses em conflito são elementos essenciais para a tomada de decisões justas e equitativas, tendo em mente que tais requisitos devem ser assegurados antes mesmo da incorporação dos algoritmos e do aprendizado de máquinas no processo decisório.

A utilização de inteligência artificial nos tribunais brasileiros representa um avanço significativo em termos de eficiência e agilidade dos julgamentos. No entanto, é fundamental garantir que a implementação dessas tecnologias seja acompanhada por mecanismos de supervisão, transparência e responsabilização, a fim de preservar a integridade do processo decisório e evitar consequências negativas.

Além disso, é preciso assegurar que as camadas mais vulneráveis da sociedade não sejam prejudicadas ou excluídas pelo uso dessas ferramentas, já que a busca pela igualdade de tratamento e acesso à justiça deve ser um princípio orientador na aplicação dos algoritmos e do aprendizado de máquinas nos tribunais brasileiros.

A compreensão dos conceitos de algoritmo e inteligência artificial, bem como a análise de sua natureza jurídica e impacto social, é essencial para explorar todo o potencial dessas tecnologias de forma responsável e ética, sendo necessário o desenvolvimento de uma abordagem que permita a explicabilidade dos algoritmos, de modo a garantir a compreensão e a auditabilidade das decisões tomadas por máquinas.

Portanto, a incorporação dos algoritmos e do aprendizado de máquinas nos tribunais brasileiros é um processo complexo que exige uma abordagem cautelosa e reflexiva. É fundamental buscar o equilíbrio entre a eficiência e a qualidade das decisões, preservando os princípios fundamentais do Direito, a igualdade de tratamento e o acesso à justiça.

Referências

- AMAYA, Amalia. **Virtuous Adjudication; or the Relevance of Judicial Character to Legal Interpretation**, Statute Law Review, Volume 40, Issue 1, February 2019, Pages 87–95, <https://doi.org/10.1093/slr/hmy033>
- AMAYA, Amalia. **Virtud y Razón en el Derecho: Hacia una Teoría Neo-Aristotélica de la Argumentación Jurídica (Virtue and Reason in Law)** (May 21, 2012). Revista Brasileira de Filosofia 242, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2064298> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2064298>
- SUNSTEIN, Cass. **Of Artificial Intelligence and Legal Reasoning**. University of Chicago. Public Law & Legal Theory Working Paper No. 18, 2001.
- ELIOT, Lance B. **Robustness and Overcoming Brittleness of AI-Enabled Legal Micro-Directives: The Role of Autonomous Levels of AI Legal Reasoning**. ArXiv abs/2009.02243 (2020).
- ESPOSITO, Elena. **Transparency Versus Explanation: The Role of Ambiguity in Legal AI**. Journal of Cross-Disciplinary Research in Computational Law 1 (2), 2021. <https://journalcrcl.org/crcl/article/view/10>
- GOWDER, P.. **Is legal cognition computational? (When will DeepVehicle replace Judge Hercules?)**. In Computational Legal Studies: The Promise and Challenge of Data-Driven Research (pp. 215-237). Edward Elgar Publishing Ltd., 2020, <https://doi.org/10.4337/9781788977456.00015>
- KNUTH, D. E. **The Art of Computer Programming**, Vol. 2: Seminumerical Algorithms. Reading, Massachussets, Estados Unidos da América: Addison-Wesley Publishing Company, 1969.
- MCCARTHY, John and Hubert L. Dreyfus. **What Computers Still Can't Do**. Artif. Intell. 80 (1996): 143-150.
- MICHELON, Claudio. **Practical Wisdom in Legal Decision-Making**. University of Edinburgh School of Law Working Paper No. 2010/13, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1585929>.
- SOLUM, Lawrence B., **Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging**, 2003. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=369940>.
- HOOFT, S. Van. **Ética da virtude**. Petrópolis: Vozes, 2006. (Série Pensamento Moderno)
- VANDERSTICHELE, Genevieve. **Reasoning in court with the outcome of a machine learning algorithm with case law as an input**. Disponível em: https://ceur-ws.org/Vol-2632/MIREL-19_paper_2.pdf. Acesso em: 15 jun. 2023.

Artigo recebido em: 08/05/2024.

Aceito para publicação em: 14/10/2025.