

DIREITO.UnB

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasília Law Journal

V. 03, N. 01

setembro – dezembro de 2019

ARTIGOS // ARTICLES

ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES

MARÍA MERCEDES ALBORNOZ

ALEXANDRE VERONESE

REYNALDO SOARES DA FONSECA & MATHEUS

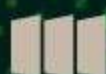
VINÍCIUS AGUIAR RODRIGUES

ENEÁ DE STUTZ e ALMEIDA & MARCELO PIRES
TORREÃO

EVANDRO PIZA & JOÃO VICTOR FIOCCHI



UnB



DIREITO

Direito.UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília.
Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.3, N.1 (set./dez 2019) –
Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito.
 Quadrimestral. 2019.
 ISSN 2357-8009 (VERSÃO ONLINE)
 Multilíngue (Português/Inglês/Espanhol/Francês/Italiano)
 1. Direito – periódicos. I. Universidade de Brasília,
 Faculdade de Direito.
 CDU 340

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasília Law Journal

Revista vinculada ao programa de pós-graduação
em Direito da Universidade de Brasília

setembro – dezembro de 2019, volume 3, número 1

CORPO EDITORIAL

EDITORA-CHEFE

Inez Lopes Matos Carneiro de Farias – Universidade de Brasília, Brasil

EDITORES

Cristina Maria Zackseski – Universidade de Brasília, Brasil

Daniela Marques de Moraes – Universidade de Brasília, Brasil

Fabiano Hartmann Peixoto – Universidade de Brasília, Brasil

Gabriela Garcia Batista Lima Moraes – Universidade de Brasília, Brasil

Janaína Lima Penalva da Silva – Universidade de Brasília, Brasil

Mamede Said Maia Filho – Universidade de Brasília, Brasil

Othon de Azevedo Lopes – Universidade de Brasília, Brasil

CONSELHO EDITORIAL

Ana Lúcia Sabadell – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Ángel Oquendo – Universidade de Connecticut, Estados Unidos

Emilios Christodoulidis – Universidade de Glasgow, Escócia

Francisco Mata Machado Tavares – Universidade Federal de Goiás, Brasil

José Octávio Serra Van-Dúnem – Universidade Agostinho Neto, Angola

Kimmo Nuotio – Faculdade de Direito da Universidade de Helsinque

Leonel Severo Rocha – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira – Universidade Federal de Santa Catarina

Masayuki Murayama – Universidade Meiji, Japão

Miguel Nogueira de Brito – Universidade Clássica de Lisboa, Portugal

Nelson Juliano Cardoso Matos – Universidade Federal do Piauí, Brasil

Paulo Weyl – Universidade Federal do Pará, Brasil

René Fernando Urueña Hernandez – Universidad de Los Andes, Colômbia

Thomas Vesting – Universidade Johann Wolfgang Goethe, Alemanha

Valesca Raizer Borges Moschen – Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil

Virgílio Afonso da Silva – Universidade de São Paulo, Brasil

SECRETÁRIO EXECUTIVO

Vinícius Ferreira Christofoleti – Universidade de Brasília, Brasil

DIREITO.UnB

Revista de Direito da Universidade de Brasília

University of Brasília Law Journal

ISSN 2357-8009

V. 03, N 01

Setembro-Dezembro de 2019

NOTA EDITORIAL	6
ARTIGOS	8-160
O LUGAR DO DELITO NAS ATIVIDADES ILÍCITAS ONLINE E A DELICT ORIENTED APPROACH <i>Anabela Susana de Sousa Gonçalves</i>	8
ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR) PARA EL COMERCIO ELECTRÓNICO EN CLAVE BRASILEÑA <i>María Mercedes Albornoz</i>	25
THE JUDICIAL REACTION AGAINST THE PUBLIC UTILITIES USING: CONSUMER LAW IN TELECOMMUNICATIONS' DEMAND IN BRAZIL <i>Alexandre Veronese</i>	52
PARA ALÉM DO JUDICIÁRIO: O CONTROLE JUDICIAL DA FAKE NEWS NO PROCESSO DEMOCRÁTICO ELEITORAL <i>Reynaldo Soares da Fonseca & Matheus Vinícius Aguiar Rodrigues</i>	89
O DIREITO NA EXCEÇÃO E O DIREITO NA TRANSIÇÃO: FUNDAMENTOS EXCEPCIONAIS PARA UMA JUSTIÇA TRANSICIONAL <i>Eneá de Stutz e Almeida & Marcelo Pires Torreão</i>	113
SEGURANÇA, PALAVRA DE ORDEM: OS INFLUXOS DO AUTORITARISMO PENAL NA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTITERROR CHILENA E BRASILEIRA <i>Evandro Piza Duarte & João Victor Nery Fiocchi Rodrigues</i>	137

NOTA EDITORIAL

O periódico é publicado em um volume anual, dividido em três números quadrimestrais, em plataforma eletrônica, conforme orientações para periódicos acadêmicos da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). A Revista Direito.UnB aceita publicações em português, espanhol, inglês, francês e italiano.

A Revista Direito.UnB é um espaço para publicações de artigos acadêmicos de modo permanente. Eventualmente, a revista publica artigos-resenhas, comentários e análises de jurisprudência, réplicas e trélicas, resenhas e memória e programação.

A edição atual conta com a autora convidada Anabela Susana de Sousa Gonçalves da Escola de Direito da Universidade do Minho, Portugal. A autora aborda “O lugar do delito nas atividades ilícitas *online* e a *delict oriented approach*” e investiga a aplicação do art. 7º, n.º 2 do Regulamento n.º 1215/2012, de 12 de Dezembro 2012 (Bruxelas I bis), que estabelece competência judiciária de caráter localizador em matéria de responsabilidade civil à Internet, que exige um esforço de interpretação e adaptação da norma à nova realidade. Assim, a autora analisa determinadas decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia

O artigo de María Mercedes Albornoz intitulado “*Online Dispute Resolution (ODR)* para o Comércio Eletrônico em Termos Brasileiros” estuda as soluções de disputas em linha, da sigla em inglês, *Online Dispute Resolution (ODRs)* para resolver disputas legais decorrentes do comércio eletrônico. O texto apresenta os elementos conceituais, normativos e factuais relacionados às Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), comércio eletrônico e solução de disputas legais, tendo como pano de fundo a regulamentação e a utilização dos ODR no Brasil.

Alexandre Veronese discute as privatizações das empresas estatais de serviços públicos, ocorridas em muitos países da América Latina nos anos 90, as quais foram recebidas com diferentes reações. O judiciário brasileiro foi inundado por ações judiciais contra as empresas de serviços públicos. O artigo investiga a hipótese de que uma das causas para a reação judicial dos consumidores contra o novo modelo regulatório em muitas empresas privatizadas foi a ausência de um quadro

institucional e jurídico para canalizar as demandas dos consumidores.

Reynaldo Soares da Fonseca e Matheus Vinícius Aguiar escrevem o artigo “Para Além do Judiciário: o Controle Judicial da Fake News na Era da Informação”, criticando a incapacidade do Poder Judiciário de controlar judicialmente o fenômeno da *fake news* na democracia brasileira. Os autores defendem que o Poder Judiciário pode estimular debates públicos e institucionais para soluções multisetoriais na regulação das *fake news* e no combate a esse fenômeno, mantendo, por conseguinte, a higidez de valores democráticos fundamentais.

O artigo “O Direito na Exceção e o Direito na Transição: Fundamentos Excepcionais para uma Justiça Transicional” de autoria de Eneá de Stutz e Almeida e de Marcelo Pires Torreão examina criticamente a relação entre direito e exceção, analisando o papel do direito no estado de exceção e o contrapeso do direito no período democrático. O texto apresenta a necessidade de se proteger os valores democráticos como uma justa medida de aplicação do direito para a realização da Justiça de Transição em períodos pós-autoritários.

Por fim, o artigo “Segurança, Palavra de Ordem: os Influxos do Autoritarismo Penal na Aplicação da Legislação Antiterror Chilena e Brasileira” dos autores Evandro Piza e João Victor Nery Fiocchi Rodrigues. Em que os autores, precipuamente, analisam o caso *Norín Catrیمان e Outros vs. Chile*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em maio de 2014, a partir de uma perspectiva que o desloca da posição de um caso isolado de aplicação equivocada da legislação antiterror e o insere no contexto latino-americano de generalizadas violações a direitos e liberdades individuais de integrantes de grupos vulneráveis por meio da intervenção penal repressiva. Os autores criticam que o uso da legislação antiterror se apresenta também agora no Brasil com a criação da Lei n.º 13.260, de 16 de março de 2016, como mais um mecanismo de ampliação e antecipação da tutela penal direcionada a grupos vulneráveis, mas que são definidos como “perigosos”

Boa Leitura!

Brasília, dezembro de 2019.

Inez Lopes
Editora-chefe

O LUGAR DO DELITO NAS ATIVIDADES ILÍCITAS *ONLINE* E A *DELICT ORIENTED APPROACH*

Anabela Susana de Sousa Gonçalves

Vice-Presidente e Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho (MU).

Doutora em Ciências Jurídico-Privatísticas pela Escola de Direito da Universidade do Minho (MU).

Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UC).

RESUMO

O Regulamento n.º 1215/2012, de 12 de Dezembro 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I *bis*) contém normas de competência internacional aplicáveis a matérias civis e comerciais. Entre estas disposições legais encontramos uma norma de competência especial aplicável em matéria de responsabilidade civil extracontratual (art. 7º, n.º 2), que atribui competência ao tribunal do lugar onde o facto danoso ocorreu ou poderá ocorrer. Localizar o lugar do facto danoso nas atividades ilícitas ocorridas *online* é um grande desafio, pelas características específicas da Internet, nomeadamente, a sua natureza global e difusa e a disseminação mundial dos seus utilizadores. Consequentemente, a aplicação do art. 7º, n.º 2, norma de competência tradicional de carácter localizador, à Internet exige um esforço de interpretação e adaptação da norma à realidade em causa. Este esforço tem sido feito pelo Tribunal de Justiça da União Europeia e são estas interpretações que vamos analisar.

Palavras-chave: Bruxelas I *bis*. Delito. Atividades ilícitas *online*. Competência internacional.

ABSTRACT

The Regulation No 1215/2012 of 12 December 2012 on jurisdiction, recognition and enforcement of decisions in civil and commercial matters (Brussels I *bis*) has international jurisdiction rules applicable to civil and commercial matters. Among these legal provisions, one can find a special jurisdiction rule applicable to torts and delicts (Article 7, Section 2). This rule gives jurisdiction to the court of the place where the harmful event occurred or may occur. Locating the place of the harmful event in wrongful activities that occurred online is a significant challenge, due to specific features of the Internet, in particular, its global and diffuse nature and the worldwide spread of its users. As a result, the application of the Article 7, Section 2, a traditional jurisdiction rule with a locating nature, to the Internet requires an effort of interpretation and adaptation of the legal provision to online activities. The Court of Justice of the European Union has been making this effort of interpretation, which will be analysed in this study.

Keywords: Brussels I *bis*. Delict. Illicit activities online; International jurisdiction.

1. O REGULAMENTO BRUXELAS I BIS

A Internet tem um alcance global e as atividades que aí decorrem frequentemente têm características de internacionalidade, já que os seus elementos estão em contato com diferentes sistemas legais. Nos casos em que a atividade transnacional tem uma natureza ilícita, é necessário determinar qual o tribunal competente para decidir a indemnização por danos resultantes de tal atividade ilícita.

Na União Europeia, o tribunal competente para decidir litígios transnacionais de natureza civil ou comercial resulta do *Regulamento n.º 1215/2012, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I bis)*. O referido Regulamento é um dos instrumentos centrais da cooperação judiciária em matéria civil da União Europeia, na aceção do artigo 81º do *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)*¹, e dispõe de normas de competência, reconhecimento e execução de decisões judiciais, instrumentos autênticos e transações judiciais em matéria civil e comercial entre Estados-Membros, nos termos do seu art. 1º. Do seu âmbito de aplicação material excluem-se as matérias enumeradas no n.º 1 e n.º 2, da mesma disposição legal, tais como o estatuto e a capacidade jurídica das pessoas singulares; as questões patrimoniais decorrentes do casamento ou relações comparáveis; as obrigações alimentares decorrentes de relações familiares, parentesco, casamento ou afinidade; os testamentos e sucessões; as falências, concordatas e processos análogos; as matérias de segurança social; a arbitragem; as questões fiscais, aduaneiras e administrativas.

As normas de competência estabelecidas no Regulamento *Bruxelas I bis* são aplicáveis quando o réu tem domicílio num Estado-Membro (artigo 4.º). Caso contrário, aplicam-se as regras de competência de fonte nacional dos Estados, exceto nas situações abrangidas pelo n.º 1 do art. 6º sempre que os tribunais de um Estado-Membro tenham competência, mesmo que o réu aí não tenha domicílio. Esse será o caso dos contratos de consumo (art. 18º, n.º 1); dos contratos de trabalho (art. 21º, n.º 2); das competências exclusivas (art. 24º); e dos pactos de jurisdição (art. 25º). O sistema de reconhecimento e execução previsto no Regulamento aplica-se às decisões proferidas nos Estados-

¹ Sobre a cooperação judiciária em matéria civil, v. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, «Cooperação em Matéria Civil», in Alessandra Silveira *et al.* (coord.), *Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Política da União*, coord. Alessandra Silveira, Mariana Canotilho, Pedro Madeira Froufe, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 339-391.

Membros (artigo 36.º) e aos instrumentos autênticos e às transações judiciais providas dos Estados-Membros (art. 58º), dentro do âmbito de aplicação do Regulamento.

No que diz respeito ao seu âmbito temporal, o Regulamento Bruxelas I *bis* é aplicável desde 10 de janeiro de 2015 (art. 81º) e revogou o *Regulamento n.º 44/2001, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial*, conhecido como Bruxelas I (art. 80º).

Face ao âmbito de aplicação do Regulamento Bruxelas I *bis*, é possível concluir que este abrange as obrigações extracontratuais decorrentes de um ato ilícito. Em seguida, cabe determinar qual a norma de competência internacional aplicável às atividades ilícitas que produzem danos.

2. NORMAS DE COMPETÊNCIA INTERNACIONAL

A norma de competência geral, prevista no art. 4º, n.º 1, estabelece que o autor deve propor a ação perante o tribunal do domicílio do réu (princípio *actor sequitur forum rei*). Além desta regra geral de competência, existem normas de competência especiais, previstas dos arts. 7º a 9º, baseadas no princípio de proximidade e que estabelecem foros alternativos. Estes foros têm em consideração a proximidade do tribunal com o litígio, a fim de salvaguardar as legítimas expectativas das partes e promover a boa administração da justiça. Considera-se que estas jurisdições estão espacialmente e processualmente melhor colocadas para julgar a questão, e presume-se que a proximidade entre o litígio e o foro garante maior facilidade na condução do processo, na produção das provas² e satisfaz o princípio da confiança, já que permite a previsibilidade do foro, quer por parte do autor, quer por parte do réu.

Uma dessas regras especiais de competência é relativa às matérias extracontratuais. Nos termos do artigo 7º, n.º 2, o lesante domiciliado num Estado-Membro pode também ser demandado no Estado-Membro em que o facto danoso ocorreu ou poderá ocorrer. Esta disposição legal é equivalente aos anteriores arts. 5º, n.º 3, do Regulamento Bruxelas I e da *Convenção de Bruxelas de 1968 Relativa*

2 Isto decorre da jurisprudência do TJUE, v., por exemplo, *Melzer c. MF Global UK Ltd*, C 228/11, 2013, §26; *Coty Germany GmbH, formaly Coty Prestige Lancaster Group GmbH c. Furts Note Perfumes NV*, C 360 / 12,2014, § 47; *eDate Advertising GmbH c. X* (C-509/09) e *Olivier Martinez e Robert Martinez v. MGN Limited* (C-161/10), C-509/09 e C-161/10, RE 2011, p. I-10269; *Zuid-Chemie BV c. Philippo's Mineralenfabriek NV / SA*, C-189/08, RE 2009, p. I-06917.

à *Competência Jurisdicional e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial* (Convenção de Bruxelas).

A concretização do lugar onde o facto danoso ocorreu ou poderá ocorrer em questões transnacionais de responsabilidade civil extracontratual trouxe algumas dificuldades de aplicação, pois pode haver uma dissociação espacial do facto danoso (ou seja, o lugar do facto ilícito pode não ser o mesmo que o lugar do dano resultante do comportamento ilícito), ou o lugar do facto danoso pode ser difícil de localizar ou, em última análise, poderemos estar perante um dano reflexo³⁴. Chamado a interpretar o conceito de lugar onde o facto danoso ocorreu ou poderá ocorrer, o TJUE decidiu que o autor tem a opção de propor a ação, quer nos tribunais do lugar do facto que dá origem à situação de responsabilidade extracontratual e está na origem dos danos, quer perante os tribunais do lugar onde ocorreu o dano⁵.

O TJUE refletiu ainda sobre o conceito de dano para efeitos da aplicação do art. 7º, n.º 2, tendo concluído que o dano relevante é apenas o dano direto, o lugar onde ocorre o dano inicial⁶, como o lugar do dano onde ocorreram os resultados diretos da ação ou da omissão que originou o dano. Assim, o lugar da ocorrência do dano direto, no sentido da jurisprudência do TJUE, será o lugar onde ocorreram os efeitos diretos do facto que gerou a situação de responsabilidade, o lugar onde esses efeitos diretos são produzidos, o lugar que se traduz na violação do direito protegido⁷.

A opção do autor escolher os tribunais do lugar do facto que dá origem ao dano ou os tribunais

3 Identificando estes problemas, v. Hélène GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe, Matières Civile et Commerciale*, 5ª Ed., Paris, LGDJ, 2015, p. 275.

4 Relativamente ao dano reflexo, v. ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, *Da responsabilidade extracontratual em Direito Internacional Privado, A mudança de paradigma*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 388-390; *idem*, «O caso Florin Lazar e o conceito de dano no Regulamento n.º 864/2007 relativo à Lei Aplicável às Obrigações Extracontratuais (Roma II)», em Cláudia Sofia Melo Figueiras *et al.* (coord.) *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Cândido Oliveira*, Coimbra, Almedina, 2017.

5 *V.*, por exemplo, *Handelskwekerij G. J. Bier B.V. c. Mines de Potasse d'Alsace S.A.*, 21/76, RE 1735, relativamente à disposição legal paralela da Convenção de Bruxelas, o art. 5º, n.º 3. De acordo com o TJUE, a jurisprudência deste tribunal sobre as normas da Convenção de Bruxelas deve aplicar-se aos artigos equivalentes do Regulamento Bruxelas I: neste sentido, entre outros, TJUE, *Zuid-Chemie*, Cit.; *Verein für Konsumenteninformation c. Karl Heinz Henkel*, C-167/00, ER 2002, p. I-08111; TJUE, *Rudolf Kronhofer c. Marianne Maier e outros*, C-168/02, RE 2004, p. I-06009.

6 TJUE, *Zuid-Chemie*, Cit.; *Rudolf Kronhofer*, Cit.; TJUE, *Dumez France SA and Tracoba SARL c. Hessische Landesbank and others*, C-220/88, RE 1990, p. I-00049.

7 TJUE, *Antonio Marinari c. Loyd's Bank and Zubaidi Trading Company*, C-364/93, ER 1995, p. I-2719; TJUE, *Dumez France SA and Tracoba SARL c. Hessische Landesbank and others*, C-220/88, RE 1990, p. I-49; TJUE, *Rudolf Kronhofer*, Cit.; *Réunion européenne SA and o. c. Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV and the Master of the vessel "Alblasgracht"*, C-51/97, RE 1998, p. I-6511; TJUE, *Danmarks Rederiforening, acting on behalf of DFDS Torline A/S c. LO Landsorganisationen i Sverige, acting on behalf of SEKO Sjöfolk Facket for Service och Kommunikation*, C-18/02, RE 2004, p. I-1417; TJUE, *Zuid-Chemie*, Cit., p. I-06917.

do local onde ocorreu o dano é determinada pela extensão da competência de cada tribunal. O tribunal do lugar da conduta ilícita tem competência para decidir o ressarcimento de todos os danos resultantes desse comportamento, enquanto o tribunal do lugar do dano só tem competência para decidir sobre os danos que ocorram no seu território⁸.

Ora, apesar destas precisões do TJUE sobre o lugar do facto danoso, considerando as características específicas da Internet, a sua natureza global e difusa, não é fácil estabelecer o lugar onde ocorre o facto danoso, quando a atividade ilícita ocorre *online*, porque esta atividade pode ter alcance mundial e produzir efeitos em qualquer lugar do mundo. O Regulamento Bruxelas I *bis* não possui uma regra específica para os factos danosos ocorridos *online*, portanto, é necessário interpretar o art. 7º, n.º 2, para o conseguirmos aplicar a atividades que geram situações de responsabilidade extracontratual e ocorrem na Internet.

3. A APLICAÇÃO DO ART. 7º, N.º 2, DO REGULAMENTO BRUXELAS II *BIS* A ATIVIDADES ILÍCITAS *ONLINE*

A Internet tem um alcance global e uma natureza difusa, o que significa que seus utilizadores estão localizados em todo o mundo. Estas características únicas da Internet implicam que uma atividade na Internet pode ter efeitos em qualquer lugar do mundo, permitindo que estas tenham um impacto espacial de longo alcance. Estas características significam que é necessário proceder a uma adaptação na interpretação das regras tradicionais de competência que têm uma natureza territorial. O TJUE já foi chamado para esclarecer o conceito de lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso, previsto no art. 7º, n.º2, em relação a atividades ilícitas *online*, e é esta jurisprudência que passaremos em seguida a analisar.

⁸ TJUE., *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL and Chequepoint International Ltd c. Presse Alliance SA*, C-68/93, RE 1995, p. I-415.

3.1. O LUGAR DO FACTO ILÍCITO

A primeira questão que vamos analisar é a concretização do lugar do facto ilícito quando está em causa a violação de um direito de personalidade. Para esse efeito, é necessário olhar, em primeiro lugar, para o caso *eDate*. Neste, o TJUE abordou uma situação de violação *online* de um direito de personalidade, onde reconheceu a especificidade da natureza ubíqua da internet e o seu alcance mundial. O TJUE ponderou o impacto de um conteúdo que foi colocado *online* sobre os direitos de personalidade de um indivíduo e a grande amplitude dos danos que se podem produzir. Neste caso, o TJUE manteve a interpretação do art. 5º, n.º 3 de Bruxelas I: o autor pode propor uma ação para ressarcimento de todos os danos sofridos no tribunal do lugar do evento ou nos tribunais de cada um dos Estado-Membro onde o dano ocorreu⁹.

Quanto ao lugar do evento que deu origem ao dano foi considerado que este seria o lugar do estabelecimento do editor de conteúdo da publicação difamatória, porque foi o lugar onde foi tomada a decisão do *upload* do conteúdo *online*¹⁰.

No caso *Wintersteiger*¹¹ foi discutido um delito *online*, mas agora uma situação de violação de um direito de propriedade intelectual.

Neste caso, quanto ao conceito do lugar do facto que deu origem à violação de um direito de propriedade intelectual e, especificamente, a uma marca, o TJUE considerou que «um litígio relativo à alegada violação de uma marca registada num Estado-Membro em virtude da utilização, por um anunciante, de uma palavra-chave idêntica à referida marca no sítio Internet de um motor de busca que opera sob um nome de domínio nacional de topo de um outro Estado-Membro pode igualmente ser submetida aos órgãos jurisdicionais do Estado-Membro do lugar da sede do anunciante»¹². Assim, o elemento importante para determinar a competência é o local da sede do lesante, o local onde praticou os factos ilícitos que deram origem ao dano. Note-se que para o TJUE, o lesante é «(...) o anunciante, ao seleccionar a palavra-chave idêntica à marca, e não o prestador do serviço de referenciamento, que a utiliza no decorrer do comércio (...). O facto gerador de uma eventual violação do direito das marcas reside, portanto, no comportamento do anunciante que recorreu ao serviço de referenciamento para a

9 *eDate Advertising GmbH*, Cit., §41.

10 *eDate Advertising GmbH*, Cit., § 42.

11 *Wintersteiger AG v. Producuts 4USondermaschinenbau GmbH*, C-523/10, 2012.

12 *Wintersteiger AG*, §38.

sua própria comunicação comercial»¹³.

O TJUE ponderou outras hipóteses para concretizar o lugar do facto que deu origem ao dano, como o lugar do servidor, porque o ato que deu origem ao dano (o desencadear do processo técnico de afixação pelo anunciante) aconteceu num servidor que pertencia ao operador do motor de busca que o infrator escolheu para usar¹⁴. No entanto, além da incerteza do local da sede desse servidor, que seria imprevisível¹⁵, o TJUE concluiu que a sua localização tinha pouca ligação com o evento causal que deu origem ao dano. O local da decisão do ato foi considerado pelo TJUE como um lugar certo e identificável, o que facilita a apresentação de provas e a organização do processo¹⁶. Também aqui o critério para determinar o lugar do facto ilícito foi a previsibilidade do foro, de acordo com o princípio da proximidade.

No caso de *Pez Hejduk*, o TJUE confirmou a orientação anteriormente assumida no caso *Wintersteiger* em relação ao evento causal. A disputa envolveu a disponibilização *online* para consulta e download de fotografias no site de uma empresa (*EnergieAgentur*), sem a autorização do autor das mesmas fotografias, que vem perante o tribunal pedir o ressarcimento dos danos sofridos pela violação de direitos conexos com o direito de autor¹⁷.

Como evento causal (o facto que dá origem ao dano) da violação *online* de direitos de autor, numa situação de colocação de fotografias na Internet sem o consentimento do autor, o TJUE considerou determinante o comportamento do proprietário do *site* que desencadeou o processo técnico de exibição das fotografias na Internet: a ativação do processo técnico para a exibição das fotografias¹⁸. Assim, o local do evento causal foi o local onde o lesante (a empresa cujas ações infringiram o direito do autor) tem a sua sede (Alemanha), já que foi aí que foi decidida e executada a decisão de colocar as fotografias *online*¹⁹.

13 *Idem, ibidem.*

14 Também no caso *Football Dataco Ltd and Others v. Sportradar GmbH et Sportradar AG*, C-173/11, 2012, o TJUE declarou a irrelevância do território do Estado onde está situado o servidor da Internet a partir do qual os dados em questão são enviados.

15 *Wintersteiger AG*, Cit., § 36.

16 *Wintersteiger AG*, Cit., § 37.

17 *Pez Hejduk c. EnergieAgentur.NTW GmbH*, Processo C-441/13, 2015.

18 *Pez Hejduk*, Cit., §24.

19 *Pez Hejduk*, Cit., § 25. O tribunal era na Áustria, onde *Hejduk* tinha a sua residência.

3.2. O LUGAR DO CENTRO DE INTERESSES DO LESADO

O critério do lugar do centro de interesses do lesado como fator de competência para determinar o lugar do facto danoso ocorrido *online* foi ensaiado pela primeira vez pelo TJUE para os delitos que consistem na violação de direitos de personalidade e até hoje apenas para este tipo de delitos. A primeira vez foi no caso *eDate*, em que o TJUE tentando adaptar a interpretação do art. 5º, n.º 3 de Bruxelas I à natureza da Internet, reconheceu que um conteúdo que é colocado *online* pode ser consultado em todo o mundo, o que aumenta o impacto do dano, e que «(...) nem sempre é possível, no plano técnico, quantificar essa difusão com certeza e fiabilidade relativamente a um Estado-Membro em particular, nem, por conseguinte, avaliar o dano exclusivamente causado nesse Estado-Membro»²⁰. Consequentemente, o Tribunal de Justiça considerou que outra jurisdição deveria ter competência para decidir o ressarcimento de todos os danos causados: o tribunal do lugar em que a vítima tem o seu centro de interesses²¹.

O centro de interesses da vítima geralmente será o lugar da sua residência habitual, mas o TJUE admitiu que também pode ser o lugar onde a vítima prossegue a sua atividade profissional, se a pessoa tem uma relação particularmente estreita com esse Estado²². A competência do tribunal do lugar do centro de interesses da vítima é justificada pelo TJUE, de acordo com o princípio de proximidade e a necessidade de previsibilidade subjacente às regras de competência: no caso, o editor do conteúdo nocivo está em condições de saber onde é o centro dos interesses da pessoa que vai sofrer o dano.

Note-se, todavia, que o TJUE, tem-se recusado a aplicar o critério do centro de interesses do lesado a outro tipo de delitos ocorridos *online*. No caso *Wintersteiger*²³, onde se discutiu a violação *online* de um direito de propriedade intelectual é um exemplo disso. Chamado a determinar o lugar onde ocorreu o evento danoso, o TJUE não utilizou o critério do centro de interesses, considerando que este apenas releva no contexto específico da violação dos direitos de personalidade: esta decisão

20 *eDate Advertising GmbH*, Cit., § 46.

21 *eDate Advertising GmbH*, Cit., § 48.

22 *eDate Advertising Gm* possível recorrer aos tribunais de cada um dos Estados-Membros em cujo território a informação é ou foi acessível *bH*, Cit., § 49.

23 *Wintersteiger AG v. Producuts 4USondermaschinenbau GmbH*, C-523/10, 2012.

foi justificada pelo objetivo de previsibilidade de jurisdição²⁴ e porque os direitos da personalidade são protegidos em todos os Estados-Membros, enquanto a «(...) a proteção conferida pelo registo de uma marca nacional, está, em princípio, limitada ao território do Estado-Membro de registo, pelo que, regra geral, o seu titular não pode invocar a referida proteção fora desse território»²⁵. Assim, a justificação da aplicação do centro de interesse em casos de violação de direitos de personalidade, e a exclusão do mesmo fator no caso de violação de uma marca nacional, é a previsibilidade da jurisdição de acordo com a distribuição geográfica de proteção de cada direito, que permite que o requerente e o requerido possam prever onde um pode propor a ação e o outro pode ser processado, respetivamente.

No caso *Bolagsupplysningen*, o TJUE tem oportunidade de interpretar novamente o conceito *lugar da ocorrência do facto danoso* numa situação de violação transfronteiriça de direitos de personalidade através da Internet. Neste caso, uma pessoa singular e uma pessoa coletiva invocam a violação de direitos de personalidade através da publicação de conteúdos com informações falsas relativamente a ambos numa página da Internet e da não eliminação de comentários negativos a seu respeito, pedindo, em consequência, a retificação das informações, a supressão de comentários e o ressarcimento dos danos sofridos em resultado daquela publicação.

No caso referido, o tribunal volta a afirmar o lugar do centro de interesses do lesado como o «lugar onde o impacto real de uma publicação na Internet e a sua natureza lesiva ou não melhor podem ser apreciados por um tribunal»²⁶, devendo este tribunal apreciar a globalidade do dano sofrido em nome da boa administração da justiça²⁷. Neste caso, o TJUE reitera que objetivo desta interpretação é garantir a previsibilidade do foro, possibilitando que o autor e o réu o consigam identificar mais facilmente²⁸. O lugar principal do exercício das atividades da pessoa coletiva será aquele que é mais identificável com a pessoa; onde a sua reputação está mais sedimentada e onde a interessa preservar; onde se verificam as maiores repercussões económicas, e sobre a atividade da pessoa coletiva, em caso de violação da reputação da mesma. No caso concreto, a sede estatutária da pessoa coletiva situava-se na Estónia, mas a maior parte das suas atividades era desenvolvida na Suécia, sendo, por

24 Permite que o autor identifique facilmente em qual tribunal pode propor a ação e o réu razoavelmente possa prever em qual tribunal terá de se defender: *Wintersteiger AG*, § 22-24.

25 *Wintersteiger AG*, § 25.

26 TJUE, *Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan*, Cit., §37.

27 *Idem, ibidem*, §38.

28 *Idem, ibidem*, §35.

isso, o dano à reputação da pessoa mais sentido neste último Estado-Membro²⁹. Logo, os tribunais suecos (lugar do Estado do lugar do exercício da maior parte das atividades económicas da sociedade e onde a sociedade tem a sua reputação sedimentada) seriam os mais próximos para julgar a violação do direito, porque o direito foi violado no seu território. Já no caso da pessoa singular foi reiterado que o centro de interesses corresponde geralmente à sua residência habitual, ainda que possa corresponder ao lugar do exercício da sua atividade profissional, caso exista uma ligação estreita com esse Estado³⁰.

3.3. O LUGAR DO DANO

O tribunal do lugar do dano tem também competência no âmbito do art. 7º, n.º 2, mas apenas para decidir relativamente aos danos que ocorrem no seu território. A localização do dano ocorrido *online* não é uma tarefa fácil. Começamos pela situação de violação *online* dos direitos de personalidade, como sucedeu no caso *eDate*. Como referimos, neste caso houve uma violação *online* dos direitos da personalidade, através de uma publicação numa página da Internet. Ora, o TJUE entendeu que os danos ocorreram em cada um dos Estado-Membros em cujo território é ou foi acessível o conteúdo colocado *online*³¹ (aquilo que se denomina de *scattered torts*), e cada tribunal tem competência em relação aos danos causados no seu território. Esta orientação vai ao encontro da jurisprudência do TJUE, afirmada no acórdão de 7 de março de 1995, relativamente ao caso *Shevill*³². Este era um caso de difamação transfronteiriça através de um artigo de imprensa escrita, distribuído em França e em Inglaterra. Para a determinação do lugar onde ocorreu o facto danoso, conceito presente no art. 5º, n.º 3, da Convenção de Bruxelas, decidiu o TJUE que o lesado poderia propor

29 *Idem, ibidem*, §41.

30 *Idem, ibidem*, §35.

31 *eDate Advertising GmbH*, Cit., § 51.

32 TJUE, «Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL e Chequepoint International Ltd c. Presse Alliance SA.», proc. C-68/93, de 07.03.1995, *CJUE* 1995 - I, pp. 415 e segs. A decisão também pode ser consultada, juntamente com a opinião do advogado geral Marco Darmon, em ECJ, *Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*, *ECJ Judgments*, Vol. I, Edited by Paolo Galizzi, London, British Institute of International and Comparative Law, 2002, pp. 508 e segs. Referindo-se ainda a esta questão e à decisão em causa, v. SERGIO M. CARBONE, *Il nuovo spazio...*, pp. 89-90; Hélène GAUDEMET-TALLON, *Compétence et Exécution des Jugements en Europe, Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 3^e Ed., Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 177-179; MIGUEL ANGELO LUPOLI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni, Polices, método, criteri di collegamento*, t. I, Milano, Giuffrè Editore, 2002, pp. 533 e segs; LUIGI MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles, Il sistema della competenza*, I, Padova, Cedam, 1999, pp. 393 e segs; FRANCESCO SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001 (La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, 3.^a Ed., Padova, Cedam, 2006, pp. 157 e segs; PETER STONE, *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe*, United Kingdom, Longman, 1998, pp. 65-66.

a ação nos tribunais de cada Estado em que a publicação foi difundida, como lugar da lesão do bem jurídico, sendo que cada tribunal apenas julgaria os danos causados no território do Estado a que pertencem³³ (*Mosaikbetrachtung* ou *mosaic approach*).

No entanto, numa violação *online* de um direito de personalidade através de uma publicação difamatória, a dificuldade de identificar e quantificar com certeza e precisão como os danos foram distribuídos num determinado Estado-Membro, e quais foram os danos nesse Estado em particular, determinou o desenvolvimento do critério do centro de interesses do lesado, como referimos *supra*. De acordo com o TJUE «parece, assim, que a Internet reduz a utilidade do critério relativo à difusão, na medida em que o âmbito de difusão de conteúdos colocado em linha é, em princípio, universal»³⁴, uma vez que o conteúdo colocado na Internet pode ser consultado imediatamente por um número indeterminado de utilizadores localizados em todo o mundo.

No caso *Bolagsupplysningen*, o tribunal recuou na aplicação da *mosaic approach*, ensaiada anteriormente para definir o lugar do dano no caso *eDate*, quando está em causa a violação *online* dos direitos de personalidade, e optou definitivamente pelo critério do lugar do centro de interesses do lesado. Para o efeito, teve conta a natureza ubiqüitária dos dados colocados na Internet e o alcance universal da Internet que torna impossível recorrer aos tribunais de cada um dos Estados-Membros em cujo território a informação é ou foi acessível³⁵. Resta saber se o TJUE manterá esta posição para todas as situações de violação *online* de direitos de personalidade ou apenas nos casos que tenham as mesmas características daquelas presentes no acórdão *Bolagsupplysningen*: quando há pedidos de retificação da publicação de dados incorretos e a eliminação dos comentários relativamente a uma pessoa, colocados numa *página da Internet*, enquanto pedido uno e indivisível. Resta-nos aguardar por futuras decisões sobre esta matéria.

No caso *Wintersteiger*³⁶, onde houve uma violação de um direito de propriedade intelectual (uma marca), ao determinar o lugar onde ocorreu o dano, o tribunal decidiu que “(...) tanto o objetivo de previsibilidade como de boa administração da justiça militam a favor da atribuição de uma

33 O mesmo princípio foi afirmado posteriormente na decisão do TJUE, «eDate Advertising GmbH c. X, Olivier Martinez, Robert Martinez c. MGN Limited», proc. apensos C-509/09 e C-161/10, de 25.11.2011, onde se afirma a competência do tribunal de cada Estado-membro em cujo território o conteúdo difamatório esteja ou tenha estado em linha, enquanto lugar do dano, estando esta competência limitada aos danos produzidos neste território.

34 *eDate Advertising GmbH*, Cit., § 46.

35 *Bolagsupplysningen*, § 49.

36 *Wintersteiger AG*, Cit.

competência, a título de materialização dos danos, aos órgãos jurisdicionais do Estado-Membro em que o direito em causa é protegido»³⁷. Esses tribunais poderiam apurar e decidir todos os danos, porque todos os danos referentes àquele direito iriam ocorrer no país em que o direito foi protegido pelo registo. Este caso envolveu uma marca registada num Estado-Membro e o TJUE decidiu que o autor poderia propor a ação nos tribunais do Estado-Membro em que a marca foi registada, enquanto tribunal do lugar onde ocorreu o dano.

No caso de *Peter Pinckney*³⁸, houve uma violação de direitos de autor, cometido através de conteúdo colocado *online*. O autor de uma obra musical, residente em França, pediu uma indemnização nos tribunais franceses, contra uma empresa com sede na Áustria, que reproduziu neste país, a música num suporte material que foi posteriormente introduzido no mercado, através da Internet, por uma empresa (estabelecida no Reino Unido), utilizando um *site* que era acessível na França (local do foro). Assim, neste caso, foi necessário localizar o local do dano, para determinar se os tribunais franceses tinham jurisdição.

Mantendo uma abordagem com base na análise da natureza do delito, o TJUE olhou para o direito violado e observou que os direitos de autor estão sujeitos ao princípio da territorialidade, mas estão protegidos em todos os Estados-Membros, especialmente por causa da Diretiva 2001/29, «(...) embora sejam suscetíveis de serem violados, respetivamente, em cada um deles, em função do direito material aplicável»³⁹. Como consequência, concluiu o TJUE, que os danos podem ocorrer na jurisdição do tribunal onde foi proposta a ação (na França) porque os direitos de autor foram protegidos nesse território, e o risco de violação surge “(...) da possibilidade de se procurar, através do sítio da Internet acessível no território do órgão jurisdicional chamado a decidir, uma reprodução da obra à qual estão ligados os direitos que o requerente invoca»⁴⁰. Neste caso, o tribunal só poderia apurar os danos ocorridos no seu território.

No caso *Pez Hejduk*, o TJUE confirmou a orientação anteriormente assumida no caso *Peter Pinckney* em relação ao lugar da materialização do dano.

Tal como no processo *Pinckney*, o TJUE voltou a afirmar que os direitos de autor estão sujeito

37 *Wintersteiger AG*, § 27.

38 *Peter Pinckney v. KDG Mediatech AG*, C-170/12, 2013.

39 *Peter Pinckney, Cit.*, § 39.

40 *Peter Pinckney, Cit.*, § 44.

ao princípio da territorialidade e que, por isso, podem ser violados em cada Estado-Membro onde são protegidos, tendo em conta o direito aplicável⁴¹. Foi reafirmado que o local da materialização do dano pode variar de acordo com a natureza do direito violado e que o risco de dano se materializar em certo local está dependente do facto de o direito cuja violação está em causa ser protegido nesse Estado⁴², ou seja, está dependente do âmbito de proteção geográfico do direito. Assim, numa situação de violação *online* de direitos de autor, o local da materialização do dano ou do risco dessa materialização, é o Estado a partir do qual é possível aceder às fotografias (através da página de Internet da empresa), uma vez protegido os direitos de autor nesse Estado⁴³. No entanto, como também especificado anteriormente, o tribunal do lugar do dano só pode conhecer os danos ocorridos no seu território de acordo com o princípio da territorialidade, pois «estão mais bem colocados, por um lado, para avaliar se os referidos direitos garantidos pelo Estado-Membro em causa foram efetivamente violados e, por outro lado, para determinar a natureza do dano causado»⁴⁴.

No caso *Concurrence SARL*, discutiu-se a competência para resolver um litígio sobre a violação de proibições de revenda fora de uma rede de distribuição seletiva, através de ofertas em vários *sites* da Internet, explorados em vários Estados-Membros⁴⁵.

A *Concurrence* tinha como atividade comercial a venda a retalho de produtos eletrónicos através de um estabelecimento situado em Paris e num *site* de vendas *online*

(*concurrency.fr*). Esta empresa celebrou um contrato de distribuição seletiva com a *Samsung* para vender produtos de gama alta (gama ELITE) em França. Este contrato proibia a *Concurrence* de vender na Internet os produtos em causa. Foi precisamente a violação dessa cláusula de exclusividade que a *Samsung* invocou e usou como base para cessar a mencionada relação comercial, porque a *Concurrence* estava a comercializar os produtos ELITE na sua página da Internet. Por sua vez, a *Concurrence* contestou a licitude das cláusulas do contrato, alegando que não foram aplicadas de modo uniforme a todos os distribuidores, alguns dos quais comercializavam os produtos em causa em diferentes *sites* da *Amazon* sem que houvesse reação por parte da *Samsung*. Depois disso, a *Concurrence*

41 TJUE, *Pez Hejduk c. EnergieAgentur.NTW GmbH*, Processo C-441/13, de 22.01.2015, § 22.

42 *Pez Hejduk*, Cit., § 29.

43 *Pez Hejduk*, Cit., § 34.

44 *Pez Hejduk*, Cit., § 37.

45 *Concurrence SARL v. Samsung Electronics France SAS, Amazon Services Europe Sàrl*, C618/15, 2006.

propôs uma ação perante o Tribunal de Comércio de Paris, solicitando o decretamento de medidas provisórias, a declaração de que a cláusula de proibição de vendas *online* lhe era inoponível e, em consequência, que a *Samsung* fosse condenada a continuar a entregar-lhe os produtos abrangidos por esse contrato. Além disso, a *Concurrence* propôs uma ação contra a *Amazon* para obter uma medida provisória exigindo que a *Amazon* retirasse dos seus vários *sites* (incluindo as páginas da *Amazon* com nomes de domínio franceses, alemães, britânicos, espanhóis e italianos) a oferta de vendas de tais produtos *Samsung*.

A questão que foi apresentada ao TJUE tratava-se precisamente de saber se os tribunais franceses tinham competência para conhecer de um processo contra as páginas de Internet da *Amazon* que operam fora do território desse Estado-Membro, como tribunal do lugar da ocorrência dos danos.

Do contrato de distribuição seletiva resultava que: o distribuidor assumiu a obrigação de vender os produtos num determinado território (neste caso, a França); o produtor dava ao distribuidor o direito à distribuição exclusiva dos seus produtos no mesmo território e assumia a obrigação de não distribuir os produtos fora da rede de vendas do distribuidor. No caso de incumprimento das cláusulas de exclusividade decorrentes do contrato de distribuição seletiva, inclusive através de *sites* na Internet, o TJUE concluiu que dano que a distribuidora poderia invocar seria a redução do volume das vendas como consequência das vendas que são realizadas em violação das condições da rede e a subsequente perda de lucros. Este prejuízo ocorre no domínio geográfico da proteção do direito, ou seja, no território em que, por acordo, foi concedido o direito de distribuição exclusiva e onde se verifica uma redução do volume de vendas do distribuidor em consequência da violação da cláusula de exclusividade. De acordo com o TJUE «para efeitos de atribuição da competência judiciária conferida por essa disposição para conhecer de uma ação de responsabilidade por violação da proibição de venda fora de uma rede de distribuição seletiva resultante da oferta, em sítios Internet que operam em diferentes Estados-Membros, de produtos que são objeto da referida rede, (...) o lugar onde ocorreu o dano deve ser considerado como sendo o território do Estado-Membro que protege a referida proibição de venda através da ação em causa, território em que o demandante alega ter sofrido uma redução das suas vendas»⁴⁶.

46 *Concurrence SARL*, Cit., § 35.

4. CONCLUSÕES

A interpretação do artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento Bruxelas I *bis* é um exemplo de como as regras tradicionais de competência internacional, pensadas do ponto de vista da localização, exigem um esforço de adaptação para serem aplicáveis à Internet, devido às características da rede: alcance global, ubiquidade, localização dos seus utilizadores em todo o mundo. O ponto de partida para a interpretação do lugar onde ocorreu o facto danoso baseia-se no princípio de proximidade, na certeza e previsibilidade, na boa administração da justiça, na eficaz produção de prova e na organização útil do processo. Estes elementos justificam a atribuição de competência: aos tribunais de lugar do evento que dá origem e está na origem desse dano (para ressarcimento de todos os danos); e aos tribunais do local do dano (para ressarcimento apenas dos danos ocorridos no seu território).

O lugar do evento que dá origem ao dano é possível concluir da análise da jurisprudência do TJUE que é o lugar do evento causal, ou seja, é o lugar do estabelecimento do infrator que ilicitamente coloca o conteúdo *online*. Assim é porque é considerado determinante o lugar onde foi decidido a prática do comportamento ilícito. Este será o lugar do evento causal, sendo um lugar certo e identificável, o que determina a previsibilidade do foro, facilita a apresentação de provas e a organização do processo, estando de acordo com o princípio da proximidade.

No caso da violação *online* de um direito de personalidade por difamação, o lugar do facto danoso será o lugar do estabelecimento do editor do conteúdo, uma vez que foi a partir daí que a difamação foi expressa e posta em circulação *online*. Na violação *online* de um direito de propriedade intelectual resultante de uma marca registada, o lugar do facto danoso será o lugar da sede do anunciante, porque foi nesse local que o lesante decidiu praticar os factos que deram origem ao dano. Na violação de direitos de autor, pelo utilização *online* de fotografias sem o consentimento do autor, o lugar do facto danoso será o lugar da sede, pois foi aí que a resolução de colocar as fotografias na Internet foi decidida e executada. O raciocínio comum a todas as situações apresentadas e decididas pelo TJUE é que o lugar do evento que dá origem ao dano, o lugar do evento causal, é o lugar da decisão e onde praticadas as ações que originaram a violação do direito.

Já para determinar o lugar do dano, o TJUE desenvolveu uma abordagem orientada em função do delito, uma *delict oriented approach*. Isto que significa que o lugar onde o dano ocorreu pode ser

diferente de acordo com a natureza do direito violado. O lugar do dano é o lugar onde foi produzido o dano direto como resultado de um evento danoso ou da omissão que originou o dano, que varia de acordo com a natureza do direito violado e o âmbito de proteção geográfica do direito violado. É assim porque o risco de o dano se materializar em certo local está dependente da condição de o direito em causa estar protegido nesse Estado. Este critério está relacionado com a identificação do tribunal que está melhor posicionado, que tem uma maior conexão para apreciar a violação do direito em causa.

Concretizando a materialização do dano na Internet, no caso da violação de direitos de personalidade, o dano ocorre em cada Estado em que o conteúdo colocado ilicitamente *online* é acessível. No entanto, uma vez que o impacto danoso desse conteúdo é muito extenso nos direitos de personalidade do indivíduo, devido ao alcance global da internet, o tribunal do lugar do centro de interesse do lesado pode apreciar a totalidade do dano. Efetivamente, no caso *Bolagsupplysningen*, o TJUE, e neste tipo de delitos, coloca de lado o lugar do dano, para optando de forma clara pelo lugar do centro de interesses do lesado. Já no caso de um direito de propriedade intelectual protegido por um ato de registo, o dano materializa-se no Estado em que o direito é protegido pelo registo, porque a proteção do registo está limitada ao território desse Estado. No caso dos direitos de autor, o dano ocorre no Estado em que o direito é protegido e em cujo território é acessível o *site* em que se reproduzem ilicitamente as obras abrangidas pelos direitos violados. Em caso de violação das proibições de revenda fora de uma rede de distribuição seletiva e num mercado, através de ofertas *online* em vários sítios da Internet em vários Estados-Membros, os danos ocorrem no território em que, por acordo, foi concedido o direito de distribuição exclusiva e onde se verificou uma redução no volume de vendas da distribuidora como resultado da violação da cláusula de exclusividade.

Assim, nos casos em que as atividades *online* causam danos, o lugar onde ocorre o dano, varia de acordo com a natureza do direito violado e o alcance da proteção geográfica desse direito, o que implica por parte do tribunal que está a tentar apurar o lugar do dano uma análise do delito, da natureza do direito violado, e da sua área de proteção geográfica. É assim, porque o risco da existência de danos ocorridos em um determinado lugar depende da condição de o direito em questão estar protegido naquele Estado. Essa abordagem orientada em função do delito (*delict oriented approach*), levando em consideração a área de proteção geográfica do direito violado, é justificada pela necessidade de

identificar o tribunal melhor posicionado para apreciar o direito em causa. Esta abordagem orientada em função do delito será também uma interpretação útil para o apuramento da lei aplicável ao delito que ocorre *online*, pois o art. 4º, n.º 1, Regulamento n.º 864/2007 relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II) manda aplicar, na ausência de *electio iuris*, a lei do lugar do dano.

ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR) PARA EL COMERCIO ELECTRÓNICO EN CLAVE BRASILEÑA

ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR) PARA O COMÉRCIO ELETRÔNICO EM TERMOS BRASILEIROS

ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR) FOR ELECTRONIC COMMERCE IN BRAZILIAN TERMS

María Mercedes Albornoz

Profesora Investigadora, División de Estudios Jurídicos, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), México.

Doctora y Maestra en Derecho Internacional Privado, Université Panthéon-Assas, Paris 2, Francia.

Abogada, Universidad Nacional del Litoral, Argentina.

RESUMEN

El presente texto estudia los ODR para resolver disputas jurídicas surgidas del comercio electrónico. El objetivo consiste en reunir y presentar elementos conceptuales, normativos y fácticos relacionados con las TIC, el comercio electrónico y la solución de disputas jurídicas, con la regulación y la realidad brasileña en esta materia como telón de fondo. Los ODR son abordados atendiendo a los esfuerzos internacionales por regularlos y a las normas existentes en Brasil, a fin de apreciar el desarrollo del tema en este país e identificar algunos retos de cara al futuro. Se concluye que los ODR son una alternativa adecuada para ampliar el acceso a la justicia en busca de una mayor efectividad y que, aunque también sirven para resolver conflictos surgidos *offline*, resultan ideales para conflictos derivados de relaciones jurídicas entabladas en un entorno digital. Asimismo, se observa que la ausencia de un régimen jurídico integral sobre ODR no ha impedido que éstos tengan un desarrollo incipiente en Brasil. Sin embargo, se han identificado varios retos, entre los cuales se destacan el desconocimiento de estos mecanismos, sus ventajas y funcionamiento, y la elevada propensión al litigio que prevalece en el país. Superarlos, permitiría que los ODR fuesen más utilizados en Brasil.

Palabras clave: TIC (Tecnologías de la información y de la comunicación). Comercio electrónico. Administración de justicia. ODR (Solución de controversias en línea). Brasil.

RESUMO

Este texto estuda as ODR para resolver disputas legais decorrentes do comércio eletrônico. O objetivo é reunir e apresentar elementos conceituais, normativos e factuais relacionados às TIC, ao comércio eletrônico e à solução de disputas legais, tendo como pano de fundo a regulamentação e a realidade brasileiras. As ODR são abordadas considerando os esforços internacionais para regulamentá-las e às normas existentes no Brasil, a fim de apreciar o desenvolvimento da questão neste país e identificar alguns desafios para o futuro. Conclui-se que as ODR são uma alternativa adequada para ampliar o acesso à justiça em busca de uma maior eficácia e que, embora também sirvam para resolver conflitos que surjam *offline*, são ideais para conflitos decorrentes de relações jurídicas estabelecidas em um ambiente digital. Observa-se também que a ausência de um regime jurídico abrangente sobre ODR não impediu que os mecanismos de ODR tivessem um desenvolvimento incipiente no Brasil. No entanto, vários desafios foram identificados, dentre os quais se destacam o desconhecimento desses mecanismos, suas vantagens e operação, e a alta propensão a litígios que prevalecem no país. Superá-los permitiria que as ODR fossem mais utilizadas no Brasil.

Palavras chave: TIC (Tecnologias da Informação e da Comunicação). Comércio Eletrônico. Administração de justiça. ODR (Resolução de Disputas Online). Brasil.

ABSTRACT

This text studies ODR to settle legal disputes arising from electronic commerce. The objective is to gather and to present conceptual, normative and factual elements related to ICT, electronic commerce and the resolution of legal disputes, with the Brazilian regulation and reality in this matter as a backdrop. ODR is studied considering international efforts to regulate it and the existing norms in Brazil, in order to appreciate the development of the issue in this country and identify some challenges for the future. It is concluded that ODR is an adequate alternative to increase access to justice, in search of greater effectiveness and that, although they also serve to resolve conflicts arising offline, they are ideal for conflicts arising from legal relations established in a digital environment. It is also noted that the absence of a comprehensive legal regime on ODR has not prevented ODR mechanisms from having an incipient development in Brazil. However, several challenges are identified, among which the ignorance of these mechanisms, their advantages and operation, and the high propensity to litigation that prevails in the country stand out. Overcoming them would allow ODR to be more used in Brazil.

Keywords: ICT (Information and Communication Technologies). Electronic Commerce. Justice Delivery. ODR (Online Dispute Resolution). Brazil.

1. INTRODUCCIÓN

El desarrollo tecnológico, en contraste con la generación de normas jurídicas, presenta avances sustantivos que se dan a un ritmo muy veloz. Por lo tanto, no es de extrañar que el derecho generalmente vaya un paso atrás de la tecnología. Esto se verifica en áreas temáticas diversas, entre las cuales es posible mencionar, a título ejemplificativo, el reconocimiento facial para verificar la identidad de las personas físicas, la obtención de imágenes por medio de vehículos no tripulados –drones aéreos o submarinos–, las técnicas de reproducción humana asistida, incluyendo la posibilidad de gestación extrauterina y la utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) para la administración de justicia. La asimetría temporal en la evolución de la tecnología y la del derecho, así como el constante surgimiento de nuevas realidades sociales, de la mano de herramientas tecnológicas de última generación, implican un gran desafío para los sistemas jurídicos y sus operadores. Por esa razón, cuando nuevas normas jurídicas son creadas, es aconsejable que se emplee un lenguaje tecnológicamente neutro, a fin de limitar los supuestos de rápida obsolescencia de las reglas en atención a los avances tecnológicos.

El objetivo de la presente contribución consiste en reunir y presentar un conjunto de elementos conceptuales, normativos y fácticos relacionados con las TIC, el comercio electrónico y la solución de disputas jurídicas, teniendo presentes como telón de fondo, tanto la regulación como la realidad brasileña en esta materia. Se contemplará especialmente la solución de controversias en línea (también conocida como ODR, sigla de su denominación en inglés: *Online Dispute Resolution*), atendiendo a los esfuerzos internacionales por regularla y a las normas existentes en Brasil, con la intención de apreciar el desarrollo del tema en este país sudamericano e identificar algunos retos de cara al futuro.

La revolución de las TIC (2), con la propagación de Internet que ha traído de la mano, ha permitido el surgimiento y la popularización del comercio electrónico (3). Igualmente, las TIC han permeado en el ámbito de la administración de justicia (4) y han dado lugar a los ODR. Antes de concentrarse en los ODR en Brasil (6), será necesario hacer ciertas referencias a los ODR en general (5). Por último, se culminará con algunas reflexiones finales (7).

2. LA REVOLUCIÓN DE LAS TIC

Internet y la impresionante popularización que ha alcanzado, al grado que se ha integrado al día a día de una amplia franja de la población mundial y ha cambiado sus hábitos, permiten hablar de una revolución de las TIC. Asimismo, la red encuentra sujeta al cambio de modo constante, como lo demuestran, por ejemplo, el surgimiento de la Internet de las cosas y el perfeccionamiento de la analítica de datos.

Entre las características principales de Internet que son jurídicamente relevantes, Scotti señala las siguientes: internacionalidad; accesibilidad internacional; atemporalidad; descentralización; deslocalización, aterritorialidad y ubicuidad; intangibilidad, incorporalidad o inmaterialidad¹. En Internet en general y también en el comercio electrónico, las relaciones jurídicas tienen un alto componente virtual, provocando la reducción e incluso la eliminación de los documentos en soporte papel. A su vez, la distancia y el tiempo se reducen notoriamente: es posible comunicarse y celebrar contratos instantáneamente en el ciberespacio, sin que importe en qué lugar del mundo se encuentre la contraparte. Con estas peculiaridades, el impacto de Internet en la vida cotidiana de las personas físicas, de las empresas y también los gobiernos, la ha vuelto una herramienta indispensable para comunicarse.

La expansión del acceso a Internet constituye un eje central de la revolución de las TIC. De conformidad con los datos más recientes –estimados al 30 de junio de 2019²–, la tasa de penetración de Internet en la población mundial es del 58,8%³, habiéndose registrado desde el año 2000 hasta el actual, 2019, un crecimiento del 1,157%⁴. En América Latina y el Caribe, la tasa de penetración de Internet es del 68,9%⁵, con un incremento del 2,411% en lo que va del siglo XXI⁶. En lo atinente a Brasil en particular, al 31 de diciembre de 2017 -fecha de la que data la información disponible más

1 SCOTTI, Luciana Beatriz. **Derecho Internacional Privado. Globalización e Internet**. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2016, p. 67-71.

2 INTERNET WORLD STATS. **World Internet Usage and Population Statistics, 2019 Mid-Year Estimates**. <https://www.Internetworldstats.com/stats.htm>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

3 Ídem.

4 Ídem.

5 Ídem.

6 Ídem.

reciente-, la tasa de penetración de Internet en la población era del 70,7%⁷.

Al derecho a acceder a Internet se le ha reconocido el carácter de derecho humano. En efecto, se entiende en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) que así lo declaró el Consejo de Derechos Humanos en mayo de 2011, al acoger el Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue⁸. A nivel nacional, Estonia fue uno de los primeros Estados en legislar en este sentido. La Ley de Telecomunicaciones aprobada el 9 de febrero de 2000⁹ estableció una lista de derechos universales, entre los cuales incluyó los “servicios de Internet que están universalmente disponibles para todos los suscriptores, sin importar su ubicación geográfica, y a un precio uniforme” (artículo 5). En el caso de Brasil, el Marco Civil de Internet expresamente indica que “El acceso a Internet es esencial al ejercicio de la ciudadanía” (artículo 7, *Lei 12.965/2014*¹⁰).

Aunque en sus inicios Internet tuvo un carácter netamente militar y luego también académico, dio un giro a principios de la década de 1990, cuando en los Estados Unidos de América se autorizó su uso comercial: “la comercialización de la red lograda por la decisión de la NFS [*National Science Foundation*] de ceder la red troncal a los ISP [proveedores de servicio de Internet] (...) significaba que la gente común podía acceder a la red...”¹¹. Ello se combinó con la invención de la World Wide Web en 1989¹² y su subsiguiente divulgación.

De esta manera, Internet se fue popularizando. A la vez, se fue abriendo a las actividades

7 INTERNET WORLD STATS. **Internet Usage and Population Statistics for South America, December 31, 2017**. <https://www.Internetworldstats.com/stats15.htm>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

8 ONU, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue**. 17º período de sesiones, A/HCR/17/27, 16 de mayo de 2011, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10048.pdf?view=1>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

9 A propósito de la publicación de esta ley, véase SURKOV, Pavel V. Estonia. Telecommunications Act Adopted. IRIS 2000-5:14/21, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2000/5/article21.en.html>, último acceso: 7 de noviembre de 2019. Nótese que la Ley de Telecomunicaciones del año 2000 fue abrogada y sustituida por la actualmente vigente Ley de Comunicaciones Electrónicas, del 8 de diciembre de 2004, cuyo capítulo 7 (artículos 69 y siguientes) regula el servicio universal y contempla el acceso a Internet. <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/Riigikogu/act/520032019015/consolide>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

10 Texto de la ley disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

11 NAUGHTON, John. **The Evolution of the Internet: from Military Experiment to General Purpose Technology**, Journal of Cyber Policy, Volumen 1, Número 1, 2016, p. 13.

12 Su creador fue Tim Berners-Lee, investigador británico que trabajaba en la Organización Europea para la Investigación Nuclear (CERN), en Ginebra, Suiza. CERN. **The Birth of the Web**. (Fecha no disponible.) <https://home.cern/science/computing/birth-web>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

mercantiles y empezó a tener un impacto económico. En consecuencia, comenzó a desarrollarse una economía digital que utiliza Internet como plataforma global y una de cuyas principales actividades es el comercio electrónico.

3. EL DESARROLLO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

3.1. COMERCIO ELECTRÓNICO: NOCIÓN Y TENDENCIAS

El comercio electrónico podría ser entendido desde una perspectiva restringida o desde una perspectiva amplia¹³. Si se optara por la primera, para admitir que se está ante una operación de comercio electrónico, podría exigirse que el consentimiento fuese expresado sólo por Internet –es decir, en una red abierta–, que tanto la celebración como el cumplimiento o ejecución del contrato se hicieran en línea, que el contrato fuera una compraventa y que las partes contratantes únicamente fueran particulares. En cambio, si se acogiera un enfoque amplio, el consentimiento podría ser manifestado por cualquier medio electrónico, ya sea en redes abiertas (Internet) o cerradas (intranet). Bastaría con que lo que se realizara en línea fuese la celebración del contrato –pudiendo el cumplimiento tener lugar en línea, o no–, el contrato podría ser compraventa o también prestación de servicios y las partes podrían ser particulares o el Estado. Se considera que la perspectiva amplia es más adecuada, ya que se ajusta mejor a la realidad del comercio electrónico y, especialmente, porque no excluye de la noción las transacciones de comercio electrónico indirecto –aquellas que comienzan a desarrollarse en línea, ambiente donde son celebradas, pero continúan en el mundo físico, donde tiene lugar el cumplimiento.

De lo anterior se sigue que el comercio electrónico es el que utiliza las TIC como medio para la celebración y el cumplimiento del contrato, o cuando menos para su celebración. No obstante, existe una tendencia a una integración cada vez mayor entre el espacio físico y el espacio virtual¹⁴,

13 GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria; ALBORNOZ, María Mercedes. **Comercio electrónico, Online Dispute Resolution y Desarrollo**, Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías, Número 12, 2014, p. 6, https://derechoytics.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoytics/ytics190.pdf, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

14 RIGBY, Darrell K. **The Future of Shopping**, Harvard Business Review, Volumen 89, Número 12, 2011, p. 65-76.

lo cual podría conducir a cuestionar los límites de la noción de comercio electrónico. Piénsese, por ejemplo, en un consumidor que comienza la compra de un producto a través de Internet, buscándolo, comparando precios, eligiéndolo entre muchos otros. Una vez que ha tomado la decisión, se desplaza físicamente a la tienda y lo compra. Parece no haber dudas de que, actualmente, esta operación no se encuadraría dentro del concepto de comercio electrónico. Sin embargo, no sería *ab initio* descartable la idea de que en un futuro cercano fuese considerada como comercio electrónico.

Además de la señalada tendencia, en Internet se advierte una tensión entre la deslocalización de las relaciones jurídicas y la voluntad de los Estados de proyectar sus fronteras hacia el ciberespacio. Esta tensión es especialmente relevante cuando de comercio electrónico se trata y plantea desafíos para el Derecho Internacional Privado, que las TIC podrían contribuir a superar.

El crecimiento del comercio electrónico se combina con otro factor característico de las actividades en línea en la era digital: la dificultad para tener certeza acerca de la localización de otros sujetos con los cuales se establece comunicación en el ciberespacio. Como contracara de la referida dificultad, se encuentra la inusitada facilidad con la que cualquier persona puede celebrar contratos internacionales en línea, lo que es susceptible de suceder incluso sin que uno de los contratantes sea consciente de ello. Así, se está a un clic de distancia de obligarse y hacerse acreedor de derechos en un contrato transfronterizo. La combinación de los dos factores referidos –expansión del comercio electrónico y facilidad para contratar más allá de las fronteras estatales– es terreno fértil para que se incremente el surgimiento de disputas en el ámbito del comercio electrónico. Asimismo, otra característica de las controversias en materia de comercio electrónico, sobre todo en transacciones entre consumidores y empresas, es su masividad. Antes estas circunstancias, las TIC pueden aportar en la generación de alternativas para la solución rápida y eficaz de desavenencias entre las partes.

3.2. DATOS SOBRE EL COMERCIO ELECTRÓNICO EN BRASIL

Una vez definido el comercio electrónico desde un enfoque amplio, identificado la tendencia a la integración espacio físico / espacio virtual y la tensión deslocalización / proyección de fronteras estatales, es apropiado preguntarse cuál es la situación del comercio electrónico en Brasil.

En ese país, se ha registrado una expansión del comercio electrónico, tanto a nivel nacional como en el plano internacional. En 2018, el volumen de ventas previsto para el comercio electrónico

fue de USD 21 mil millones¹⁵ y la cantidad de compradores en línea fue de 60 millones¹⁶ –un 8% más que los 55,2 correspondientes a 2017¹⁷–. Además, el 48% de los consumidores participaron en operaciones transfronterizas de comercio electrónico¹⁸, prevaleciendo aquellas con Asia –35%–¹⁹ y América del Norte –21%–²⁰, por sobre otras regiones. Desde la perspectiva del consumidor en línea brasileño, las barreras al comercio electrónico transfronterizo son los largos plazos de entrega –44%–²¹ y las tasas de importación, más costos de envío –42%–²². Finalmente, en cuanto a los hábitos del consumidor, el 80% investiga en línea antes de comprar²³ y el 71% considera útiles los comentarios de otros compradores²⁴.

4. CONFLUENCIA ENTRE LAS TIC Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

4.1. OBSERVACIONES GENERALES

La administración de justicia ha ido incorporando gradualmente algunos desarrollos tecnológicos que facilitan el manejo de la información y la comunicación entre los distintos sujetos que, de una manera u otra, participan en los procesos jurisdiccionales. Dicha incorporación, que pretende lograr un ahorro de tiempo y de dinero²⁵, ha generado cambios en la forma en la que se desarrollan los procesos ante la justicia, a tal grado, que ya se habla de “e-justicia” o “ciberjusticia” para hacer referencia a este fenómeno.

15 ECOMMERCE FOUNDATION; PAGBRASIL; SAP; MAZARS; TELEPERFORMANCE; SAFE.SHOP. **Brazil Ecommerce Report 2018** (infografía). <https://www.pagbrasil.com/news/brazil-ecommerce-report-2018/>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

16 Ídem.

17 Ídem.

18 Ídem.

19 Ídem.

20 Ídem.

21 Ídem.

22 Ídem.

23 Ídem.

24 Ídem.

25 Véase CORTÉS, Pablo. **Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union**. Abingdon; Nueva York: Routledge, 2011, p. 95.

Como lo señala Pablo Cortés, si bien ese ahorro de dinero y tiempo “no califica a los tribunales tradicionales como esquemas de ODR *per se*, es el primer paso hacia la constitución del ODR y, en combinación con otras aplicaciones para comunicaciones o para toma de decisiones, resultará en un verdadero sistema de ODR”²⁶.

En los procesos ante autoridades estatales investidas de jurisdicción, en mayor o en menor medida -según el país del que se trate, el orden federal o local, la materia o la cuantía de la causa- ciertos recursos electrónicos han ido ganando carta de ciudadanía²⁷. Hoy es común que los tribunales cuenten con su propio portal web, que al menos ciertas resoluciones sean subidas al mismo o que, incluso, se haya implementado el expediente electrónico. Igualmente, es habitual que algunas notificaciones se hagan por medios electrónicos, enviándose resoluciones por correo electrónico o subiéndolas en el mismo portal del tribunal. Además, hay casos en los cuales se han hecho notificaciones por redes sociales como *Facebook*, o por servicios de mensajería instantánea, como *WhatsApp*. Asimismo, es cada vez más frecuente que algunas audiencias se celebren por videoconferencia, cuando uno de los comparecientes se encuentra a una distancia significativa de la sede del tribunal y/o tiene impedimentos o dificultades para desplazarse hasta allí. Además, tanto en el ejercicio de la propia actividad jurisdiccional como en el de la abogacía como profesión, actualmente resulta esencial utilizar Internet y bases de datos electrónicas para realizar búsquedas de legislación, de jurisprudencia y hasta de doctrina.

4.2. APROXIMACIÓN A LA SITUACIÓN BRASILEÑA

La incorporación de las TIC a la impartición de justicia es una realidad en Brasil. Esto resulta especialmente evidente desde 2006, año desde el cual el país cuenta con una *Lei do Processo Judicial Eletrônico* (la *Lei* 11.419/2006)²⁸. También es pertinente mencionar aquí la *Resolução* 105/2010

26 Ídem.

27 Se suele hacer alusión a los tribunales estatales que se sirven de las TIC para la realización de ciertos actos procesales denominándolos “cibertribunales” o “cibercortes”; pero no pueden ser tomados como alternativos, por más que empleen medios electrónicos. ALBORNOZ, María Mercedes; GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. **Feasibility Analysis of Online Dispute Resolution in Developing Countries**, *Inter-American Law Review*, Volumen 44, Número 1, 2012, p. 44, <http://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1110&context=umialr>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

28 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

del *Conselho Nacional de Justiça*²⁹, reformada por la *Resolução 222/2016* del mismo organismo³⁰, referidas a la utilización, por parte de los tribunales, de sistemas electrónicos para la grabación de las declaraciones y testimonios obtenidos por videoconferencia. Asimismo, se establece una serie de requisitos que los documentos digitales deben cumplir a fin de ser incluidos en el Repositorio Nacional de Medios para el Sistema PJe (*Processo Judicial Eletrônico*)³¹ desarrollado por el referido consejo.

Además, dentro del marco jurídico brasileño, adquiere suma relevancia el *Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)*³², que ha actualizado la regulación procesal civil para adecuarla a los tiempos que corren. En efecto, dicho cuerpo normativo acepta y consolida la utilización de la videoconferencia en los procesos civiles. A lo largo de su articulado, en cinco ocasiones se utiliza la siguiente expresión, con referencia a la práctica de actos procesales: “...por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real”³³. La norma de alcance más amplio que alude expresamente a la videoconferencia o a otro recurso tecnológico de transmisión de sonidos e imágenes en tiempo real es el artículo 236, § 3º, que permite su uso para la práctica de actos procesales en general. Ya con un alcance restringido a ciertos actos procesales en particular, se encuentra el artículo 385, § 3º –declaración personal de la parte que reside en otra circunscripción–, el 453, § 1º –audiencia testimonial cuando el testigo reside fuera de la circunscripción del tribunal–, el 461, § 2º –careo– y el artículo 937, § 4º –sobre la presentación oral de argumentos por parte del abogado cuyo domicilio profesional se localiza fuera de la sede del tribunal, siempre que lo solicite hasta un día antes de la sesión–.

No obstante, y sin perjuicio de esta legislación reciente, la informatización de la administración de justicia en Brasil es anterior a 2006. En efecto, en ese mismo año, Veronese, Fontainha y Fragale³⁴

29 <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=113362>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

30 <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2283>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

31 <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/processo-judicial-eletronico-pje/>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

32 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

33 “... por medio de videoconferencia u otro recurso tecnológico de transmisión de sonidos e imágenes en tiempo real”.

34 VERONESE, Alexandre; FONTAINHA, Fernando de Castro; FRAGALE, Roberto Filho. **Aplicações de tecnologias da informação e comunicação (TIC) no âmbito da administração judiciária**. In: 1º Congresso Científico de UniverCidade, Río de Janeiro, 16 de octubre de 2006, [sin número de página], https://www.academia.edu/21336847/Aplicações_de_tecnologias_da_informação_e_comunicação_TIC_no_âmbito_da_administração_judiciária, último ac-

ya daban cuenta de la rutinaria puesta a disposición de algunos servicios tecnológicos para los usuarios del sistema judicial brasileño. Según Pimentel, Pereira y Saldanha³⁵, el fenómeno de la informatización se fue dando gradualmente en el país y comenzó mucho antes. Estos tres últimos autores mencionan como antecedentes los siguientes cuerpos normativos: 1) *Lei* 1.533/1951, de mandamiento de seguridad³⁶, cuyo artículo 4 permitía el uso de radiograma o telegrama para la petición de mandamiento de seguridad; 2) Código de Procedimiento Civil, de 1973³⁷, en cuyos artículos 374 y 383, respectivamente, se reconoció valor probatorio al telegrama, al radiograma y a cualquier otro medio de transmisión para documentos privados, y se estableció que cualquier reproducción efectuada de modo mecánico o de otro modo probaba hechos o cosas representados, si aquel contra quien se presentaba daba su conformidad; 3) *Lei* 9800/1999, Ley del fax³⁸, en virtud de cuyos artículos 1 y 2 se permitió a las partes utilizar un sistema de transmisión de datos e imágenes del tipo del fax u otro similar para practicar actos procesales escritos, dándoles cinco días para la entrega en juicio de los documentos originales.

5. ODR EN GENERAL

5.1. ODR: NOCIÓN

La solución de controversias en línea (ODR), surge de la incorporación de las TIC a los métodos alternativos de solución de controversias. Como lo afirma uno de sus impulsores, Colin Rule, “combina la eficiencia de la solución alternativa de disputas con el poder de Internet”³⁹. Según

ceso: 7 de noviembre de 2019.

35 PIMENTEL, Alexandre Freire; PEREIRA, Mateus Costa; SALDANHA, Paloma Mendes. **El proceso judicial electrónico, la seguridad jurídica y violaciones de los derechos fundamentales desde el punto de vista del sistema jurídico brasileño**, Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías, Número 17, 2017, p. 9, https://derechoytics.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoytics/ytics253.pdf, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

36 <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/104087/lei-do-mandado-de-seguranca-de-1951-lei-1533-51>, derogada por la *Lei* 12.016/2009, de mandamiento de seguridad (<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/818583/lei-do-mandado-de-seguranca-lei-12016-09>, último acceso: 7 de noviembre de 2019).

37 *Lei* 5.869/1973, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869/imprensa.htm (último acceso: 7 de noviembre de 2019), derogada por la *Lei* 13.105/2015, aprobatoria del *Novo Código de Processo Civil*.

38 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9800.htm, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

39 RULE, Colin. **Online Dispute Resolution for Business. B2B, E-Commerce, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts**. San Francisco: Jossey-Bass, 2002, p. 3.

Orna Rabinovich-Einy e Ethan Katsh, en la segunda parte de la década de los noventa comenzaron a surgir los ODR, pues en esa época “se hizo evidente que el entorno digital se estaba convirtiendo en un espacio donde abundaban disputas, pero faltaban vías efectivas para su abordaje”⁴⁰.

Entre las diversas dudas susceptibles de surgir acerca de la delimitación de los contornos de la noción de ODR, se hará referencia a dos. La primera es la incertidumbre acerca de si la actividad desarrollada por tribunales tradicionales, pero incorporando herramientas tecnológicas, queda comprendida en el concepto de ODR. Es decir, si se lo puede definir como todo procedimiento de resolución de disputas que utilice las TIC. La respuesta podría ser afirmativa si se adoptara una noción amplia de ODR⁴¹, especialmente en la medida en que las TIC contribuyeran en toma de decisiones⁴². En cambio, sería negativa si se escogiera definir el ODR de modo restringido, limitándolo a los mecanismos alternativos de solución de controversias que se llevan a cabo principalmente en línea, en el ámbito extrajudicial o parajudicial⁴³, combinando “las tecnologías de la información y de la comunicación con los procesos *offline* de negociación, mediación y arbitraje”⁴⁴.

Una segunda duda consiste en determinar si la solución de controversias en línea es una mera transposición al entorno digital de los métodos alternativos de solución de controversias conocidos en el mundo físico, o si contiene algo más. En efecto, los ODR se inspiran en los mecanismos alternativos de solución de controversias. Sin embargo, es posible sostener que no se limitan a su transposición a un ambiente electrónico. Por un lado, porque la tecnología ofrece nuevas posibilidades para administrar la resolución de disputas⁴⁵. Por el otro, debido a que algunos mecanismos de ODR cuentan con un

40 RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. “**Lessons from Online Disputes Resolutions for Dispute Systems Design**”. In: Mohamed S. Abdel Wahab, Ethan Katsh y Daniel Rainey (eds.). *Online Dispute Resolution: Theory and Practice*. Amsterdam: Eleven International Publishing, 2012, p. 39.

41 Adoptan esta postura, por ejemplo, Gabrielle KAUFMANN-KOHLER y Thomas SCHULTZ. Para ellos: “el ODR es una reacción ante las limitaciones del mundo offline y no estrictamente ante los tribunales”. **Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice**. La Haya: Kluwer International Law, 2004, p. 7.

42 CORTÉS, Pablo. **Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union**. Abingdon; Nueva York: Routledge, 2011, p. 95.

43 NAVA GONZÁLEZ, Wendolyne; BRECEDA PÉREZ, José Antonio. **México en el contexto internacional de solución de controversias en línea de comercio electrónico**. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Volumen XV, 2015, p. 721, <http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v15/v15a19.pdf>, último acceso: 7 de noviembre de 2019. Véase ALBORNOZ, María Mercedes; GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. **Feasibility Analysis of Online Dispute Resolution in Developing Countries**, *Inter-American Law Review*, Volumen 44, Número 1, p. 44, <http://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1110&context=umialr>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

44 SCHMITZ, Amy J.; RULE, Colin. **The New Handshake. Online Dispute Resolution and the Future of Consumer Protection**. Chicago: American Bar Association, 2017, p. xi.

45 Diferentes y siempre novedosas opciones de comunicación pueden ser adaptadas para atender a las necesidades de la controversia. RULE, Colin. **Online Dispute Resolution for Business. B2B, E-Commerce, Consumer, Employ-**

mayor componente tecnológico, al grado que la tecnología es el elemento prevaleciente y difícilmente podrían existir sin un soporte tecnológico. Piénsese, por ejemplo, en la negociación automatizada.

Para poder desarrollarse, la solución de controversias en línea requiere de una plataforma electrónica, un entorno digital que funcione como escenario de los procesos. Las plataformas de ODR pueden ser creadas, así como administradas, por sujetos de carácter público⁴⁶, o privado⁴⁷.

Adicionalmente, es preciso señalar que los mecanismos de solución de controversias en línea son apropiados para resolver las disputas surgidas en el entorno digital, pero también aquellas que se presentan en el mundo físico, al margen de la utilización de cualquier medio electrónico de comunicación o transmisión de información.

5.2 MECANISMOS DE ODR

Los mecanismos de solución de controversias en línea no constituyen un conjunto cerrado. Dado que la tecnología se encuentra en constante evolución, es muy probable que a medida que se vayan desarrollando nuevas herramientas técnicas vayan surgiendo nuevos mecanismos de ODR. Actualmente, los más comunes son: la negociación tecnológicamente asistida, la mediación en línea y el arbitraje en línea.

La negociación asistida se da entre las partes de la controversia en un ambiente digital y se caracteriza porque las TIC incrementan las posibilidades de llegar a un acuerdo que resuelva el diferendo, sin que intervenga un ser humano como tercero neutral. Un tipo especial de negociación tecnológicamente asistida es la negociación automatizada, también conocida por su denominación en inglés como “*blind-bidding*”, pues se da una suerte de puja a ciegas⁴⁸. En esta modalidad, que puede ser de utilidad cuando el punto controvertido es susceptible de ser reducido a una suma de dinero, se define un rango de arreglo y cada una de las partes indica, con respecto a diferentes posibles rondas de negociación, qué monto está dispuesta a aceptar o –según el caso– a ceder. Un algoritmo automatizado

ment, Insurance, and Other Commercial Conflicts. San Francisco: Jossey-Bass, 2002, p. 45.

46 Por ejemplo, la autoridad mexicana encargada de la protección de los consumidores -Procuraduría Federal del Consumidor, PROFECO- administra la plataforma *Concilianet*, <https://concilianet.profeco.gob.mx/Concilianet/inicio.jsp>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

47 Por ejemplo, la plataforma *Youstice*, <https://youstice.com/es/>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

48 RULE, Colin. **Online Dispute Resolution for Business. B2B, E-Commerce, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts**. San Francisco: Jossey-Bass, 2002, p. 57.

compara el monto propuesto por cada una de las partes para la primera ronda de negociación y, si hay coincidencia, la controversia queda resuelta. Cada parte ignora el monto indicado por la otra, llegando a conocerlo sólo si hay coincidencia y, por lo tanto, acuerdo⁴⁹.

En cambio, en la mediación y en el arbitraje en línea, interviene un tercero humano. En la mediación en línea, el mediador, con el apoyo de la tecnología, asiste a las partes de la controversia para que ellas encuentren una solución y acuerden cumplirla. La relevancia del factor tecnológico para contribuir a lograr un acercamiento de las partes es tal, que se habla de la tecnología como la “cuarta parte”⁵⁰ en la mediación en línea. Lo mismo sucede con respecto al arbitraje en línea: hay quienes ven en la tecnología una “cuarta parte” en el proceso. En este mecanismo también actúa un ser humano que desempeña el rol de tercero neutral. A diferencia del mediador, el árbitro decide cuál es la solución al conflicto. Finalmente, una singularidad del arbitraje en línea es que el laudo puede ser vinculante, o no serlo, para ambas partes o sólo para una de ellas⁵¹. Es claro que en este ámbito predomina la autonomía de la voluntad de las partes.

5.3. REGULACIÓN

5.3.1. FUENTE INTERNACIONAL

A nivel internacional, no existe todavía un instrumento jurídico vinculante que regule la solución de controversias en línea y sus diferentes mecanismos. Esta ausencia de regulación obligatoria se verifica en el plano regional en las Américas, así como en el plano universal, a pesar de los esfuerzos realizados en el seno de diferentes organismos codificadores.

En el ámbito de los países americanos, el tema fue tratado en la Séptima Conferencia interamericana especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP VII), desarrollada en la órbita de la Organización de los Estados Americanos (OEA). La CIDIP VII fue convocada en 2003⁵² y

49 En este sentido, existe confidencialidad. KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; SCHULTZ, Thomas. **Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice**. La Haya: Kluwer International Law, 2004, p. 17..

50 La idea de la tecnología como cuarta parte en los mecanismos de ODR en los cuales participa un tercero neutral humano fue acuñada por Ethan KATSH y Janet RIFKIN. **Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace**. San Francisco: Jossey-Bass, 2001, p. 93-117.

51 KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; SCHULTZ, Thomas. **Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice**. La Haya: Kluwer International Law, 2004, p. 153 y ss.

52 AG/RES. 1923 (XXXIII-O/03), https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_1923_XXXIII-O-03_esp.pdf, último

2004⁵³ por la Asamblea General de la OEA, órgano que aprobó su agenda de trabajo en 2005⁵⁴. Uno de los temas de la conferencia fue la protección al consumidor y en esa área temática, en el año 2010, Estados Unidos presentó una propuesta de Guía Legislativa para una Ley Interamericana respecto de la disponibilidad de medios de solución de controversias y restitución a favor de los consumidores⁵⁵. La propuesta se complementaba con cuatro anexos que contenían proyectos de leyes modelo sobre las siguientes cuestiones: 1. *Ley Modelo para la solución electrónica de controversias transfronterizas de los consumidores en el ámbito del comercio electrónico*⁵⁶, 2. *Ley Modelo para solución alternativa de controversias para reclamos de los consumidores por tarjetas de pago*⁵⁷, 3. *Ley Modelo para reclamos de menor cuantía*⁵⁸, y 4. *Ley Modelo de restitución gubernamental (incluyendo a nivel transfronterizo)*⁵⁹.

La Ley Modelo para la solución electrónica de controversias transfronterizas de los consumidores en el ámbito del comercio electrónico proponía la creación de una iniciativa patrocinada a nivel estatal para resolver las controversias transfronterizas en el ámbito del comercio electrónico utilizando mecanismos de ODR. Dicha iniciativa implicaba que se creara un sistema electrónico multiestatal para la negociación, mediación y arbitraje de reclamos de bajo valor por parte de los consumidores. Sin embargo, la propuesta estadounidense de guía legislativa no prosperó y tampoco lo hicieron las leyes modelo anexas. Por consiguiente, nunca se llegó a aprobar en la CIDIP VII la ley modelo sobre ODR para disputas de carácter transfronterizo en las que estuvieran involucrados consumidores electrónicos.

Por otro lado, *en el plano universal*, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho

acceso: 7 de noviembre de 2019.

53 AG/RES. 2033 (XXXIV-O/04), https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2033_XXXIV-O-04_esp.pdf, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

54 AG/RES. 2065 (XXXV-O/05), https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2065_XXXV-O-05_esp.pdf, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

55 OEA/Ser.G CP/CAJP-2652/08 add. 1 rev.1., 3 de mayo de 2010, https://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_proteccion_al_consumidor_united_states_guia_legislativa.pdf, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

56 https://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_proteccion_al_consumidor_united_states_guia_legislativa_anexo_A.pdf, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

57 https://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_proteccion_al_consumidor_united_states_guia_legislativa_anexo_B.pdf, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

58 https://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_proteccion_al_consumidor_united_states_guia_legislativa_anexo_C.pdf, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

59 https://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_proteccion_al_consumidor_united_states_guia_legislativa_anexo_D.pdf, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

Mercantil Internacional (CNUDMI, o UNCITRAL, por su sigla en inglés), también dedicó tiempo y recursos al estudio de los mecanismos de ODR. En el año 2010, en el seno de este organismo, se constituyó un Grupo de Trabajo sobre solución de controversias en línea. El grupo desarrolló sus labores desde finales de 2010 hasta los primeros meses de 2016. A pesar del intenso trabajo realizado⁶⁰, sólo fue posible alcanzar consenso para aprobar un instrumento de *soft law* cuyo contenido es bastante general: las *Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea* (Notas técnicas).

Las Notas técnicas fueron adoptadas por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2016⁶¹. El instrumento en cuestión tiene un corte netamente descriptivo, no es jurídicamente vinculante ni tampoco pretende reglamentar procesos de ODR⁶². Es necesario tener presente que fue redactado pensando en ampliar el acceso a la justicia de quienes son parte en contratos transfronterizos de compraventa o de prestación de servicios de baja cuantía, celebrados por medios electrónicos⁶³.

Las Notas técnicas persiguen la finalidad de promover el desarrollo de la solución de controversias en línea, así la de “prestar asistencia a los administradores ODR, las plataformas ODR, los terceros neutrales y las partes en un proceso ODR”⁶⁴. Se considera que la solución de controversias en línea “debería ser una vía sencilla, rápida y eficiente para que pudiera utilizarse en el “mundo real”, y no debería entrañar gastos, demoras ni cargas desproporcionadas en relación con el valor económico del objeto del litigio”⁶⁵.

En lo atinente a los principios en los cuales debería fundarse cualquier sistema de ODR, las Notas técnicas proponen: equidad, transparencia, respeto de las garantías procesales y rendición de cuentas⁶⁶, e indican que “debería basarse en el consentimiento explícito e informado de las partes”⁶⁷. La enumeración de principios es enunciativa.

60 Los documentos e informes están disponibles en el sitio de Internet de la CNUDMI, a partir de https://uncitral.un.org/es/working_groups/3/online_dispute, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

61 <https://undocs.org/es/A/RES/71/138>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

62 Notas técnicas, punto 6.

63 *Ibidem*, punto 5.

64 *Ibidem*, punto 3.

65 *Ibidem*, punto 9.

66 *Ibidem*, punto 7.

67 *Ibidem*, punto 17.

Para terminar, se destaca que, según las Notas técnicas, el proceso de ODR puede constar de tres etapas. A la primera etapa, de negociación, puede añadirse una segunda etapa, de arreglo facilitado, y podría llegarse hasta a una tercera etapa, llamada etapa final⁶⁸.

A pesar de que las Notas técnicas tienen el mérito de describir ordenadamente el modo en el que suelen operar las plataformas de solución de controversias en línea, es propicio preguntarse si un instrumento de *soft law* de contenido tan general y que ha sido redactado con un lenguaje tan abierto como éste, llegará a tener incidencia práctica.

5.3.2. OTRAS FUENTES

Sin perjuicio de los intentos de regular internacionalmente el tema, en este apartado se hará mención de otras posibles fuentes de normas sobre ODR: comunitaria, nacional, privada y co-regulación.

En cuanto a la *fuentes comunitaria*, la Unión Europea logró dar un paso importante en materia de ODR al aprobar el *Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, de 21 de mayo de 2013*⁶⁹. Dicho instrumento jurídico pretende fortalecer la confianza de consumidores y comerciantes en las transacciones que celebran en línea⁷⁰, más allá de que sean nacionales o transfronterizas. En esta misma línea, de conformidad con el artículo 1, el objetivo del reglamento consiste en:

contribuir, a través de la consecución de un elevado nivel de protección del consumidor, al correcto funcionamiento del mercado interior, en particular de su dimensión digital, proporcionando una plataforma europea de resolución de litigios en línea que facilite la resolución extrajudicial de litigios entre consumidores y comerciantes en línea de forma independiente, imparcial, transparente, eficaz y equitativa.

El ámbito de aplicación del reglamento comprende “la resolución extrajudicial de litigios relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios celebrados en línea entre un consumidor residente en la Unión y un comerciante establecido en la Unión” (artículo 2.1). Es preciso que las controversias se refieran a contratos celebrados en

68 Véanse las Notas técnicas, puntos 18 y siguientes.

69 Diario Oficial de la Unión Europea L 165, 18 de junio de 2013, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0524&from=ES>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

70 BARROS, João Pedro Leite. *Arbitragem online em conflitos de consumo*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 51.

línea entre sujetos conectados al territorio de la Unión Europea: la residencia del consumidor y el establecimiento del comerciante deben localizarse en la Unión -sea en un mismo país, o en países diferentes-. Tratándose de comercio electrónico, la exigencia de que exista una vinculación entre las partes y un territorio determinado es criticable, pues “va contra la propia naturaleza de las relaciones en línea, desconociendo el carácter desterritorializado del ciberespacio”⁷¹.

Para cumplir su propósito, el reglamento estableció una plataforma europea de ODR (<https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home2.show&lng=ES>), que fue desarrollada por la Comisión Europea. La responsabilidad por el funcionamiento, mantenimiento, la financiación y la seguridad, así como por las traducciones de la plataforma a las lenguas oficiales de la Unión Europea, le corresponde a la Comisión Europea. La plataforma cuenta con una lista de entidades de resolución alternativa de controversias y con una red de puntos de contacto nacionales para asesorar a los usuarios.

Por otro lado, en lo atinente a la *fuerza nacional*, las normas de fuerza interna de algunos países que regulan los métodos alternativos de solución de controversias permiten el uso de las TIC en el proceso. En el caso de México, por ejemplo, aunque no existe legislación que regule la solución de controversias en línea de manera integral, hay, sin embargo, leyes para ciertos ámbitos específicos que, en los mecanismos alternativos que establecen, expresamente permiten la utilización de medios electrónicos⁷². Con respecto a Brasil, en la sección siguiente, dedicada al ODR en dicho país, se hará una aproximación al panorama normativo nacional en esta materia.

Finalmente, es necesario resaltar que queda un amplio margen de acción para la *autorregulación*, como *fuerza privada*. En este sentido, cada plataforma que presta el servicio de solución de controversias en línea establece sus propios términos y condiciones, que los usuarios aceptan si desean que su conflicto sea sometido a uno o eventualmente a varios de los mecanismos ofrecidos. No obstante, se ha alertado acerca del peligro de que sea el mercado el que establezca por sí solo las normas, escapando a las garantías que pueden ofrecer los Estados a través de la legislación.

71 AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. **A resolução online de litígios (ODR) de baixa intensidade: perspectivas para a ordem jurídica brasileira**, Pensar Revista de Ciências Jurídicas, Volumen 22, Número 2, 2017, p. 524, <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5397/pdf>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

72 A título ejemplificativo es posible mencionar el artículo 99 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/113_120419.pdf, último acceso: 7 de noviembre de 2019. También, el artículo 65 Bis de la Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/262_210618.pdf, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

Por tal motivo, se ha sugerido explorar la vía de la *co-regulación*⁷³, que combinaría las participaciones privada y pública en la producción de normas sobre ODR.

6. ODR EN BRASIL

6.1. APROXIMACIÓN AL PANORAMA NORMATIVO BRASILEÑO

Como se ha visto más arriba⁷⁴, la informatización de la solución de controversias no es ajena al derecho brasileño. Sin embargo, el sistema jurídico de este país no cuenta con un régimen integral en materia de ODR. Así lo subraya Amorim cuando indica que “la legislación brasileña no menciona el uso de los medios de Resolución *Online* de Litigios (ODR), refiriéndose tan solo a los medios más tradicionales de solución extrajudicial de controversias”⁷⁵.

Una regulación completa de la solución de controversias en línea sería deseable. No obstante, es necesario reconocer que en 2015 se hizo el esfuerzo de modernizar la legislación procesal, en busca de una mayor eficiencia en la solución de conflictos jurídicos⁷⁶. Ahora bien, se comparte la opinión de Fernandes *et al.*⁷⁷, en cuanto a que, más allá de las relativamente recientes modificaciones en el plano legislativo, para apreciar verdaderos cambios en la práctica se requiere toda una revolución cultural en la comunidad jurídica, que supere la tan enraizada cultura del litigio⁷⁸.

Desde el año 2015, la regulación de ciertos mecanismos alternativos de solución de disputas alude de manera expresa al empleo de medios electrónicos en el proceso. En esta línea, el *Novo Código de Processo Civil*, en su artículo 334, § 7º, establece: “*A audiência de conciliação ou de*

73 MOREK, Rafal. **The Regulatory Framework for Online Dispute Resolution: A Critical View**. University of Toledo Law Review, Volumen 38, 2006, p. 190.

74 Véase *supra*, apartado 4.2.

75 AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. **A resolução online de litígios (ODR) de baixa intensidade: perspectivas para a ordem jurídica brasileira**, Pensar Revista de Ciências Jurídicas, Volumen 22, Número 2, 2017, p. 529, <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5397/pdf>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

76 FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; RULE, Colin; ONO, Taynara Tiemi; CARDOSO, Gabriel Estevam Botelho. **The Expansion of Online Dispute Resolution in Brazil**. International Journal for Court Administration, Volumen 9, Número 2, 2018, p. 20, <https://www.iacajournal.org/articles/abstract/10.18352/ijca.255/>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

77 Ídem.

78 Empleando la terminología propuesta por Boaventura de Sousa SANTOS, puede afirmarse que Brasil tiene una “elevada propensión al litigio”. **Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido social en el derecho**. Madrid / Bogotá: Editorial Trotta / ILSA, 2009, p. 119.

mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei”⁷⁹. Avanza en la misma dirección la *Lei de Mediação (Lei 13.140/2015)*⁸⁰. Asimismo, en virtud del artículo 46 de dicha ley: “*A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo*”⁸¹.

6.2. EL DESARROLLO DE LOS ODR EN BRASIL

Brasil no puede permitirse quedar al margen de la práctica de los mecanismos de ODR ni del debate⁸² en torno a ellos. Diversos factores confluyen para sostener esta afirmación y son los mismos que han permitido que se fuesen empezando a desarrollar en Brasil algunas plataformas de ODR. A la difusión de los avances de las TIC y del acceso a ellas en el país, se suma el crecimiento del comercio electrónico -incluyendo el transfronterizo- y de la economía digital. También han sido relevantes la toma de conciencia acerca de la necesidad de hallar vías alternativas para aligerar la sobrecarga que agobia a los tribunales estatales y, aunque no hay un régimen jurídico integral sobre ODR, la apertura de la regulación vigente hacia las nuevas tecnologías. Otros factores que abonan en este sentido son las fortalezas de los ODR que, a pesar de la incipiente o aún baja utilización de estos mecanismos en América Latina, ya se han venido apreciando en la región⁸³. Entre ellas, se destacan las siguientes: su adaptabilidad a diferentes contextos, su eficiencia -sobre todo en términos de ahorro de tiempo y dinero-, así como su capacidad de contribuir al desarrollo de economías emergentes⁸⁴.

Fernandes *et al.* aluden a una expansión de la mediación en línea en el país, que explican como “un resultado directo, tanto de la legislación que promueve la mediación, como de influencias externas, tales como la expansión del comercio electrónico y de las transacciones de consumo

79 “La audiencia de conciliación o de mediación puede realizarse por medios electrónicos, en los términos de la ley”.

80 *Lei de Mediação*, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

81 “La mediación podrá ser hecha por internet o por otro medio de comunicación que permita la transacción a distancia, siempre que las partes estén de acuerdo”.

82 ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Online Dispute Resolution in Brazil: Are We Ready for this Cultural Turn?** *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto-SP, Año XX, Volumen 24, Número 1, 2015, p. 74, <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/589/548>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

83 ALBORNOZ, María Mercedes; GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. **Feasibility Analysis of Online Dispute Resolution in Developing Countries**, *Inter-American Law Review*, Volumen 44, Número 1, 2012, p. 49-52, <http://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1110&context=umialr>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

84 Ídem.

transfronterizas”⁸⁵. Efectivamente, la posibilidad de que cualquier potencial consumidor residente en Brasil se encuentre a tan solo un clic de distancia de celebrar un contrato electrónico, además de la ausencia de confianza en la eventual contraparte y de certeza sobre su ubicación y/o la del bien a adquirir si se trata de una compraventa, exponen a la población a nuevos riesgos. Es por eso que la solución de controversias en línea resulta tan apropiada para atender conflictos derivados de relaciones jurídicas celebradas en el mismo entorno. Sin embargo, esto no significa en modo alguno desconocer ni negar que los ODR igualmente son útiles para resolver conflictos surgidos fuera de un entorno electrónico⁸⁶.

Algunas de las plataformas de ODR que operan en Brasil son: *Reclame Aqui*⁸⁷, *JUSPRO (Justiça Sem Processo)*⁸⁸, *e-Conciliar*⁸⁹, *Vamos Conciliar*⁹⁰, *Mediação Online*⁹¹ y *Consumidor.gov.br*⁹². Mientras que la última es administrada por el Estado -la Secretaría Nacional del Consumidor, perteneciente al Ministerio de Justicia de Brasil-, las anteriores son administradas por proveedores privados de servicios de solución de controversias en línea. Entre las plataformas privadas, *Mediação Online* fue distinguida con el *Prêmio Conciliar é Legal 2018*, otorgado por el *Conselho Nacional de Justiça*⁹³.

La experiencia de la plataforma *Consumidor.gov.br*, que funciona desde mayo de 2014⁹⁴, ha sido exitosa. Los indicadores actuales, provistos por la misma página de Internet, son positivos. Al 7 de noviembre de 2019⁹⁵, se han finalizado 2.240.441 quejas, hay 602 empresas registradas, mientras

85 FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; RULE, Colin; ONO, Taynara Tiemi; CARDOSO, Gabriel Estevam Botelho. **The Expansion of Online Dispute Resolution in Brazil**. *International Journal for Court Administration*, Volumen 9, Número 2, 2018, p. 26, <https://www.iacajournal.org/articles/abstract/10.18352/ijca.255/>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

86 Véase *supra*, parte final del apartado 5.1.

87 <https://www.reclameaqui.com.br/>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

88 <https://www.juspro.com.br/>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

89 <https://www.econciliar.com.br/>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

90 <http://www.vamosconciliar.com/>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

91 <https://www.mediacaoonline.com/>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

92 <https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/?1573174529255>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

93 Resultados de la 9ª edición, <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/01/62ecb9644800c574bb74e46dab1cd682.pdf>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

94 Fecha mencionada por AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. **A resolução online de litígios (ODR) de baixa intensidade: perspectivas para a ordem jurídica brasileira**, *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*, Volumen 22, Número 2, 2017, p. 529, <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5397/pdf>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

95 <https://www.consumidor.gov.br/pages/indicador/infografico/abrir>.

que el número de usuarios registrados asciende a 1.647.176. Asimismo, la infografía⁹⁶ permite apreciar que casi el 70% de las quejas proviene de usuarios localizados en la región oriental de Brasil -principalmente, centro y sur-. Esto se explica porque son las zonas de mayor desarrollo económico y densidad poblacional; sin embargo, también muestra un área de oportunidad para que en otras regiones de este extenso país se aprovechen las ventajas de solucionar en línea las controversias de consumo.

Ahora bien, también es necesario tomar en cuenta que, a pesar de los beneficios de los mecanismos de ODR y de algunos casos de éxito, en el año 2017 “la demanda de ODR por parte de la industria jurídica [era] sólo del 2%”⁹⁷. En consecuencia, la solución de controversias en línea se enfrenta a varios retos en Brasil. ¿Cuáles son esos retos? Uno de ellos, especialmente vinculado con los ODR, es el desconocimiento de estos mecanismos, de sus ventajas y de su funcionamiento. Otro, en cuanto a la seguridad de las plataformas de ODR y de las herramientas digitales en general, consiste en cierta falta de confianza de la población en las mismas. En el ámbito educativo, el analfabetismo digital es otro desafío. También, en relación con la infraestructura, es un reto la ausencia de acceso universal a servicios de Internet de calidad⁹⁸ gratuitos o a precios razonables. En lo atinente a la cultura jurídica que prevalece en el país, la elevada propensión al litigio es otro de los retos. Éste dificulta enormemente el recurso a métodos alternativos para resolver conflictos.

7. REFLEXIONES FINALES

La rápida evolución de las TIC, así como su expansión en el mundo, en América Latina y en Brasil, permiten que la participación de personas residentes en este país en el comercio electrónico continúe en ascenso. El aumento de las transacciones, unido a las amplias posibilidades de que las mismas se lleven a cabo sobrepasando las fronteras estatales, requiere pensar en la implementación

96 Ídem.

97 *Associação Brasileira de Lawtechs & Legaltechs*, investigación realizada en 2017, citada por MAIA, Andrea; BECKER, Daniel. **Online Dispute Resolution (ODR) in Brazil: a major opportunity for stakeholders**. Kluwer Mediation Blog, 9 de septiembre de 2018, <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/09/online-dispute-resolution-odr-brazil-major-opportunity-stakeholders/>, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

98 No obstante, se continúa avanzando en la ampliación del acceso a Internet. Ver, por ejemplo, la más reciente reforma al régimen jurídico de las telecomunicaciones: *Lei 13.897/2019*, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13879.htm, último acceso: 7 de noviembre de 2019.

de mecanismos ágiles para resolver eventuales conflictos jurídicos.

Con esa preocupación en mente, la presente contribución se ha concentrado en la zona de interacción entre las TIC y la administración de justicia. Además, como el acceso a la justicia por parte de la población es susceptible de ser ampliado en busca de mayor efectividad, más allá de la intervención de autoridades del Estado, la solución de controversias en línea se erige como una vía alternativa adecuada. Esta vía puede ser apropiada para atender disputas de distintos ámbitos; no obstante, se la considera ideal para resolver conflictos surgidos entre las partes de operaciones de comercio electrónico, pues la relación jurídica se desarrolló en un entorno digital.

Los mecanismos de ODR ya son una realidad en Brasil. Tanto en el ámbito público como en el privado existen plataformas de solución de controversias en línea y experiencias exitosas. A pesar de la ausencia de un régimen jurídico integral sobre ODR, se ha aprovechado en la práctica la apertura legislativa hacia el uso de medios electrónicos en la resolución de disputas. Sin embargo, el desarrollo de los ODR en Brasil es incipiente y varios retos han sido identificados. Su superación permitiría que los mecanismos de solución de controversias en línea fuesen mucho más utilizados en este país. En efecto, los mecanismos de ODR tienen un amplio potencial de desarrollo en Brasil. A fin de que la población pueda verse beneficiada mediante el acceso a las nuevas plataformas digitales es indispensable que las conozca y que aprecie sus características positivas; pero, además, y por encima de todo, que se produzca una transformación en la cultura jurídica, pasándose de la confrontación propia del litigio, al diálogo que facilite alcanzar acuerdos. Es preciso empezar a trabajar en esa transformación.

REFERENCIAS

ALBORNOZ, María Mercedes; GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. “**Feasibility Analysis of Online Dispute Resolution in Developing Countries**”. *Inter-American Law Review* 44, 39-61, 2012, <http://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1110&context=umialr>.

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. “**A resolução online de litígios (ODR) de baixa intensidade: perspectivas para a ordem jurídica brasileira**”. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*, 22, 514-539, 2017, <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5397/pdf>.

BARROS, João Pedro Leite. **Arbitragem online em conflitos de consumo**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

Brasil, *Conselho Nacional de Justiça*, **Resolução 105/2010**, <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=113362>.

Brasil, *Conselho Nacional de Justiça*, **Resolução 222/2016**, <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2283>.

Brasil, **Lei 1.533/1951**, <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/104087/lei-do-mandado-de-seguranca-de-1951-lei-1533-51>.

Brasil, **Lei 11.419/2006**, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm.

Brasil, **Lei 12.016/2009**, <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/818583/lei-do-mandado-de-seguranca-lei-12016-09>.

Brasil, **Lei 12.965/2014**, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm.

Brasil, **Lei 13.105/2015**, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

Brasil, **Lei 13.149/2015**, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm.

Brasil, **Lei 13.897/2019**, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13879.htm.

Brasil, **Lei 5.869/1973**, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm.

Brasil, **Lei 9800/1999**, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19800.htm.

CERN. **The Birth of the Web**. (Fecha no disponible.) <https://home.cern/science/computing/birth-web>.

Concilianet, <https://concilianet.profeco.gob.mx/Concilianet/inicio.jsp>.

Conselho Nacional de Justiça, Prêmio Conciliar é Legal, Resultados de la 9ª edición, <https://www.cnj>.

jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/01/62ecb9644800c574bb74e46dab1cd682.pdf.

Consumidor.gov.br, <https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/?1573174529255>.

CORTÉS, Pablo. **Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union**. Abingdon; Nueva York: Routledge, 2011.

ECOMMERCE FOUNDATION; PAGBRASIL; SAP; MAZARS; TELEPERFORMANCE; SAFE. SHOP. **Brazil Ecommerce Report 2018**, <https://www.pagbrasil.com/news/brazil-ecommerce-report-2018/>.

e-Conciliar, <https://www.econciliar.com.br/>.

Estonia, **Ley de Comunicaciones Electrónicas**, 8 de diciembre de 2004. <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/Riigikogu/act/520032019015/consolide>.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; RULE, Colin; ONO, Taynara Tiemi; CARDOSO, Gabriel Estevam Botelho. **“The Expansion of Online Dispute Resolution in Brazil”**. *International Journal for Court Administration* 9, 20-30, 2018, <https://www.iacajournal.org/articles/abstract/10.18352/ijca.255/>.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria; ALBORNOZ, María Mercedes. **“Comercio electrónico, Online Dispute Resolution y Desarrollo”**. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías* 12, 1-21, 2014, https://derechoytics.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoytics/ytics190.pdf.

INTERNET WORLD STATS. **Internet Usage and Population Statistics for South America, December 31, 2017**. <https://www.Internetworldstats.com/stats15.htm>.

INTERNET WORLD STATS. **World Internet Usage and Population Statistics, 2019 Mid-Year Estimates**. <https://www.Internetworldstats.com/stats.htm>.

JUSPRO (Justiça Sem Processo), <https://www.juspro.com.br/>.

KATSH, Ethan; RIFKIN, Janet. **Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace**. San Francisco: Jossey-Bass, 2001.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; SCHULTZ, Thomas. **Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice**. La Haya: Kluwer International Law, 2004.

MAIA, Andrea; BECKER, Daniel. **Online Dispute Resolution (ODR) in Brazil: a major opportunity for stakeholders**. *Kluwer Mediation Blog*, 9 de septiembre de 2018, <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/09/online-dispute-resolution-odr-brazil-major-opportunity-stakeholders/>.

Mediação Online, <https://www.mediacaonline.com/>.

México, **Ley Federal de Protección al Consumidor**, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/113_120419.pdf

México, **Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación**, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/262_210618.pdf.

MOREK, Rafal. “**The Regulatory Framework for Online Dispute Resolution: A Critical View**”. *University of Toledo Law Review*, 38, 163-192, 2006.

NAUGHTON, John. “**The Evolution of the Internet: from Military Experiment to General Purpose Technology**”. *Journal of Cyber Policy* 1, 5-28, 2016.

NAVA GONZÁLEZ, Wendolyne; BRECEDA PÉREZ, José Antonio. “**México en el contexto internacional de solución de controversias en línea de comercio electrónico**”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XV, 717-738, 2015, <http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v15/v15a19.pdf>.

OEA, **(Propuesta de) Ley Modelo de restitución gubernamental (incluyendo a nivel transfronterizo)**, https://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_proteccion_al_consumidor_united_states_guia_legislativa_anexo_D.pdf.

OEA, **(Propuesta de) Ley Modelo para la solución electrónica de controversias transfronterizas de los consumidores en el ámbito del comercio electrónico**, https://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_proteccion_al_consumidor_united_states_guia_legislativa_anexo_A.pdf. 2.

OEA, **(Propuesta de) Ley Modelo para reclamos de menor cuantía**, https://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_proteccion_al_consumidor_united_states_guia_legislativa_anexo_C.pdf.

OEA, **(Propuesta de) Ley Modelo para solución alternativa de controversias para reclamos de los consumidores por tarjetas de pago**, https://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_proteccion_al_consumidor_united_states_guia_legislativa_anexo_B.pdf.

OEA, **AG/RES. 1923 (XXXIII-O/03)**, https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_1923_XXXIII-O-03_esp.pdf.

OEA, **AG/RES. 2033 (XXXIV-O/04)**, https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2033_XXXIV-O-04_esp.pdf.

OEA, **AG/RES. 2065 (XXXV-O/05)** https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2065_XXXV-O-05_esp.pdf.

OEA, **OEA/Ser.G CP/CAJP-2652/08 add. 1 rev.1.**, 3 de mayo de 2010, https://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_proteccion_al_consumidor_united_states_guia_legislativa.pdf.

ONU, **A/RES/71/138**, del 13 de diciembre de 2016, <https://undocs.org/es/A/RES/71/138>.

ONU, CNUDMI, **Grupo de Trabajo sobre solución de controversias en línea**, https://uncitral.un.org/es/working_groups/3/online_dispute.

ONU, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue**. 17º período de sesiones, A/HCR/17/27, 16 de mayo de 2011, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10048.pdf?view=1>.

PIMENTEL, Alexandre Freire; PEREIRA, Mateus Costa; SALDANHA, Paloma Mendes. **“El proceso judicial electrónico, la seguridad jurídica y violaciones de los derechos fundamentales desde el punto de vista del sistema jurídico brasileño”**. Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías 17, 1-19, 2017, https://derechoytics.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoytics/ytics253.pdf.

RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. **“Lessons from Online Disputes Resolutions for Dispute Systems Design”**. In: Mohamed S. Abdel Wahab, Ethan Katsh y Daniel Rainey (eds.). Online Dispute Resolution: Theory and Practice. Amsterdam: Eleven International Publishing, 2012, 39-59.

Reclame Aqui, <https://www.reclameaqui.com.br/>.

RIGBY, Darrell K. **“The Future of Shopping”**. Harvard Business Review, 89, 65-76, 2011.

RULE, Colin. **Online Dispute Resolution for Business. B2B, E-Commerce, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts**. San Francisco: Jossey-Bass, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido social en el derecho**. Madrid / Bogotá: Editorial Trotta / ILSA, 2009.

SCHMITZ, Amy J.; RULE, Colin. **The New Handshake. Online Dispute Resolution and the Future of Consumer Protection**. Chicago: American Bar Association, 2017.

SCOTTI, Luciana Beatriz. **Derecho Internacional Privado. Globalización e Internet**. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2016.

SURKOV, Pavel V. **Estonia. Telecommunications Act Adopted**. IRIS 2000-5:14/21, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2000/5/article21.en.html>.

Unión Europea. **Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, de 21 de mayo de 2013**, Diario Oficial de la Unión Europea L 165, 18 de junio de 2013, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0524&from=ES>.

Vamos Conciliar, <http://www.vamosconciliar.com/>.

VERONESE, Alexandre; FONTAINHA, Fernando de Castro; FRAGALE, Roberto Filho. **“Aplicações de tecnologias da informação e comunicação (TIC) no âmbito da administração judiciária”**. In: 1º Congresso Científico de UniverCidade, Rio de Janeiro, 16 de octubre de 2006, [páginas sin numerar] (2006), https://www.academia.edu/21336847/Aplicações_de_tecnologias_da_informação_e_comunicação_TIC_no_âmbito_da_administração_judiciária.

Youstice, <https://youstice.com/es/>.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **“Online Dispute Resolution in Brazil: Are We Ready for this Cultural Turn?”** Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP 24, 68-80, 2015, <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/589/548>.

THE JUDICIAL REACTION AGAINST THE PUBLIC UTILITIES USING: CONSUMER LAW IN TELECOMMUNICATIONS' DEMAND IN BRAZIL

Alexandre Veronese

Associate Professor of Legal and Social Theory.

Coordinator of the Telecommunications Law Research Group, Faculty of Law, University of Brasilia (Brazil).

Associate Researcher of the European Law Research Centre, Law School, University of Minho (Portugal).

Paper presented in the 2008 Joint Meeting of the Law and Society Association (LSA) and the Canadian Law and Society Association (CLSA), in Montreal (May 29 to June 01).

ABSTRACT

The public utilities privatizations, which were carried on many Latin American countries in the nineties, had many political different reactions. In Brazil, it became visible the judicial consumer reaction against the new regulatory model in most public utilities. There were some factors that allowed the judicial system to be flooded with the network industries lawsuits. The hypothesis of the paper is that one of the causes was the absence of a suitable legal and institutional framework to channel the consumer demands. On the other side, some new types of judicial procedures (like class actions, on one side, and special claim courts, otherwise) gave the strength to the Brazilian judicial power to raise as a central player in order to decide and directly determine the legal details of the public utilities production and distribution.

Keywords: Judicialization. Public policies. Consumer law. Telecommunications. Brazil.

RESUMO

As privatizações das empresas estatais de serviços públicos, ocorridas em muitos países da América Latina nos anos 90, foram recebidas com diferentes reações. No Brasil, ficou clara a reação judicial dos consumidores contra o novo modelo regulatório em muitas empresas privatizadas. Alguns fatores permitem explicar porque o judiciário brasileiro foi inundado por ações judiciais contra as empresas de serviços públicos. O artigo traz a hipótese de que uma das causas foi a ausência de um quadro institucional e jurídico para canalizar as demandas dos consumidores. De outro lado, alguns tipos novos de procedimentos judiciais (como as ações civis públicas, de um lado; e os juizados especiais cíveis, de outro) ofertaram capacidade ao Poder

Judiciário brasileiro para se afirmar como um ator central para decidir e diretamente determinar detalhes jurídicos da produção e distribuição desses serviços públicos de telecomunicações.

Palavras-chave: Judicialização. Políticas públicas. Direito do consumidor. Telecomunicações. Brasil.

1. INTRODUCTION

The Brazilian new constitutional order, declared in October 31 of 1988, represented much more than a political transition. It was based in a constitutional framework that gave political power that made possible different behavior from many emergent state institutions. In this sense, the power of constitutional text can be understood by the degree of legitimacy imposed to new political actors as they struggle to reinterpret the meaning of many statutes and regulatory legal concepts. The clearer example of this empowerment can be seen in the new state and federal prosecution powers and functions in Brazil.

The constitutional text of 1988 had almost fifty-two amendments in twenty years. These modifications also derived from the political and judicial struggles. The fight towards the definition of the content the constitutional meaning has an intense importance in the political life. Those conceptual definitions, taken from the legal texts. Those meanings can be used either as obstacles or as combat tools in the defense of perceived social interests. It is clear that the statutes and the regulatory rules, related to them, play a key role in the settlement of the social actors' strategies.

As NANCY REICHMAN (1997) shows, there are two types of theoretical possibilities to depict the relation between the political power and the law within the sociological analysis of the contemporary regulation phenomenon. The first possibility is to comprehend law as a product build from political relationships somewhat outside from the regulatory scenario. An example of this solution could be perceived in the norms that sustain both punishments (as fines) and benefits (tariffs exemption or public funding to certain activities). Those norms are then understood as direct products of the political clashes that were to be enforced by the governmental agencies. They are related to the law environment, but they are not created by it. The law serves as a way to consolidate the political victories of the winners. The second way to understand the regulatory phenomenon through the sociological lenses is proposed by ROBERT KAGAN (1990). In his point of view, the norms have a

double function. It can be used to advance and transform social life and it has a “status quo” function as well. In his own words: law is both shield and sword. That definition is very interesting because it recognizes the active role of the legal actors (lawyers, administrators, judges and others) and it also opens analytical possibilities to the classic object of the Sociology of Law: the disjunction between the legal directives and the social practices. It is compatible with the scope of this paper which is to understand the relationship between the recently privatized Brazilian telecommunications enterprises and the judicial pressure directed to change some market practices. The courts pressure comes from two kinds of lawsuits: representative class actions and special claim courts’ lawsuits. There are two empirical sources in this paper. The first is the social and normative system of the regulatory legal frame. The second is the objections directed against it, represented by the judicial process.

The first part of this paper examines both the privatization and upheaval of a competitive market to the telecommunications public utilities offerings. It will be described the formation of a specific agency as a piece on a major plan to erect a new logic to be applied in the public goods supply. That adaptation of the Brazilian state only can be understood as related to an international scenario of stimulus to major alterations in the public services. The conclusion of the first part is that the consumer role was neglected during the transition between the once state-based supplies to the new market-oriented scenario. That problem can be depicted by the legal terminological dispute over the role of persons who actually consume those once state-owned public utilities services: are they consumers or users? If they fall into the first category, the relationship is primarily private, but with a lot of prerogatives granted to the consumer by the pertinent federal statute (Federal Statute n. 8.078, of 1990, named as Consumer Code). If they are really public service users, they won’t receive any additional prerogative, since the Brazilian parliament has not approved any law to grant special protection to them. That absence of political action happens despite the approval of a constitutional amendment in 1998, which proclaimed that such norm was to be sanctioned in ninety days. That constitutes a typical example of legal gap. During that juridical debate, the regulation enacted by the new agency paid little attention to the consumers needs in a pure contradiction of both the political speeches from its directors and the statute basic text that permitted the privatization, and the creation of the agency.

The second part of the paper deals with the possibility of understanding of that flood of

telecommunications lawsuits in a theoretical frame. There is a work in progress hypothesis that claims about a democratic deficit in the regulation production system in the Brazilian telecommunications sector. That hypothesis helps to explain why the judiciary branch was transformed in the citizens' last resource against the enterprises and the telecom federal agency itself. So one can infer that this separation of the privatized sector from the consumer concerns was a determinant factor that explains why such regulatory rules were so fiercely attacked in the courts. They suffered, from its origin, from as lack of social legitimacy as contrasted to the current interpretations of both the federal statutes and even the constitutional text. The last part of the paper is dedicated to describe one kind of quasi-judicial solution that was created in the Rio de Janeiro State, in Brazil. It consists of a pre-settlement made in the same space of the special claim courts. It didn't have the force to suppress the flood of lawsuits, but it helped to dim the problem. The other solution would be to create a different kind of class action to provide that adaptation of the regulatory rules to the whole normative framework.

2. STATE REFORM IN BRAZIL: THE PRIVATIZATION AND THE CREATION OF REGULATORY AGENCIES

Just after the approval of the new constitution in 1988, the administration of President Fernando Henrique Cardoso, which begun in 1995, installed a huge plan of state reform (BRASIL: Presidência da República, 1995). Of course such transition was on route before that. But the highest point of the reformist period was in his two presidential mandates that ranged from 1995 to 2002. As BOSCHI & SOARES DE LIMA showed (2002), those changes had to be understood in two synergic perspectives. The first is related to the Brazilian integration among the economic and political scenario, both by the transition to a democratic regime and from a liberalization of the national economic patterns. The second perspective had to do with the internal political demands. Those demands had to be controlled to guarantee the success of the economy stabilization. That control relied heavily in the privatization as a tool to release resources to the market and to strengthen the financial sector. The privatization also made possible to induct large modifications in some economic sectors such as telecommunications (DALMAZO, 2002; DANTAS, 2002). The reforms were negotiated in a context that overcame the federal legislative. They urged a political articulation of the executive and legislative branch with the

private sector business associations (TAVARES DE ALMEIDA, 1999; TAVARES DE ALMEIDA & MOYA, 1997). Of course part of the political reaction against the privatization policy was made in the judicial field, using a lot of lawsuits against it. Since the Brazilian Judiciary is very slow to judge them, there are still 230 lawsuits spread in the five federal court of appeals, regionally divided in all the country. The claims are very diverse. They involve the annulations of the selling auctions, and the re-evaluation of the price by which the enterprises were sold, combined with a compensation claim to the federal treasure. The newspapers brought testimonials of retired and active magistrates of the Higher Court (“Supremo Tribunal Federal”), who all said that such judicial processes will not prosper, since the former administration obtained previous legal decisions that allowed the auctions (UMA DÉCADA, Newspaper, Valor Econômico, 23 Oct. 2006, p. A5). And more, despite the pressure, the participation of the federal government in these companies was sold and a new panorama for the once state-owned public goods supply appeared (OLIVEIRA, 2005).

The text of BOSCHI & SOARES DE LIMA (2002) states clearly that the changes happened among the three axes of widespread political relationships (economic policies, social policies, and political participation standards). They were possible due to the modification of relationship between the public sector and the private sector in the recent period. As they showed, the new regulation form has no direct connection with the historical corporative relations that marked the building of the Brazilian modern state since the President Getulio Vargas administration, in the thirties of the last century. On the other side, these new institutional arrangements did not have the sufficient strength to break with the past. Traditionally, in Brazil, the executive branch always was the engine of the economic modernization. But that was accompanied by some big democratic flaws due to its political centrality. To the authors, one can locate the possibility of a new corporative arrangement. That theoretical solution could give a fully understanding of the recent political situation. But this possibility can not be confirmed by then due to the lack of empirical data to support it. One thing they can not deny: the actual importance of the judicial branch in the political scenario. There is a large array of data that confirm this sentence (TAYLOR, 2007, 2008). Unfortunately, there is a little amount of research about the relationship between the public policies in the recently privatized sectors and the judiciary.

The great problem on the regulation of most of the privatized sectors was the absence of an

institutional framework to establish and continuously check the policies development. The federal agencies were either uncreated or recently founded. Additionally, most of the employees had just temporary work contracts. That was just one of the various factors, which brought difficult to create a strong technical base for the policies, and resulted in a dimmed internal culture in those institutions. Even the stability of the agencies directive boards, which was derived from the many basic statutes, turned to be relative in the actual political struggle. Finally, the many forms of economic and political retaliation of the central government still today pose a very real threat to the technical independence of these new agencies. The most forceful instrument was the possibility to cut the budgets of the agencies by the federal Ministry of Planning, Budget, and Management (“Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão”). One can understand that this problem is confluent to a political tradition where most of the power is centered in the Presidential Cabinet. How could the telecommunications agency regulatory rules be enforced to protect the consumers in that context? The enforcement of the agency was very fragile to produce actual protection to them.

2.1. A GENERAL MODEL TO ECONOMIC AND SOCIAL REGULATION

In the mid-nineties of the last century, as happened in most parts of the world, Brazil established policies to institutionalize independent regulatory agencies. It was an imported model of regulation, transplanted in order to empower the state assessment of the private business in a large array of sectors. The first agencies were dedicated to infrastructure fields. The national regulatory agency dedicated to telecommunications area was founded by the force of Federal Statute n. 9.472, passed by the National Congress in July 16 of 1997. It was named “Agência Nacional de Telecomunicações”, whose acronym is ANATEL. Its future internal structure and major guidelines was defined by a Presidential Decree n. 2.338, in October 07 of 1997 (PIRES & PICCININI, 1999). This agency was one of first due to the fact that the telecom sector was changing at a fast pace. A special state institution was defined to be established few years later, when the cellular communications market was liberalized. The Federal Statute, which dealt with this matter, n. 9.625, passed in July 19 of 1996 foresaw this necessity in order to regulate the new economic activity of mobile phones. That statute was named “minimal statute” and it was passed at the same moment of a major change in the constitutional text, which guaranteed

the overture of the telecommunications market to private enterprises. Someone can say that the whole group of constitutional amendments, passed in 1995, marked more a liberalization plan than the actual building of a regulatory framework. But such legal alterations open a highway to the privatization of a lot of state-owned companies. In the telecommunications area, the process started with the services that required a lot of investments to be built. At first, they were the cellphone networks. Later, the government organized the auctions to conduct the public sale of the majority of the federal share in the companies. After the telecommunications market, the same pattern was reproduced to other economic sectors, like oil, gas, electricity, and much more, with obvious regard to their special trends. Then a lot of new agencies were created. After the infrastructure sectors, different economic areas were then re-organized with specific federal and state agencies to control them. This kind of regulation was spread to social regulation areas, like cultural investment, sanitary protection, private medical care, and even medicine distribution. The table below details the existing federal agencies:

Name and acronym	Provisory Bills (MP), Federal Statutes (Lei) and Presidential Decrees (DEC)
Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) / National Telecommunications Agency	Created by the LEI n. 9.295, July 19, 1996; and LEI n. 9.472, July 17, 1997. Detailed by the DEC n. 2.338, Oct. 07, 1997, modified DEC n. 3.873, July 18, 2001, and DEC n. 3.986, Oct. 29, 2001, and DEC n. 4.037, Nov. 29, 2001.
Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis (ANP) / National Agency for Oil, Gas and Biosources fuels	Created by the MP n. 2.056, Aug. 11, 2000, converted as LEI n. 9.478, Aug. 06, 1997, modified by the MP n. 2.127-006, Jan. 26, 2001. Detailed by the DEC n. 2.455, Jan. 14, 1998.
Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) / National Agency of Civil Aviation	Created by the LEI n. 11.182, Sep. 27, 2005.
Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) / National Agency of Electrical Energies	First glance by the MP n. 1.531-018, Apr. 29, 1998 (reorganization of Eletrobras Corp.), converted at the LEI n. 9.648, May 27, 1998; Finally created by the LEI n. 9.427, Dec. 26, 1996. Detailed by the DEC n. 2.335, Oct. 06, 1997, modified by the DEC n. 2.364, Nov. 05, 1997, then modified by the DEC n. 4.970, Jan. 30, 2004.
Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) / National Agency for Sanitary Protection	Created by the MP n. 1.791, Dec. 30, 1998, converted as LEI n. 9.782, Jan. 26, 1999, modified by the MP n. 1.814-001, Mar. 25, 1999; renumbered as MP n. 1.912-005, June 29, 1999, and after MP n. 2.000-012, Jan. 13, 2000, then MP n. 2.039-019, July 28, 2000, then MP n. 2.134-025, Dec. 28, 2000, and MP n. 2.190-033, July 26, 2001. Detailed by the DEC n. 3.571, Aug. 21, 2000, modified by the DEC n. 3.677, Nov. 30, 2000.

Source: Data extracted from the Brazilian Federal Senate legal database (<http://www.senado.gov.br>), organized by the author.

Name and acronym	Provisory Bills (MP), Federal Statutes (Lei) and Presidential Decrees (DEC)
Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) / National Agency for Private Medical Care Regulation	Created by the MP n. 1.928, Nov. 25, 1999, converted as LEI n. 9.961, Jan. 28, 2000, modified by the MP n. 148, Dec. 15, 2003. Modified by the DEC n. 3.327, Jan. 05, 2000.
Agência Nacional de Águas (ANA) / National Agency for Water Resources	Created by the LEI n. 9.984, July 17, 2000, modified by the MP n. 124, Jul. 11, 2003, renumbered as MP n. 128, Sep. 01. 2003, then MP n. 165, Feb. 11, 2004, then MP n. 170, Mar. 04, 2004. Detailed by the DEC n. 3.692, Dec. 19, 2000.
Agência Nacional de Transportes Aquaviárias (ANTAQ) / National Agency for Hidric Transportation	Created by the LEI n. 10.233, June 05, 2001, modified by the MP n. 2.201, Aug. 24, 2001. Detailed by the DEC n. 4.122, Feb. 13, 2002.
Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) / National Agency for Terrestrial Transportation	Created by the LEI n. 10.233, June 05, 2001, modified by the MP n. 2.201, Aug. 24, 2001. Detailed by the DEC n. 4.130, Feb. 13, 2002.
Agência Nacional do Cinema (ANCINE) / National Film Agency	Created by the MP n. 2.219, Sep. 04, 2001. Detailed by the DEC n. 4.121, Feb. 07, 2002, modified by the DEC n. 4.330, Aug. 12, 2002, then by the DEC n. 4.237, May 17, 2002 and by the DEC n. 4.456, Nov. 04, 2002.
Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) / National Regulation Board for Medicine Market	Created by the LEI n. 10.742, Oct. 06, 2003.

Source: Data collected from the Brazilian Federal Senate legal database (<http://www.senado.gov.br>), organized by the author.

It can be seen that the federal government used a lot of Provisory Bills (“Medidas Provisórias”, or MP) to establish most of the agencies. That is one of the elements, which demonstrates the relative power of the President in the Brazilian legislative process. It is a form of Decree, which has the same rank of a federal statute passed by the congress. The only recent limitation is that they actually have to be reviewed and approved by the congress in three months. A whole state reform plan was at stake in that political moment. The privatization was one line of action, parallel to the institutionalization of a new regulatory basis for the country. That situation derived in the formation of a general model of federal agency, with some characteristics that can be summarized in the following table:

Basic characteristics of some Brazilian regulatory agencies.

	ANEEL	ANATEL	ANP
Decision autonomy	Typical bureaucracy with formal legal-based autonomy. In the recent tradition most of the decisions of the regulatory agencies have been respected. The Brazilian law fixes a not so clear division between the organization of the policies (central government) and detail (agencies).		
Financial back-up	The Brazilian law previews independent funding for them, but actually they have strong dependence of the public funds controlled by the central government.		
Board of directors mandates and stability	Limited mandate with rigid criterion for dismissal of board members. Period of the mandates do not overlap each other. No possibility of re-conduction to the position.	Limited mandate with rigid criterion for dismissal of board members. Period of the mandates do not overlap each other.	
	Actually, the central government can use a lot of tactics to force the resignation of a board member.		
Transparency of decisions and accountability	Public audiences, Ombudsman, and Advisory board.	Public audiences, Ombudsman, Advisory board, and Management Contract signed with the central government.	Public audiences, Electronic recording of deliberative meetings with its divulgations.

Source: Adapted from PIRES & PICCININI (1999, p. 232), with personal modifications.

All the regulatory agencies have to cooperate with the Brazilian anti-trust institutions (“Conselho Administrativo de Defesa Econômica” and “Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça”) and with the Brazilian securities exchange commission (“Comissão de Valores Mobiliários”). Also, they have to help the consumer protection institutions and to help other regulatory agencies, especially those maintained by the federated states. Such cooperation is scarce. It is not part of the daily routine. So it is only seen when there are such huge problems that demand special attention from the public or from other state institutions like the National Congress or its special Account Tribunal of the Union (a French style “cour de comptes”, in Brazil). So the most important task of those new agencies was to produce a subjective sensation of respect to the rule of law in the post-reform scenario. That was very necessary to attract foreign investors to the privatized corporations, as stated one attorney who acted as a legal counselor to the Communications’ Ministry

in that period:

In the recent Brazilian case, the autonomy granted to the regulatory agencies seemed to be driven, at least in the beginning, by the purpose of offering security to foreign investors as they were attracted to buy the former state companies shares. As happens in any similar process, the future challenge is to erect a system of checks and balances that hold a democratic daily operation, with close reference to the general interests and the legal order” (SUNDFELD, 2002, p. 24).

Some features of the general model are replicated in most agencies. But there are some differences also. Those differences, that change from a specific agency to another, are related both with the peculiarities of the economic sectors and the formation of a regulatory culture within each agency. The same trait appeared in another countries, such United Kingdom and United States of America, where can be depicted a variation in regulatory styles (VOGEL, 1986). These differences can also be understood as related to special features that mark the relationship between the state, the market players, and the society. They also can lead some clues to how the different societies perceive the way to judicially settle problems, form example (KAGAN & AXELRAD, 2000).

In Brazil, there are today two recent trends involving the regulatory agencies and the executive branch, after the new President was nominated in 2003. The first is the objective to diminish even more the autonomy of the regulatory federal agencies by passing a general regulation statute (COUTINHO et alli, 2004). The second one was inherited from the preceding administration and is related to the expansion of the social regulation areas, especially to the cultural sectors. That idea perished in part. The cinema agency was created (ANCINE), but another agency, designed to control the whole audiovisual content was not approved, after a strong debate in the congress and within the society. It was the unborn national agency of audiovisual regulation (“Agência Nacional do Audiovisual”, or ANCINAV). Even the legal counselor of the Communications Ministry produced a legal note against it, and then published it on an academic journal (RODRIGUES JÚNIOR, 2006).

The first trend reflected in the presidential campaign, from which President Lula was re-elected. It was major topic in the debates and publicity. Unfortunately, the political debate at that time could not evolve to detail the formal modes of relationship between the state, the market, and the society. The politicians made speeches that had not the force to get detached from the common sense of the minimal or maximum state dilemma regarding privatization. Analyses about regulation were

obviously not produced in relation to the campaign. The President Luis Inácio Lula da Silva, from the leftist Workers' Party ("Partidos dos Trabalhadores", or PT), when asked about privatizations by journalists from one big Brazilian newspaper ("O Globo"), replied with some policies proposed by the federal administration in order to control the regulatory agencies. In his view, the absence of control, which marked the last government, has coming to an end in his administration (O Globo, Oct. 11 of 2006, p. 12). The opposite candidate, Geraldo Alckmin, from the Social-Democratic Party (PSDB), after the same question about privatizations, replied that they were a great advance for the country:

I am stating clearly on this matter: the EMBRAER [airplane privatized industry] once had four thousand employees. Now, it has twelve thousand. In the recent past people had to declare a telephone line possession as a valuable asset. Nowadays, the country has ninety to hundred million cell-phone terminals, without talking about the wired line terminals. Once, Public enterprises had a lot of debts. The government had to cover their losses. Today they generate an enormous quantity of tax revenues and development. We always defended that policy [privatization]. [...] I will not neither sell the Banco do Brasil [major Brazilian public and federal bank], nor the Caixa Econômica [federal bank, which deals mostly with real estate lends]. I will not sell the Correios [Brazilian Postal Service]. [...] My priority is not sell assets. The privatization was important. My priority is to make concessions thought contracts and investment arrangements between the government and public-private partnerships. (O Globo, Oct. 18, 2006, p. 12).

And still talking about the regulatory agencies, the opposition candidate mentioned: "We have a great deal of difference towards against the Workers Party ("PT"). Why? They seek to made the agencies fragile. The regulatory framework was made fragile, also. They created a lot of threats to the rule of law when they supported invasions of the rural landless movements and when they stimulated those kinds of behaviors" (O Globo, Oct. 18, 2006, p. 12). That speech must be understood as part of the problem, in which the opposition candidate got involved in the presidential campaign. The once-opposition stood against the privatization of many public enterprises carried out by the later President Fernando Henrique Cardoso. A large section of the campaign of the Workers' Party focused that privatization as a big mistake made by the later administration. Of course the reelecting government did not make any movements to retake the privatized enterprises, by the revocation of such concessions. But in terms of rhetoric, they won that battle, since they were re-elected therefore.

2.2. THE LOGIC BEHIND THE PRIVATIZATION AND COMPETITION

The recent expansion of the American regulatory model to a lot of countries is quite visible nowadays. There are many kinds of national agencies created taking in account the American typical regulatory agency model. That expansion has been notably perceived in the European and Latin American countries (MARTÍNEZ, 2002). In those scenarios, such changes are closely related to the privatization of public utilities state enterprises. The preceding model adopted by them – in which the US was a noteworthy exception – was based in infrastructure sectors built and managed by state institutions and companies. There was a clear tendency of changing in the public policies in the beginning of the eighties in the past century. The combination between privatization needs and state reorganization formed the basis for the importation of the idea of regulatory framework, in which the American-type agencies were in the center. So it is easy to see some kind of Americanization in the public utilities policies in governmental plans. One conclusion is that in the recent past, i.e. just before the selling of the public companies, the decision mechanisms were very different than after. The answer could be that the means necessary to control such privatized companies in a competitive scenario demanded a new kind of state intervention. Although, such answer is far from complete. It is obvious that there were other issues among such choice. In addition, one important motivation was to provide stronger contractual guarantees to the new owners. That needed to be effectively better in terms of protection when compared with formal mechanisms unleashed by other solutions:

How price and service quality are determined	Strategy for regulating monopoly	Detailed description and examples
Market solution ↑	Private contracts	Customers contract directly with private infrastructure supplier
	Concession contracts	Governments contract with private infrastructure supplier on the consumers' behalf: (a) competitively bid concession; and (b) negotiated concession
	Hybrids	Intermediate models, which mix some characteristics from the concession contracts and front the regulatory discretion: (a) contracts supervised by special courts (France); (b) Discretion with specific limits (Latin America).
	Discretionary regulation	Government regulators set the prices and services standards for private infrastructure suppliers: (a) price-cap regulation (Britain) and Cost-of-Service regulation (United States)
	Political solution ↓	Public enterprises

Source: GÓMEZ-IBÁÑEZ (2003, p. 11, p. 33).

But even in the United States of America, the independent regulatory agency model was at stake during the past few years. Of course, that happened due to different problems. One of the causes was the historic action of some social groups in defense of collective interests among such agencies. Such way of fighting for rights imposed pattern of intervention in the public policies formulation that made them an arena of disputes where only the most backed-up interests could won. (MELO, 2001). Actually, that trend grew problematic recently, either due to the declining force of the public interest advocacy, as to the difficult to manage the complexity of so many disparate individual interests in dispute. What can not be neglected is that the central panorama of the public policies production in the United States always involved – directly – a lot of judicial disputes. In comparison to Brazil – and most Latin American countries – such panorama of mass litigation in order to somehow influence the production of public policies is new. It can be seen with two major types of judicial demands. The first type is the Brazilian class action lawsuits, which consists of a demand based on a collective or diffuse interest. The second type is based on individual lawsuits filled by citizens against most public utilities companies. Such double perspective granted, for some Brazilian authors, the diagnosis of an Americanization in the process of public policies production, especially when having the Judiciary in

account (MELO, 2001; MATHEWS, 2007).

3. THE RELATIONSHIP BETWEEN SOCIETY AND REGULATORY AGENCY

As described by BOSCHI & SOARES DE LIMA (2002), one can consider the possibility of three historical lines to understand the changes in the relationships between the state institutions and the private interests in Brazil: (a) economical policies; (b) social policies; and (c) political participation. One of the dilemmas showed by those authors is the shrinking of the citizens to the only role of the consumers (2002, p. 212). The same problem is perceived by AUTIN & RIBOT (2004), in the French case, where the bureaucratic tradition had resisted so much to the openness for the public participation in the public policies, despite of the new imported regulatory forms, such as agencies.

A central tread in the telecommunication policies, as in other industries, has been how to grant a formal possibility of participation and deliberation in the public policies rules of ANATEL. An International research on this theme indicates that it is important not only to hear their opinion, but it is important to find mechanisms to take their point of view in actual process of rule production. There are few studies from the Brazilian case in most industries, especially analyzing the real process of participation in the formulation of the rules. Most works on that topic focuses just on the normative panorama, defending different interpretations of the existing laws. Very few are empirical-based. Nevertheless, no one really analyzed even one or more rule production processes from the beginning to its end, tracking the qualitative trends of the case. One empirical study was produced by Mattos (2005). He classified the normative production of the most important basic regulation of the telecommunications services. His research relied basically on the regulatory agency database. So it was blind to the real motivations and actual positions in the process. One important conclusion of his work is that the process has formal openness to the participation. Unfortunately, the absence of a parallel qualitative analysis induced that the production of rules in the ANATEL was democratic. But the central answer to make such statement should have been based, after all, on the deliberative process, and not only on the formal possibility of participation. Of course the conclusion raised by the research was not naïve. He could understand, from the data collected, that the industries interests

had more chance to prevail, just because they had organized associations and were better funded than the consumer's representatives.

3.1 THE DEMOCRACY IN THE FORMATION OF THE REGULATORY FRAMEWORK RULES

There are two administrative mechanisms designed to grant participation from the general public on the regulation norms: (a) public consultancy; and (b) public hearing. There is a different way which grants the possibility to change the regulatory framework as well: the judicial process. In this topic, it is important to describe what those administrative models of general participation are and why its insufficiency made necessary the Judiciary intervention stimulated by the population. The general public disappointment could be channeled through the Legislative Branch also. For a huge sum of motives the Legislative was unable to produce a desirable response in such problem.

On the administrative openness to participation, the case of ANATEL is an example. The first mechanism, named public consultancy, has to be done by legal imposition (article 42 of the Federal Statute n. 9.472, of 1997). The second mechanism is optional. It depends on the discretion of the authority who is managing the administrative process of rule creation (MATTOS, 2005). A historical database of the public hearings and consultancies has to be built to verify the production of the most important regulation in the telecommunications industry in the past ten years. However, on the normative scope it is important to understand that there is no obligation of the regulatory agency to respond every word directed in the process, even if it is labeled as a contribution. What really prevails is named as a technical consensus, deliberated by the understanding of the ANATEL Directorship Board. At a radical point of view is an attempt to translate technical options, meshed with public policies options, as a regulation. The regulation is understood as a technical product in the view of the employees of ANATEL. And also, the regulation is part of the law at some sense. So it is part of a major and complex set: the legal system. And sometimes, one can understand such technical rule as opposed to higher echelons norms. That divergence opens a flank to judicial review of the regulation. To summarize, it can be seen three ways to produce regulatory framework changes in Brazil. The National Congress intervention was feeble to really produce results. The administrative mechanisms were good to provide participation. But they were not able to grant a real dense allocation of the new

rules among the legal system. And, finally, the most effectively way to intervene was made possible by the judicial review and contract protection of the consumers, both provided by the Judiciary.

To understand that unexpected solution, it is important to take notice that the legal debate is based on conceptual perspectives. But such perspectives are closely related to the social context, a central assumption that is derived from the Law and Society tradition, which is very helpful to explain the disputes among the players within the Judiciary. Of course, the comprehension of the juridical problems is not solved by the extraction of a semantic universal interpretation, in the linguistics terms. It is obvious that language is part of the solution, since law is expressed, as most human actions are. But the solution resides in the Philosophical standards of a given society, which translates the abstracts legal meanings in the form of usable quasi consensus. When lawyers fills a suit to argue against the application of some rule against his client, he is really stating that such concept could not be used in that specific situation. In a collective demand, one class action can argue that one specific norm must be considered excluded from the normative application because it is directly against a superior norm or principle. Such responses are conceptual and involve a knowledge based more on legal argumentation than on semantics (BAŃKOWSKI, 2001). It is very important to regard that some legal concepts have a very different meaning on its original social context. Such meanings will be reinterpreted when one is dealing with legal transplants. The administrative models of regulatory agencies are a very elucidating and international example. To the so called technical boards of bureaucracies like regulatory agencies, such perspective is frightening. That is very true to engineers and orthodox economists alike. The notion that the legal meanings are somewhat dependable on social and philosophical debate is something at least inconvenient. To take a direct example from telecommunications, the academic and practical training of a network engineer makes possible for him to build and maintain data exchange networks that have open or close principles, in the sense described by LESSIG (2002). To technical standards, both networks are just the same with little differences. But for legal standards, the differences are enormous. In conclusion, it is very important to understand how the adaptation of the new regulation framework ignored its assembly with the legal system, especially with the norms of consumer's protection. The clue to answer that question is that the regulation framework was formed with a priority attention to technical needs of the infrastructure providers. That behavior was not new. Just happened as the same way as before the privatization,

when the system was managed as a large public enterprise monopoly.

A study published by the World Bank, produced by MUZZINI (2005), states that the regulatory agencies need independence to fulfill their regulatory capacity in order to protect the consumer interests. The analogy is the traditional image of the judge. He fully needs independence, and that means no coercion at all, to be able to produce a most distant and just decision, in abstract terms. Such statement is keenly correct in an abstract sense. But it must be taken into place that the regulatory agencies are still being in the process of assimilation within the civil law tradition. The building of such interpretative consensus will take time and efforts to be raised. A lot of judicial and political disputes will be settled before reaching such social understanding. In the actual moment, the consumer's interests can be damaged by the lack of independence of the regulatory agencies in order to stand against strong economic organized interest, such as those of the major suppliers. In that scenario, a mindless defense of independence, which can be read as dimming the openness to general public democratic accountability, may turn easier the oppression of the weaker by the stronger. Depending on the context, such legal re-engineering can lead to the opposite side that is proposed by the World Bank research. It is obvious that there are middle-points that must be built without ignoring the necessary and inexpugnable tensions. As a public policy is formed the question raised is how to balance the scales to grant independence without losing accountability. As the Brazilian Legislative Branch does not come to an acceptable answer, the response is daily given in the courts by the Judicial Branch. Preliminary evidence that can be extracted from such mass litigation movement is that the regulatory agency lacks substantial protection and was able to channel to consumers to its system, despite of its strong discourses about the protection of the consumers. The same World Bank report summarizes three models for representation of consumer's interests within the regulatory agencies:

	Positive points (pros)	Negative points (cons)
In-house Consumer Affairs Bureau	<p>Easy access to reliable information on the regulatory process.</p> <p>Synergies between consumer representation and regulatory functions. In-house consumer affair bureaus are well placed to solicit information that can be used to inform the representative function.</p>	Limited scope of actions to challenge regulatory decisions due to lack of independence from the regulatory agency itself.
Board Representation of the Consumer's Interests	<p>Powerful channel of information for consumer groups (if there is no duty of confidentiality).</p> <p>Very fluid exchange of views between consumers and regulators, if consumers input becomes an integral part of the decision-making process</p>	<p>Inadequacy of representation, if the board members in charge of consumers' representation are captured by special interest groups and/or they are not fully accountable to the consumer constituency.</p> <p>Too many conflicting interests within the regulatory body may result in stalemate of their regulatory process.</p>
Partly or Wholly External Advisory Board	Capacity to challenge regulatory decisions, due to the body's independence from the regulatory agency itself.	Inadequacy of representation, if the advisory body is captured by the most influential consumer group.

Source: MUZZINI (2005, p. 10).

In the case of ANATEL, it has an External Advisory Board (“Conselho Consultivo”), which is composed by representatives of the Executive and Legislative Branch, and from various groups of interest (industry, consumers, academics, etc). This Board has no deliberative power in the process, granted by law. It can only recommend directions. But it is fully previewed in the Federal Law, which created the regulatory agency, and that is rare enough to be seen as an important matter. Its possible role as a major channel is potential, but nonetheless an incognita, since the Board is not perceived as a real space of action. The ANATEL tried a lot of different parallel possibilities to stimulate participation, such as open to the general public and permanent commissions. All of them turned to be chimerical. In the practical sense the most used path was to take the road to the Judicial Branch, and that lead to an exponential growth of the litigation against public utilities enterprises.

4. THE CONFLICTS OVER TELECOMMUNICATIONS SERVICES

A typical statement about regulated network industries says that they share a specific characteristic. Their inherent technical complexity poses a thread or even holds back most of the possibility to have a democratic debate about their functionality. The telecommunications industry is no different (MELO, 2001). Said that, we can speculate that a state of absence or little participation in the formation of the regulatory detailed framework has a potential to produce a sensation of being helpless to most consumers of such services. Those consumers have a lot of options to spill their dissatisfaction.

Channel for consumer demand and its kind	Access to the channel			Channel supply	Channel effectiveness
	Person	Phone	'Net		
(1) Complaint to the Prosecutor's Office (A) / (J)	X			Hard	Low
(2) Complaint to ANATEL (A)	X	X	X	Easy	Low
(3) Complaint to PROCON (A)	X			Hard	Medium
(4) Complaint to the media (newspapers, sites, etc) (C)			X	Easy	Low
(5) Complaint to the company customer service (hotline, Internet) (C)		X	X	Easy	Low
(6) Complaint to the company customer service (shop) (C)	X			Hard	Médio
(7) Non-judicial settlement by ADR (C) / (J)	X			Hard	High
(8) Settlement on special claim courts (J)	X			Easy	High
(9) Settlement on ordinary judicial system (J)	X			Easy	High

Note: (A) Administrative resolution system (public and governmental); (C) Corporate resolution system (private); (J) Judicial resolution system (public and jurisdictional).

Even with so many options, it must be observed that is most probably to receive a desired result from the judicial resolution systems. The three last ones. In such options, the companies are really obligated to respond directly to the consumer, which is not always the case in the previous

systems. That is very true, especially in the case of the regulatory agency consumer protection system. The technical changes also contribute to add complexity to the demands. Sometimes, the problems raised can not be properly solved by the companies, since they just are following the regulation. And the key point is that the actual regulation is not compatible with the Consumer Protection Code, a superior hierarchy norm, which is enforced through the Federal Statute n. 8.078, of Sep. 11 of 1990. The spreading of the consumer interest's defense in Latin America is very recent. In the case of the public utilities, specially privatizes telecommunication services, it reached very impressive numbers. On one side, it is noteworthy for the social meaning of some specific class actions, or collective social protests, against some companies. On the other hand, the phenomenon is clearly perceived in some countries by the large numbers of lawsuits filled against telecommunications enterprises. For Sybil Rhodes, the mass litigation process is directed related to the privatization recent history. In her research, comparing Chile, Argentina and Brazil, she concluded that the slow pace and the larger participation of the consumers in the whole process determined that the Brazilian disputes went through more rational standards. Of course, that is also with less radicalism. The Brazilian political system could absorb in institutional terms the conflicts, either by means of the Judiciary, or by means of the regulatory agency and the companies' consumer services systems. The basis of the Rhodes model resides on the democratization as a central standard to maintain the dynamics of the conflicts. But such model only becomes fully useful when contrasted with empirical data about the disputes (NONET & SELZNICK, 2001). Such disputes are not just guided by individual interests. They are also directed by collective motivations, expressed in a legal system, which forms a kind of legal culture. In the Brazilian case, the context of the formation of a subjective understanding about the role of the citizenship, encompassing also the consumer rights, can not be neglected. Unfortunately, her model paid no attention to that detail, which is very important to fully understand why the telecommunications regulation, after the Brazilian privatization, was placed at stake. A lot of specific cases motivated the filling of lawsuits in Brazil. Most of them affect basically telephony, mobile and fixed:

Consumer claim and kind of process	Basic Argument
Provide detail of companies bills (I)	The tariffs were calculated in terms of pulses (an abstract measure, which varied depending of the time and duration of the call).
Redefinition of local and long distance (C)	Such definition is necessary in order to calculate the tariff to charge the call. The problem was that there were towns split as they were now in two different regions. So it was needed to use a long distance access code to make a call, after the privatization.
Extension of the validity of the mobile pre-paid credits (I)	The Consumer Code stated that a service that was not provided could not be charged. Some consumers considered that they paid some amount of money to spend in calls. If they do not make the calls, they could not have the mobile terminal de-activated.
Declaration of the illegality of a basic signature payment in fixed lines (I)	For the very same argument stated in the case of the pre-paid mobile phones. The fixed lines have a basic signature tariffs and a number of pulses / minutes in calls. After using this limit, the consumer receives extra charges. The companies argued that the basic signature covered the basic functioning of the terminal, which is to receive ordinary and made emergency calls.
Shrink the time to charge a call (C)	The time to charge was of three months to the company. Such period was defended as needed to aggregate information from interconnection calls.

Note: (I) Individual lawsuits (ordinary or special claim court); (C) Collective (class action).

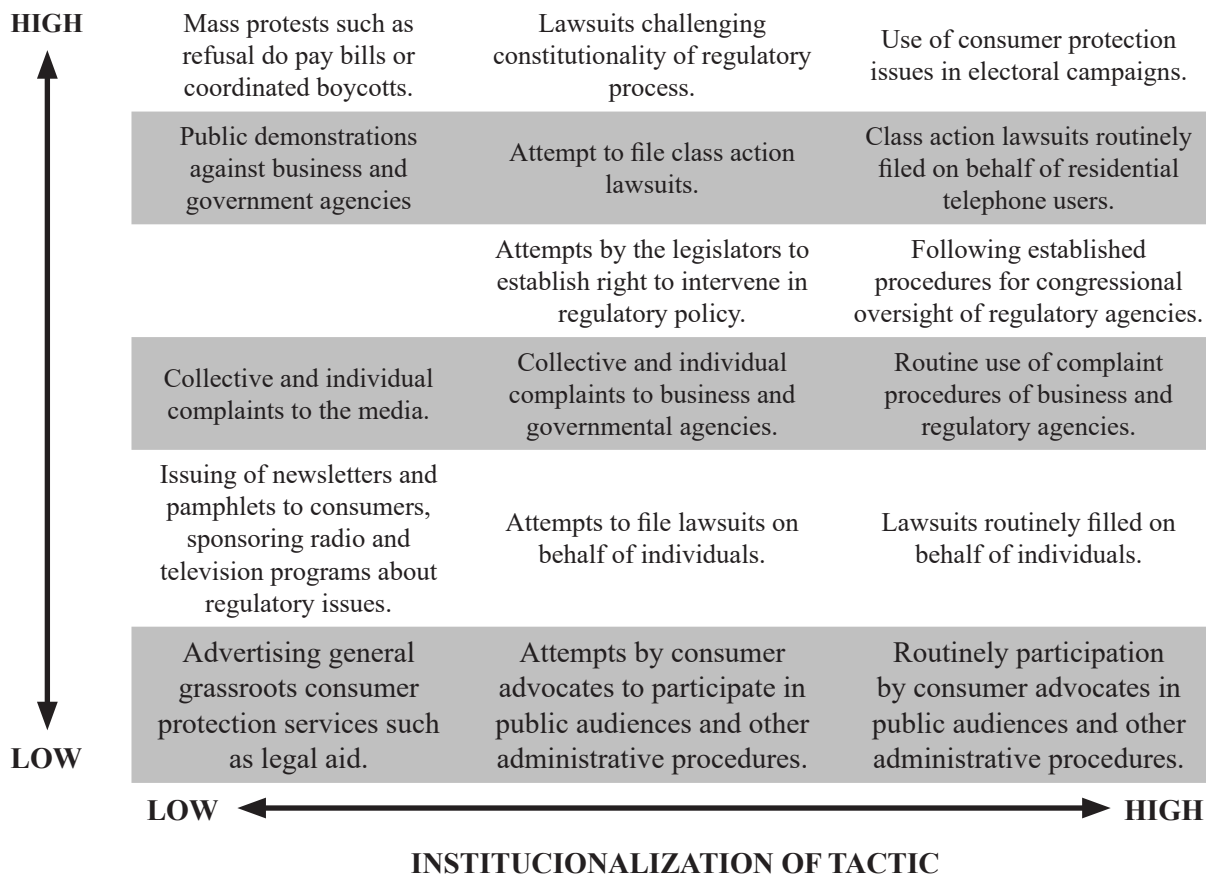
Consumer claim and kind of process	Basic Argument
Extension of the validity of the pulses in fixed lines (I)	The pulses / minutes not used in the previous month were lost. Another argument, based in the Consumer Code, was that this could not happen since the service was not provided.
Obligation to keep personal system of consumer care (C)	The Prosecutor Office filled class actions in order for most companies to maintain helpdesks and counters for consumer care. Most of the companies were migrating to hotline and Internet services.
Demand against the charges of unwanted services (mobile and fixed lines) (I)	That could be a usual problem. But the Consumer Code stated that the wrong charge needs to be refunded in double.
Divergence about the tariffs' revision rates (C)	That had to be with the concession contracts and its modes of economic adjustment. The Prosecutor's Office argued that the rates of the past were now too good and in favor of the companies and against the consumers. So service was more costly than it need to be.
Quality of the mobile services (covering) (C)	Such class actions were proposed by State Prosecutor's Offices and Townships governments alike. They all complained against the quality of the mobile signal in some regions. The companies argued that such service had a mild regulation, which not obligated them to provide universal provision in terms of quantity and quality alike/

Note: (I) Individual lawsuits (ordinary of special claim court); (C) Collective (class action).

Brazil is organized as a federation of states. There is a federal judicial system, whose function over matters that have the competence of the Union government or in which the Union itself is being sued. Also, there are state judicial systems in every state which is part of the federate republic. It is more usual to a telephone to be sued in one of the various state systems, since the relationship between a consumer and such company is understood as a private affair. But when the analysis comes to collective demands, it happens to be a little more troublesome to determine whether the lawsuit had to be filled in the federal or in one of the states systems. But most cases ended within the state system alike, after the decision by the Superior Court of Justice. One thing is also important to understand such transformations. It is closely related to the contemporary changes that are taking place in the Latin American legal culture and can be perceived in the new roles played by the ordinary citizens after the privatization, combined with some future trends.

Obviously, some new trends in telecommunications services like cable television and Internet connection are motivating lawsuits. Nonetheless, the traditional telephony services lead the statistics. In other countries, the conflicts showed different patterns. In Argentina, for example, there were large mass protests against the privatized companies in the begging of the new type of provision. This kind of reaction occupies a space of higher radicalism combined with low institutionalization. The Brazilian case shows a quick progression from a fairly institutionalized basis to a possible reach of a high participative construction of public policies regarding public utilities. The next figure shows Rhodes model:

CONTENTIOUSNESS OF TATIC



Source: RHODES (2006, p. 21).

The classification created by Rhodes allows defining Brazil as a country in which the consumers' tactics are highly institutionalized. The radicalism of the activities is growing, since the National Congress has maintained debates about the increase of control over regulatory authorities.

4.1. THREE ROLES PLAYED BY THE CITIZENS

We can perceive three roles of citizenship, regarding to the public sphere that hold particular significance to that research. The first is the basic notion of political citizenship, by which is possible to understand a broad civic operation relation with the state. The second is the recent notion of consumer that grew amidst the necessity of protecting the weaker parties in consumer private contracts. It has evolved to encompass the provision of public utilities and even other public goods that are paid by tariffs. The third role is related to the participation in the management and provision of public services, paid by tariffs or universally granted, even without payment. Upon reaching such situation,

one can see a complex relation between society and state in the organization of those services.

Over the preliminary concept is important to start mentioning that Latin American recent debates over most privatized public utilities – and also telecommunications – usually neglect an important matter that is the how to classify a citizen in its legal relationship with such kinds of companies. That problem is directly linked with the role that the legal system is recognized to the ordinary citizen, in a historic perspective, among the public sector. There is a long tradition of reinforcement of the public interest concept, against the individual rights in the Latin American tradition. It would become no surprise to understand that some authors would try to transpose such historic point of view to the post-privatized paradigm. This phenomenon is not typical of underdeveloped countries. It is related to a key feature of the civil law tradition, especially in the French formulation of the administrative law concepts. Brazil, and most of the Latin American countries, imported with adaptations such categories. Along with the notion of the public interest primacy, against the individual right, the citizen's are labeled as “administré” (in Portuguese is “administrado”), which can be translated as administrated. The word is derived from the passive form of the verb “to administer”. In technical terms, the meaning would be that someone posing demands or requesting services to the state would be labeled not as a person (an equal, in Kantian terms), but rather as an unequal or the object of the management. That difference grows larger when we think about doctrines like national security and about the dictatorships that were endemic in Latin America during the last century. The very notion of political citizenship – perceived as the possibility to intervene in the public sphere by means of competitive elections and to have liberal liberties to express ideas and so on – was a recent and not so consolidated historical product, unfortunately. The democratization emerged as a great possibility for many countries of the regions to deepen their possibilities of political participation. Such situation is very visible both in Brazil and Chile.

In recent years emerged a doctrine about consumer relationships and contracts. It is not just a doctrine. The Brazilian Constitution has an article, which states clearly that the consumer protection is one of the pillars of all economic activities. The most impressive use of such doctrine was to unbalance the notion of formal equilibrium (“pacta sunt servanda”) between both parties in favor of the consumer, perceived as the weakest one. But the relationship between the state and one party, even in providing a public utility like telephony service, was difficult to be seen as a typical private

contract. But the Brazilian Consumer Statute previewed such possibility and imposed the labeling of citizens as consumers when they received services paid by tariffs. The central problem here is that this step – in the case of public utilities and most public activities – is not the final line. That point is just the start to go deeper in the democratization of such structures by means of innovative modes of participation to the general public. The Brazilian case is very illustrative of how that such point was yet been not crossed to really produce an integration of participatory means in order to further a system of democratic deliberation in the public sector. The constitutional anchor and the clearly statute text made gave the possibility for prosecutors, consumer associations, and individual consumers to flood the judicial system with demands against public utilities enterprises (WERNECK VIANNA & BURGOS, 2003).

The third role is related to the traditional services provided by the state. One can figure out how new participatory and democratic deliberation could be introduced in police departments, for instance. That is the very frontier of such revolution. The Brazilian Constitution of 1988 had a lot of articles mentioning the necessity to produce statutes on the protection and participation of public service users. Those constitutional remarks were made in 1998. Eight years after the approval of the Consumer Code, that dates back from 1990. It would sound irrational to shrink rights granted by the Code due to the absence of further enacting of laws previewed by the Constitution amendment. It stated that the same very legislative branch had one hundred and twenty days to approve a statute about the protection of the public services users. Of course, it did not. The means of participation were described in a previous section. They are useful. Nonetheless, most opinions from the general public and from the consumers associations had been ignored all over the time by the regulatory agencies. Unfortunately, the recourse to the courts was the last effective option that really lasted. And it was used to the extreme.

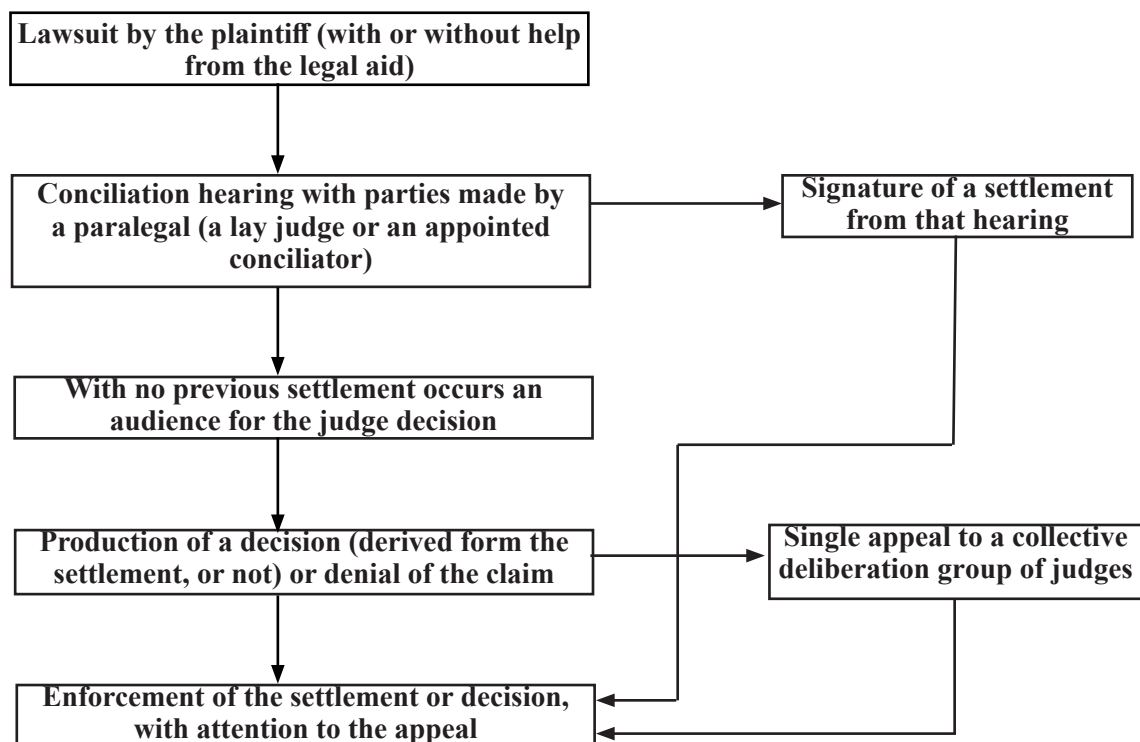
4.2. THE DIFFICULT TASK TO PROTECT THE CITIZENS AND JURISDICTION OVERLOAD

It was explained that the most certain way to receive a result in consumer dispute against a public utilities enterprise is to fill a lawsuit in the ordinary or in the special claim courts system. But former has one advantage in comparison to the latter system. The consumer can receive better judicial

reparation. But the special claim courts have an easier access. Depending on the value demanded, the consumer has no need of lawyers, which makes the judicial process cheaper. And even with legal assistance, there are no fees to fill a suit. What is concluded by most Brazilian analyses is that the special claim courts have showed themselves as an inevitable resource in the movement of access to justice (WERNECK VIANNA et alli, 1999). One aspect that was not quite analyzed is that such jurisdiction sponsors disputes that are perceived just as small value. But those small disputes usually repeat – especially in some cases as those, which are been described here – and take an enormous scale. That leads to the conclusion that those interests in collision are not as small in importance as they could appear at first sight. One possible hypothesis is that the mass-scaled disputes had a great deal of influence in producing the modification of the regulatory framework, as they led to the compliance in behavior of the public utilities companies in large array of issues. The phenomenon that explains why not yet sued parties' tend to change their behavior before it happens is described in the socio-legal literature as deterrence (BRAITHWAITE, 2002; AYRES & BRAITHWAITE, 1992). It is typical of economic regulation scenarios. In the case analyzed, if deterrence really happened, it could be concluded that the Brazilian telecommunications regulatory framework changed to reflect an acceptable new behavior of the enterprises, just after the enormous pressure driven by the consumers. And such pressure came by the means of mass litigation. If such hypothesis is true, it can be empirically proved that the judicial power has definitely contributed to rearrange the norms that regulate many of the telecommunications services in Brazil. One possible evidence of that compliance resides on the funding by the two large telephone enterprises (TELEMAR, then OI Corp.; and BRASIL TELECOM Corp.) of quasi-judicial solutions managed by the state Judicial system. It was at some degree strange: the enterprises covered costs of customer service counters inside special claim courts building to facilitate the enforcement of the judicial decisions. The paper will return to this topic later.

The special claim courts in Brazil have origin in the small claim courts and in the pioneer experience of the Rio Grande do Sul state judges, gathered by their association (AJURIS) (WERNECK VIANNA et alli, 1999). That experience was adopted by the Ministry of Justice and then replicated as one of the measures to stimulate the dimming of the bureaucracy among the whole nation judicial system. That novelty was recognized in the text of the new Brazilian Constitution, passed by the Assembly in 1988, despite the criticism of the Brazilian Bar Association. In 1995, the Nation Congress

passed a new Federal Statute, n. 9.099, 26 Sep., that changed the character of the small claim courts to the actual system, which was the renamed as special claim courts. That makes sense since criminal special jurisdictions were created and they do not deal with pecuniary values at first. The legal institutionalization led to the many state tribunals to promote the expansion of this kind of system. In recent years the experience was brought even to the federal jurisdiction, which deals basically with retirement allowances and montages, all managed by federal institutions. In a small period of time, the prospective idea behind the pioneer project of AJURIS was proved real: there were a lot of social disputes, settled without a clear frame of reference, which could not reach the judicial arena due to its costs. One type of such social disputes was the consumer relationships and contracts. The judicial process in the special claim courts has simple rites, with little recourses for both parties. The system of evidence is also simplified and there is a limit in terms of values that can be demanded, calculated as the sum of twenty minimum wages (nowadays: R\$ 415.00 x 20 = R\$ 8.300,00 or US\$ 4,975.00):



Source: Adapted from BRASIL: Ministério da Justiça (2006, p. 27-45).

The data analysis depicted from the special claim courts established in the Rio de Janeiro State system demonstrates clearly that the telecommunications companies lead as the larger corporate defendant parties in that State, among very diversified service providers. The same happens in other state jurisdictions as Sao Paulo and Brasilia, the country's capital. The table below summarizes data collected from the Commission on Special Claim Courts ("Comissão de Juizados Especiais", COJES) of the Rio de Janeiro State Tribunal ("Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro"). It details the number of lawsuits filled, categorized by the economic sector of the defendant, when it was an enterprise. The basic data was collected from the Commission, but the categorization is made by the author. The numbers are impressive and it showed a little vegetative growth after three years. Unfortunately, the last two years data (2006 and 2007) are incomplete due to a series of problems. That will be repaired soon and so the historical series will be completed.

Defendant type (corporate)	2003	2004	2005
Telecommunications services companies	84,168	90,174	98,626
Telecommunications infrastructure and extra-services (cable)	5,132	4,983	5803
Other public utilities companies	39,747	39,818	41,199
General and health insurance companies	6,223	8,272	7843
Financial and banking companies	45,068	55,229	55,763
Air and ground transportation companies	1,181	1,334	1610
Educational services	789	632	529
Social communications companies (newspaper and media)	5,775	4,890	3,578
Financial services to real states, cars and etc ("consórcios")	603	200	139
Commercial companies of general assets and services	13,557	14,987	22,284
Subtotal number of lawsuits filled	202,243	220,519	237,374
Other defendants	125,574	115,794	120,667
Total number of lawsuits filled	327,817	336,313	358,041

Source: Collected from <http://www.tj.rj.gov.br>, and then adapted.

From among the whole judicial movement, distributed along the various regions of the state, the enterprises occupied always more than sixty per cent of the lawsuits as defendants, in comparison

to individuals. There is a little tendency of increasing in that quantity at the future, while the category “other defendants”, which basically includes individual persons show some stability. The lawsuits had their distribution based on the defendant typical products or services through ten sectors of economic activities. The first is the telecommunications service. In these activities were included fixed lines telephone companies (TELEMAR, which changed its name to OI, VESPER, and others) and mobile telephone companies as well. The services of trunking (NEXTEL) and long distance calls (EMBRATEL, and INTELIG) were also gathered here. That is the far expressive sector among the whole number of lawsuits. The second sector is close related to the first. It gathers equipment and infrastructure providers (ERICSSON, MOTOROLA, NOKIA, GRADIENTE, etc) and cable television operators (NET, DIRECT-TV, and SKY-TV). Even Internet broadband companies are integrated in this category as VELOX. Also, this category sums a number of lawsuits directly filled against technical and repairs services that are related to telecommunications services. All such activities share a common supervision from the federal regulatory agency. The equipments have certification rules, enforced by the agency, and the maintenance and repair services need prior registry.

The third group of defendant includes others public utilities companies. It joins gathers the light and power distribution companies (LIGHT, and AMPLA), canned gas (CEG), and treated water (CEDAE, ÁGUAS DE NITERÓI, PROLAGOS, etc). It also encompasses the privatized roads, maintained through contracted concessions. Together with the two first groups (related to telecommunications activities) they all are subject to the new legal framework of the regulatory agencies.

The fourth and fifth groups deal with insurance and financial institutions, respectively. Both activities are very close and are often offered by companies of the same corporation group. The enterprises involved in personal mass transportation services are in sixth group. It congregates either airline, as coach companies. Recently, there has been a social claim to enforce more harshly the regulatory rules applied to the mass transportation sectors, especially to the airplane transport. At the seventh category are allocated the educational companies. They provide an array of services that vary from language courses to graduate studies in private universities.

The eighth group is formed by media companies that offer newspapers and magazines. The offering of paid cable television is considered as telecommunications service by the Brazilian law,

so it was integrated in the second group as therefore mentioned. One peculiarity is the ninth group, which deal with “consórcios”. This word has no translation to English, as far we know. It is a kind of financial acquisition of an asset (a car, a real state, etc), which has some type of lottery. Since people do not receive the asset in the beginning of the payment, but in the final or during, in won the lottery, the rates as significantly lower than normal. But it is still a financial service and is regulated like them. The last category sums the companies of general commerce. They include large department stores and small shops. A classificatory problem here is that most large department stores have their own financial systems. But it would be impossible to separate them in order to aggregate such services in the financial and banking category.

The obvious conclusion is that the telecommunications dominates the special courts system in Rio de Janeiro state. The same phenomenon happens in other states, according to similar researches. The data released by the court is insufficient to determine exactly what were the issues debated in all the process. In interview with judges, it could be mapped some themes that dominated the agenda of the courts. Only a qualitative analyzes of the decisions, still in production, will be able to clarify the content of the complaints.

It must be noted that from the universe of the ten most sued enterprises, the bigger telecommunications group of the state retains three positions, since it owns three companies: TELEMAR (for fixed telephone lines), OI (for mobile telephones, and VELOX (for Internet high-speed connection). Of course, in a newspaper declaration, the corporation stated that the numbers are impressive but they are illusory, since they have hundreds of thousands of clients (IRRITAÇÃO AINDA, p. 26). But the numbers had force to make the states courts pursue alternatives. They saw their special claim courts system flooded by the litigation derived from a reduced number of defendants. In Rio de Janeiro state, the Tribunal built a quasi-judicial solution to improve the precious conciliation of most conflicts involving telecommunications and other public utilities. It was called “express project” (“Projeto Expressinho”). They involve through accords with two public utilities enterprises: TELEMAR/OI, and AMPLA (light and power distribution). The quantitative numbers of the initiative are not so expressive, especially if compared to the whole litigation of those companies. Doing basic statistics, one can calculate the monthly movement of the project equal as fifteen per cent of the whole special claim courts system. But in the qualitative point of view, the project can be

understood as an interesting trial for the problems related to the network industries litigation. Despite of its current low efficacy in terms of quantity, the project also demonstrates the social importance of the telecommunications services to the daily operation of the modern life. That importance imposes that anything which menaces such provision has fairly potential to be converted in a pledge before the courts.

5. THE JUDICIALIZATION OF CONSUMER RELATIONS AND THE TELECOMMUNICATIONS PUBLIC POLICIES

The concept of judicialization, as defined by TATE & VALLINDER (1999), can be used to explain the current changes in some political patterns among the modern democracies. Those authors mention that the judicial power became more intervenient in the political and social life. Of course, that occupation of space occurs with losses to the traditional political and social practices. It is not just the representative production of norms by the formal elected bodies that suffer, but also the detailed production of public policies. They explain that such expansion happens in two ways. The first form of judicialization occurs with the assimilation of the judicial forms, practices, and symbols by other political spheres. An example is a type of tribunalization of political decisions in many democracies, where legislative committees and administrative procedures become dominated by the logic of decision sponsored from the jurisdiction basic form. The second form of judicialization is simpler. It happens when the judicial power decides on themes that usually where voted or carried on by the political system, either by the executive arm as by the legislative branch. All forms of judicialization are related at some degree to the growing importance of constitutional judicial review. Such judicial control of all actions of the other power, based on the constitutional force, can be enforced in a concentrate manner or in a disperse way. It may be competence of just one court to produce the constitutional judicial review, the former form, or that competence may be spread through various jurisdictions.

This expansion of the judicial power has different effects in the central countries and the peripheral ones, like Brazil and most Latin America. Such differences are intertwined with the status experienced in terms of civil and political liberties, and especially social rights. Those countries are

shaped by their recent and still unconcluded democratization and the enormous lack of symmetry between individuals. These combined trends sums in a state that imposes many difficulties of public action to the ordinary citizen in defense of his rights. Those citizens are pressed by two fronts. In one of them, they have a Constitution, which grants access to a vast array of social rights, and need to be enforced. In the other, they have a social reality that is clearly unpropitious to fulfill them. To add some drama, the traditional political solutions, and varied types of social arrangements, all seem to have no efficacy to solve such contemporary equation deal between duties and social rights. But the Brazilian constitutional movement after the promulgation of the 1988 Constitution includes much more refined complexities that overcome a simple discourse for the acquisition of social rights. It also encompasses the democratic control of the public provision of those social benefits.

6. CONCLUSION: UNSOLVED PROBLEMS AND THE LEGAL CULTURE

The judicial resolution of conflicts is not cheap. But the central question of this article surpasses the judicial disputes theme. The judicial arena is a visible externality of a larger fight for social control of public utilities provision and regulation. Usually, that arena would be focused basically on the executive and/or the legislative branch. The contemporary novelty in Brazil and all Latin America is the emergence of the courts as spaces which can be used to intervene in the public policies. That emergence is also related with some fragility and feeble performance of the both other political powers, obviously. But the international literature is clear to point that such situation would happen anyhow anchored with the constitutional review. One easy way to point that the courts are really being perceived as stronger enforcers of norms to guide regulatory practices is that the conciliation compulsory phase was not created under the sphere of the regulatory agency and of the enterprises. It was erected under the rule of the State Tribunal of Rio de Janeiro, as related before. The costs involved in the maintenance and expansion of the judicial resolution are high, as can be seen in the data collect by the Brazilian National Council of Justice, which is nowadays in charge of organizing the managerial statistics of the whole system. The data is from 2004. It can be viewed that the total cost of the Rio de Janeiro state judicial system is almost the same in percent terms as the national

average: 05 % (five per cent) of the state budget. In comparison to the whole national expenditures, the judicial systems of the states divided per capita, in average, costs annually R\$ 68.57 (US\$ 41.00). Alternatively, it cost 1.13 % of the Gross Domestic Product of its state, in average:

State of the Brazilian Federation (2004)	Total cost of the state judicial system as a percent of the state budget	Total cost of the state judicial system as a percent of the state gross product	Total expenditures of the state judicial system divided per capita by the state population
Distrito Federal	0.09 %	1.75 %	R\$ 347.21
Rio de Janeiro	5.05 %	0.64 %	R\$ 91.32
São Paulo	4.23 %	0.50 %	R\$ 69.88
Average (Brasil)	5.04 %	1.13 %	R\$ 68.57

Source: Built with data from BRASIL: CNJ (2004).

The judicial system is becoming more and more expensive. Another evidence of the growth is the quantity of judges allocated in the states judicial systems of the Brazilian federation. The data shows that the special claim courts systems, at the states are rapidly increasing and absorbing a creating a great demand for qualified personnel. But it also demonstrates that some states relied more on such dispute resolution mode than others:

Judges allocated in the state judicial system	Whole system	Special courts	%
Distrito Federal	253	43	16.9 %
Rio de Janeiro	954	94	9.8 %
São Paulo	1.693	35	2.0 %

Source: Built with data from BRASIL: CNJ (2004).

Despite those expenditures, there are still high rates of congestion in the states special claim courts systems. The demand for justice is perceptible bigger than the capacity to deliver it. Increasing the expenditures probably will not solve the problem, since it will open more space for far more demand. The more recent solution resides in establishing compulsory pre-lawsuit conciliation. That quasi-judicial solution was waved especially to punish repeted defendants, notably the public utilities companies, as described in this article. But that possible solution brings two dilemmas. The

first is related to the notion of negotiation that is always inflicted in these transactions. If there is little intervention of a neutral third party, as a judge, the possibility of negotiating a good deal to the stronger party increases; despite of the fairness of the result. It is easy to observe that negotiations conducted without one lawyer to assist one party almost always delivers a better result to the assisted one. There is also a chance that the negotiation evolves to a fixed accord, enforced by the judge, who may be concerned to solve such great number of demands in the quicker way. In that sense, the quasi-judicial enforcement would be transformed in the last customer counter of the defendant company. The second dilemma is directly derived from the first. It is related to the potential harm that can happen from the close relationship between the courts and the public utilities companies. If the neutral jurisdiction cooperates to maintain an activity that is clearly affected from its competence, may such cooperation risk its independent view. If there is a chance of such possibility, that thread must be examined carefully. A practical conclusion is that a unregulated space of consumer protection is trying to be filled by the jurisdictional solution. That may have started with the absence of the regulatory agency or with the demand for care and protection from the consumers. Or may be both. What really matters now is to figure out how the administrative regulation will be adapted to adjust the conduct of the enterprises to the consumers point of view, enforced by the judicial power.

REFERENCES

- AUTIN, Jean-Louis; RIBOT, Catherine. **Droit administratif général**. 3 ed. Paris: Éditions du Juris-Classeur, 2004.
- AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive regulation: transcending the deregulation debate**. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- BAŃKOWSKI, Zenon. **Living lawfully: love in law and law in love**. New York: Springer Verlag, 2001.
- BRASIL: Presidência da República [Presidency Office]. **Plano diretor para reforma do aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, 1995.
- BRASIL: CNJ (Conselho Nacional de Justiça) [National Justice Council]. **Justiça em números: indicadores estatísticos do Poder Judiciário**. Brasília: CNJ, 2004. Available: http://www.cnj.gov.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_numeros_2004.pdf
- BRASIL: MJ (Ministério da Justiça) [Ministry of Justice]. **Juizados especiais cíveis: estudo** [special claim courts: research]. Brasília: MJ, 2006. Available: <http://www.mj.gov.br/main.asp?View={597BC4FE-7844-402D-BC4B-06C93AF009F0}>
- BOSCHI, Renato R.; SOARES DE LIMA, Maria Regina. O Executivo e a construção do Estado no Brasil: do desmonte da Era Vargas ao novo intervencionismo regulatório. In: WERNECK VIANNA, Luiz (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte; Rio de Janeiro: Editora da UFMG e Iuperj/Faperj, 2002. p. 195-253.
- BRAITHWAITE, John. **Restorative justice and responsive regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- COUTINHO, Diogo et alli. Comentários aos anteprojetos de lei sobre agências reguladoras. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte. ano 2, n. 6, abr/jun. 2004. p. 27-41.
- DALMAZO, Renato Antônio. **As mediações cruciais das mudanças político-institucionais nas telecomunicações do Brasil**. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser, nov. 2002. (Tese de Doutorado, Unicamp, Instituto de Economia, 1999). (mimeo)
- DANTAS, Marcos. **A lógica do capital-informação: a fragmentação dos monopólios e a monopolização dos fragmentos num mundo de comunicações globais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002.
- GÓMEZ-IBÁÑEZ, José A. **Regulating infrastructure: monopoly, contracts, and discretion**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003.
- IRRITAÇÃO AINDA. O Globo. Caderno de Economia. 25 dez. 2005. p. 26.
- KAGAN, Robert A. How much does law matter? Labor law, competition, and waterfront labor relations in Rotterdam and U.S. ports. *Law and Society Review*, n. 24. 1990.

_____ (ed.); AXELRAD, Lee (ed.). **Regulatory encounters: multination corporations and American adversarial legalism**. Berkeley: University of California Press, 2000.

OLIVEIRA, Vanessa. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? Dados: revista de ciências sociais. Rio de Janeiro, IUPERJ, v. 48, n. 3. 2005. p. 559-587.

LESSIG, Lawrence. **Code and other laws of cyberspace**. New York: Basic Books, 2002.

MARTÍNEZ, María Salvador. **Autoridades independientes: un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Fracia y España**. Barcelona: Ariel, 2002.

MATTOS, Paulo. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. In: COELHO, Vera Schattan P. (Org.); NOBRE, Marcos (Org.). **Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Ed. 24, 2005. p. 313-342.

MELO, Marcus André. A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo, ANPOCS, v. 16, n. 46. jun. 2001. p. 56-68.

MUZZINI, Elisa. **Consumer participation in infrastructure regulation: evidence from the East Asia And Pacific region**. Washigton, DC: World Bank, 2005.

NONET, Phillipe; SELZNICK, Philip. **Law and society in transition: toward responsive law**. New York: Transaction Publishers, 2001.

PIRES, José Claudio Linhares; PICCININI, Maurício Serrão. A regulação dos setores de infraestrutura no Brasil. In: GIAMBIAGI, Fabio (Org.); MESQUITA MOREIRA, Maurício (Org.). **A Economia brasileira nos anos 90**. Rio de Janeiro: BNDES, 1999. p. 217-260.

REICHMAN, Nancy. Power and justice in sociolegal studies of regulation. In: GARTH, Bryant G. (org.); SARAT, Austin (org.). **Justice and power in sociolegal studies**. Evanston, IL: Northwestern University Press, 1997. p. 233-271.

RHODES, Sybil. **Social movements and free-market capitalism in Latin America: telecommunications privatization and the rise of consumer protest**. New York: State University of New York Press, 2006.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz . O regime jurídico-constitucional da radiodifusão e das telecomunicações no Brasil em face do conceito de atividades audiovisuais. A inconstitucionalidade do anteprojeto de lei que cria a Agência Nacional do Cinema e do Audiovisual - Ancinav. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 170, p. 287-309, 2006

TAVARES DE ALMEIDA, Maria Hermínia. Negociando a reforma: a privatização de empresas públicas no Brasil. Dados: revista de ciências sociais, v. 43, n. 3. 1999. p. 421-451.

_____ ; MOYA, Maurício. A reforma negociada: o congresso e as privatizações. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo. ANPOCS. v. 12, n. 34. 1997. p. 119-132.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TAYLOR, Matthew M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. Dados: revista de ciências sociais, Rio de Janeiro, IUPERJ, v. 50, n. 2. 2007. p. 229-257.

_____. Judging policy: courts and policy reform in democratic Brazil. Stanford, CA: Stanford University Press, 2008.

UMADÉCADADEPOIS, JUSTIÇATEMMAISDE230PROCESSOSCONTRAPRIVATIZAÇÕES. Valor Econômico, 23 out. 2006. Primeiro Caderno. p. A5.

VOGEL, David. **National styles of business regulation: a case study of environmental policy.** Washington, DC: BeardBooks, 1986. (Reimpressão, 2003).

WERNECK VIANNA, Luiz; REZENDE DE CARVALHO, Maria Alice; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____; BURGOS, Marcelo Baumann. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: WERNECK VIANNA, Luiz. (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil.** Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2003.

PARA ALÉM DO JUDICIÁRIO: O CONTROLE JUDICIAL DA FAKE NEWS NO PROCESSO DEMOCRÁTICO ELEITORAL

BEYOND THE JUDICIARY: FAKE NEWS JUDICIAL CONTROL IN THE ELECTORAL DEMOCRATIC PROCESS

Reynaldo Soares da Fonseca

Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade Autônoma de São Paulo (FADISP).
Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).
Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Matheus Vinícius Aguiar Rodrigues

Graduando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).
Assessor da Procuradoria Geral do Distrito Federal (PGDF).

“In cyberspace, the game is code. Law is a side-show.” (Lawrence Lessig)

RESUMO

Esse artigo parte da hipótese de que o Poder Judiciário é incapaz de controlar repressivamente, em sua função típica, a desinformação e a disseminação de *fake news* na democracia brasileira. Em um primeiro momento, na construção desse fenômeno social, o artigo se utilizou de uma pesquisa bibliográfica para apresentar as principais razões que estimulam a disseminação de uma *fake news*. Nesse contexto, apresentou-se, por um lado, (i) a existência de uma arquitetura virtual que propicia a disseminação de notícias fraudulentas (*echo chambers* e *filter bubbles*); e, por outro, (ii) um usuário predisposto cognitivamente a compartilhá-la (*motivated reasoning account of fake news*). Partindo dessa construção teórica, o artigo passou a apresentar esse fenômeno social enquanto um fato jurídico. Dessa maneira, a partir de uma pesquisa jurídica, apresentaram-se as principais normas utilizadas como fundamentos da atuação judicial repressiva, com destaque à atuação da justiça eleitoral, que se vale da generalidade dos arts. 19 e 20 do Marco Civil da Internet e da Resolução nº 23.551/2017, do Tribunal Superior Eleitoral, para fundamentar as decisões judiciais que determinar a exclusão desses conteúdos ofensivos, fraudulentos e/ou falsos. Na construção dos modelos de controle da *fake news* no ordenamento jurídico brasileiro, apresentaram-se dois modelos complementares e interdependentes: por um lado, o modelo de “reserva à jurisdição”, em constante evolução e desenvolvimento, sobretudo à luz dos debates constitucionais pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal; por outro, o modelo de “autorregulação”, que reserva às plataformas a prerrogativa de dirimir as políticas de veiculação e exclusão de conteúdos nas mídias sociais. Em conclusão, o estudo indicou a incapacidade de o Poder Judiciário controlar repressivamente a *fake news*, por meio de tutelas de urgência inibitória,

sobretudo diante da hipervelocidade na propagação desse conteúdo, o que tornaria ineficiente a simples inabilitação de *links* que se replicam indefinidamente nas mídias virtuais. Nesse contexto, o trabalho corroborou essa asserção com estudos que evidenciaram a incapacidade de a Justiça Eleitoral garantir a higidez das informações eleitorais propagadas nas mídias sociais na última eleição. Ao fim, defendeu-se que a regulação da arquitetura de controle das grandes mídias sociais, seja direta seja indiretamente, revela-se preponderante na eficiência do controle desse fenômeno social. Dessa maneira, ressaltou que o Poder Judiciário, em sua função atípica, poderia contribuir ao controle da *fake news*, estimulando soluções setoriais dialogadas entre os diversos agentes responsáveis por esse combate, dentro as quais, por exemplo, (i) aquelas destinadas à eliminação de incentivos econômicos na criação e disseminação de uma notícia fraudulenta e, ainda, (ii) soluções estimulando iniciativas regulatórias que busquem controlar esse fenômeno a partir da regulação do código (arquitetura de controle) dessas plataformas.

Palavras-chave: *Fake News*. Processo Eleitoral. Arquitetura de Controle. Código. Capacidade institucional. Regulação.

ABSTRACT

This article assumes that Judiciary is unable to control, in its typical function, the misinformation and the spread of fake news in Brazilian democracy. At first, in the construction of this social phenomenon, this article used a bibliographic research to present the main reasons that stimulate fake news dissemination. It is presented (i) the existence of a virtual architecture that allows the dissemination of false news (echo chambers and filter bubbles); and (ii) a user who is cognitively predisposed to share it (motivated reasoning account of fake news). After, based on legal research, this article presented the main norms used in judicial decisions, highlighting the performance of electoral justice, to determine the removal of fake news: articles 19 and 20 of statute n° 12.965/2014 and “Resolution Statute” n° 23.551/2017, of the Superior Electoral Court. In this context, two complementary and interdependent models of fake news controls were presented: (i) the judicial model, which is constantly evolving and developing, especially considering the pending constitutional debates in the Federal Supreme Court; on the other hand, (ii) the “self-regulation” model, which reserves to platforms the prerogative to create the exclusion policies of content on social media. In conclusion, the study indicated the inability of the judiciary to control fake news through urgent injunctions, especially because of the hyper speed in the fake news propagation. In this context, this paper showed evidence from studies that showed the inability of the Electoral Justice to control fake news the Brazilian social media in the 2018 elections. In the end, it was argued that in cyberspace the regulation of control architecture in social media, either directly or indirectly, is more efficient than the typical judiciary function in the control of this social phenomenon. Thus, the judiciary, in its atypical function, could contribute to the control of fake news stimulating dialogued solutions among the agents responsible for this control, within which, for example, (i) those solutions destined to eliminate economic incentives in the creation and dissemination fake news, and (ii) solutions stimulating regulatory initiatives that seek to control this phenomenon by regulating the code (control architecture) of these platforms.

Keywords: Fake News. Electoral Process. Control architecture. Code. Institutional Capacity. Regulation.

1. INTRODUÇÃO

Em um período de recessão democrática^{1,2}, nenhum fenômeno ou agente deve escapar das lentes de um pesquisador, sobretudo na análise de um sistema complexo adaptativo (*complex adaptive systems* - CAS)³ como o sistema jurídico. A vitalidade da democracia, ou a falência desta, manifesta-se a partir de indícios: percebê-los é o desafio do pesquisador jurídico.

Em pleno século XXI, a democracia nos oferece arranjos institucionais⁴ os quais, por tanto neles se confiar, dificilmente se percebe quando deixam de ser efetivos. O direito eleitoral, por exemplo, enquanto microsistema jurídico, é um desses arranjos. A *fake news*, por outro lado, desafia sua efetividade na tutela de bens jurídicos-políticos que são caros à democracia, como a hignidade do processo representativo-eleitoral⁵.

Dentro deste debate, esse artigo se propõe a apresentar o fenômeno social da *fake news* na

1 Termo cunhado pelo cientista político Larry Diamond. Nesse sentido: “O mundo tem experimentado uma recessão democrática leve desde 2006. Além da falta de melhoria ou da modesta erosão dos níveis globais de democracia e de liberdade, há outras razões para se preocupar. Primeiro, houve uma taxa significativa de crescimento de colapsos democráticos. Segundo, a qualidade ou a estabilidade da democracia tem declinado em vários países de mercados emergentes estrategicamente importantes, aos quais eu chamo de “*swing states*”. Terceiro, o autoritarismo vem se aprofundando, inclusive em países grandes e estrategicamente importantes. A quarta razão é o fato que as democracias estabelecidas, a começar pelos EUA, parecem estar cada vez menos comprometidas a promoverem a democracia no exterior [...]” (DIAMOND, Larry. **Facing Up to the Democratic Recession**. In: DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. **Democracy in decline?**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2015, p. 102, tradução livre).

2 Este artigo adota uma concepção de democracia material (também chamada de densa ou coparticipativa). À luz desta concepção, a democracia não se afirma apenas por eleições periódicas e um sistema político legislativo representativo. Nesse sentido, haverá valores democráticos que devem ser garantidos, respeitando-se princípios constitucionais, como o respeito às minorias políticas e direitos individuais. Não haveria democracia, portanto, sem um equilíbrio entre o constitucionalismo e a soberania popular. Para maiores informações acerca das distinções entre conceitos de democracia, destacamos SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação**. São Paulo: Saraiva, Série IDP, 2011, p. 32 – 46.

3 Nesse sentido: “A expressão *complex adaptive systems*, cunhada nas últimas décadas, é utilizada para designar aqueles sistemas formados por elementos que se transformam no tempo como resultado de sua adaptação a estímulos do ambiente ou do próprio sistema. Esses elementos, por essa especial característica, são denominados ‘agentes’. Como um sistema pode ser formado por outros sistemas, muito desses agentes são, eles mesmos, sistemas ou padrões emergentes.” (FOLLONI, André. **Introdução à teoria da complexidade**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 64).

4 Define-se arranjo institucional como “[...] as regras do jogo em uma sociedade ou, em definição mais formal, as restrições concebidas pelo homem que moldam a interação humana. Por consequência, [as instituições] estruturam incentivos no intercâmbio humano, sejam eles políticos, sociais ou econômico. A mudança institucional molda a maneira pela qual as sociedades evoluem no decorrer do tempo e por isso é a chave para a compreensão da mudança histórica.” (NORTH, Douglass C. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. Tradução de Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018, p. 13)

5 Nesse sentido, destacam-se os objetos tutelados pelo Direito Eleitoral: “Entre os bens jurídico-políticos resguardados pelo Direito Eleitoral, destacam-se a democracia, a legitimidade do acesso e do exercício do poder estatal, a representatividade do eleito, a sinceridade das eleições, a normalidade do pleito e a igualdade de oportunidades entre os concorrentes.” (GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral essencial**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 7).

sociedade contemporânea, suscitando os principais aspectos que dão contornos jurídicos ao tema, ou seja, apresentar-se-á a transição do fato social ao fato jurídico da *fake news*. Dessa maneira, em um primeiro momento, o artigo se valerá de uma pesquisa bibliográfica para apresentar as principais razões que estimulam a disseminação de uma *fake news*. Nesse contexto, apresentar-se-á, por um lado, (i) a existência de uma arquitetura virtual que propicia a disseminação de notícias fraudulentas (*echo chambers* e *filter bubbles*); e, por outro, (ii) um usuário predisposto cognitivamente a compartilhá-la (*motivated reasoning account of fake news*).

Em um segundo momento, imerso no sistema do Direito, o presente artigo irá apresentar as principais normas que fundamentam decisões judiciais que determinam a retirada desses conteúdos ofensivos, falsos e/ou fraudulentos, sobretudo no âmbito da Justiça Eleitoral, por meio de tutelas de urgência. Dentre essas normas, por exemplo, serão apresentadas aquelas inseridas no Código Penal, no Código de Defesa do Consumidor, no Código Eleitoral, no Marco Civil da Internet e, inclusive aquelas inseridas em resoluções normativas do Tribunal Superior Eleitoral destinadas a manter a higidez das propagandas políticas na *internet*.

Diante da clareza de fins e propósitos, o artigo irá suscitar indícios que sustentam a incapacidade do modelo que “reserva à jurisdição” a prerrogativa exclusiva de combater a disseminação do conteúdo. Nesse contexto, por exemplo, o estudo se vale de pesquisas que sustentam o impacto pernicioso das *fake news*, na condução política-eleitoral, nas últimas eleições no Brasil, o que corroboram para confirmar a hipótese inicial da pesquisa (a incapacidade do modelo que “reserva à jurisdição” o controle desse fenômeno).

Ao fim, no último capítulo, busca-se defender que o meio mais efetivo ao combate da *fake news* rompe as fronteiras dos limites jurisdicionais de controle sobre o fenômeno. No mundo virtual, a regulação da arquitetura de controle nas grandes mídias sociais, seja direta seja indiretamente, revela-se preponderante na eficiência do controle desse fenômeno social. Dessa maneira, o artigo apresentará, ainda que tangencialmente, iniciativas que introduzem nos códigos dessas plataformas sociais métodos para se combater o fenômeno da desinformação (consequência da *fake news*), ao mesmo tempo em que se observa a garantia do núcleo essencial do direito à informação e à livre-expressão.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 DO FATO, DO FALSO E DO FAKE: A DEMOCRACIA EM RISCO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A criação e a disseminação intencional de história fraudulentas^{6,7,8}, ainda que grosseiramente distorcidas, não é um fenômeno recente. Não obstante, diante da i) popularização do acesso à *internet*, diante dos avanços nas ii) configurações sociais e nas técnicas da comunicação *online*, proporcionados pelo *cyberspace*⁹ e, ainda, diante das iii) predisposições cognitivas do ser humano na análise de uma *fake news*, engendrou-se uma arquitetura tecnológica propícia à divulgação e à propagação de notícias que são criadas de forma fraudulenta¹⁰.

6 Segundo *Cambridge Dictionary*, *fake news* são “falsas histórias que aparentam ser notícias, divulgadas na internet ou em outras mídias, usualmente criadas para influenciar politicamente ou como uma piada”. Disponível em <<https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/fake-news>>. Acesso em 23 out. 2018. Tradução livre.

7 Não se olvide em ressaltar, nesse contexto, classificações metodológicas sobre o termo as quais julgamos ser mais precisas. Nesse sentido, destacamos relatório produzido pela Claire Wardle e Hossein Derakshan, para o Conselho da Europa, no qual prefere-se a adoção do termo *desordens informacionais* ao termo *fake news*, passando aquele conceito a incluir (i) *mis-information* (informações fraudulentas com a intenção de provar algum tipo de dano), (ii) *dis-information* (informação falsa sem intenção de provocar dano) e, por fim, a (iii) *mal-information* (informação, em geral, privada divulgada publicamente para provocar dano). Adotamos, no entanto, o termo *fake news* pela popularização desse termo no debate público brasileiro, visando ao maior alcance possível do texto. (WARDLE, Clair; DERAKSHAN, Hossein. **Information disorder: toward an interdisciplinary framework for research and policy-making**. Strasbourg: Council of Europe, 27 set. 2017. Disponível em: <https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-research/168076277c>. Acesso em: 14 jun. 2019, p. 5-6).

8 Ainda no que tange à precisão metodológica do termo adequado a esse fenômeno de desinformação, recomenda-se a leitura da primeira parte da obra dos estudiosos Alexandre Veronese e Gabriel Fonseca, sobretudo o segundo capítulo da obra “2.Desinformação: buscando uma definição mais precisa”. V. VERONESE, Alexandre; FONSECA, Gabriel. **Desinformação, ‘fake news e mercado único digital: a potencial convergência das políticas públicas da União Europeia com os Estados Unidos para melhoria dos conteúdos comunicacionais**. Cadernos Adenauer, v. XIX, n. 4, 2019.

9 Destaca-se, nesse sentido, a diferença apresentada pelo professor da Harvard Law School, Lawrence Lessig, na qual procura diferenciar a *internet* e o *cyberspace* pela experiência proporcionada a partir de ambos: “**Everyone who is reading this book has used the Internet. Some have been in ‘cyberspace.’** The Internet is that medium through which your e-mail is delivered and web pages get published. It’s what you use to order books on Amazon or to check the times for local movies at Fandango. Google is on the Internet, as are Microsoft ‘help pages.’ But ‘cyberspace’ is something more. Though built on top of the Internet, cyberspace is a richer experience. Cyberspace is something you get pulled ‘into’, perhaps by the intimacy of instant message chat or the intricacy of ‘massively multiplayer online games’ (“MMOGs” for short, or if the game is a role-playing game, then ‘MMORPGs’). **Some in cyberspace believe they’re in a community; some confuse their lives with their cyberspace existence.** Of course, no sharp line divides cyberspace from the Internet. But there is an important difference in experience between the two. Those who see the Internet simply as a kind of Yellow-Pages-on-steroids won’t recognize what citizens of cyberspace speak of. For them, ‘cyberspace’ is simply obscure.” (LESSIG, L. **Code: version 2.0**. 2006, New York: Basic Books, p. 83)

10 Além da arquitetura tecnológica que concorre à criação de *echo chambers* e *filter bubbles*, que incentivam à disseminação de notícias fraudulentas por humanas, destaca-se o mercado de robôs (*bots*) que compõe uma indústria de disseminação de notícias fraudulentas.

Dessa maneira, esse fenômeno, que desafia a tutela de bens jurídicos essenciais aos valores democráticos, nos direciona a um debate que não se circunscreve às notícias falsas *per se*. O problema não está nas notícias falsas: prova disso é que o próprio Supremo Tribunal Federal, em sede da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, declarou a inconstitucionalidade formal e material da Lei 5250/1967 que, dentre outras disposições, criminalizava a publicação e a divulgação de notícias falsas e fatos verdadeiros “truncados” ou deturpados¹¹.

O problema está nas notícias fraudulentas, inseridas nesse novo sistema de comunicação, que se alicerçam no recrudescimento do consumo de informações em plataformas digitais e que se propagam através de um processo agudo de desinformação do receptor dessas informações. Portanto, mais do que um fato, a *fake news* é um fenômeno, devidamente inserido em uma nova forma de comunicação.

Esse novo sistema de comunicação se revela a partir de uma correlação direta entre a tutela do direito à informação¹², que passa a ser vista como essencial ao desenvolvimento humano, e a popularização do acesso à *internet*, ao longo da década de 1990. Neste período, ainda, destaca-se a criação dos *supercookies*, pela empresa *DoubleClick*, que revolucionará, paulatinamente, a interação entre os usuários e as plataformas *onlines*.

As configurações técnicas da comunicação *online*, consubstanciadas nos algoritmos das grandes mídias sociais, e intensificadas pelo desenvolvimento da inteligência artificial, transforma esse sistema comunicativo e, por conseguinte, dão novos contornos e obstáculos à democracia ocidental contemporânea. Nos detemos a análise do mais grave deles, que se relaciona, mediatamente, com o recrudescimento da *fake news*: a fragmentação das mídias sociais e a criação de fenômenos de *echo chambers* e *filter bubbles*.

O avanço das tecnologias no processo de personalização do conteúdo virtual, seja a partir

11 Art. 16, Lei 5250/1967: **Publicar ou divulgar notícias falsas ou fatos verdadeiros truncados ou deturpados, que provoquem:** I - perturbação da ordem pública ou alarma social; II - desconfiança no sistema bancário ou abalo de crédito de instituição financeira ou de qualquer empresa, pessoa física ou jurídica; III - prejuízo ao crédito da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município; IV - sensível perturbação na cotação das mercadorias e dos títulos imobiliários no mercado financeiro. Pena: De 1 (um) a 6 (seis) meses de detenção, quando se tratar do autor do escrito ou transmissão incriminada, e multa de 5 (cinco) a 10 (dez) salários-mínimos da região. Parágrafo único. Nos casos dos incisos I e II, se o crime é culposos: Pena: Detenção, de 1 (um) a (três) meses, ou multa de 1 (um) a 10 (dez) salários-mínimos da região.

12 Destaca-se, no ordenamento internacional, o art. XIX da Declaração Universal de Direitos Humanos, o art. 197 do Pacto Internacional de Direito Cívico e Político e, ainda, o art. 138 do Pacto de San José da Costa Rica. Internamente, destaca-se o art. 5º, inc. XIV, na Constituição Federal de 1988.

dos dados coletados e monitorados da atividade do usuário na rede seja a partir da aproximação de usuários que apresentam atividades compartilhadas em comum, proporciona fenômenos virtuais como as “câmaras de eco” (*echo chambers*) e as “bolhas de filtro” (*filter bubbles*)^{13,14}. Desse modo, não há como entender o recrudescimento da *fake news* na sociedade contemporânea sem uma incursão prévia desses fenômenos que, como visto, decorrem da i) popularização do acesso à internet e ii) dos avanços nas configurações técnicas e sociais das comunicações virtuais.

A democracia não se dá em monólogos. A cidadania, exercida numa democracia constitucional, é dialógica, discursiva e inclusiva: ela é exercida no diálogo com o outro; no debate com o outro; e na inclusão do outro¹⁵. Dessa forma, não há democracia no consenso, nas bolhas virtuais, e nas notícias que seletivamente são filtradas antes de aparecer nas nossas redes sociais. A democracia se revela dialogicamente, com respeito ao constitucionalismo e diante da verdade. As *fake news*, enquanto premissas eleitorais antiéticas elevadas a um plano informático, corroem os valores democráticos¹⁶, mormente por induzir em erro o cidadão.

Além dessa arquitetura virtual de controle, há outra característica essencial ao recrudescimento

13 DA SILVA, Evandro Rabello. *Fake News, algoritmos e democracia: o papel do direito na defesa da sociedade aberta*. 2018. 74 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, p. 3-5.

14 Nesse sentido, recentemente, destaca-se o anúncio de mudança de algoritmo da rede social do *Facebook*, feito pelo Mark Zuckerberg, em sua própria rede social, no qual indica que haverá a implementação de um algoritmo destinado a dar maior relevância às interações entre postagens de amigos na rede, em detrimento de postagens realizadas por páginas públicas, como jornais, por exemplo. Isso intensifica os fenômenos suscitados. Ressaltamos o seguinte trecho do referido anúncio: “As we roll this out, you’ll see less public content like posts from businesses, brands, and media. And the public content you see more will be held to the same standard -- it should encourage meaningful interactions between people.” Disponível em <https://www.facebook.com/zuck/posts/10104413015393571>. Acesso em 24 out. 2018.

15 Nesse sentido, destacamos a concepção de democracia *habermasiana*, abordada pelo professor Juliano Benvindo Zaiden, em texto no qual desmitifica a “última palavra” do Supremo Tribunal Federal (STF). V. BENVINDO, Juliano Zaiden. A ‘Última Palavra’, o Poder e a História: O Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 201, p. 71-95, 2014.

16 Nesse sentido, destacamos trecho do prefácio da obra *#Republic*, do professor Cass R. Sustein, no qual ele sustenta que: “**Em uma democracia funcional, as pessoas não vivem em echo chambers ou information cocoons. Elas escutam e veem diversos espectros de ideias e assuntos. Elas fazem isso mesmo quando não querem ou não escolhem ver ou ouvir esses assuntos anteriormente.** Essa premissa, em democracias funcionais, levanta uma série de questões sobre o comportamento *online* e os e surpreendente crescimento do poder de escolha para entrar e sair de cena. [...] O instituto da livre manifestação deve ser muito mais do que evitar a censura; ele deve garantir que as pessoas estejam expostas a diferentes perspectivas. A ideia de liberdade de expressão tem um lado afirmado, ao impor restrições sobre o que o governo pode fazer. Não obstante, ela também requer uma cultura que exige abertura, curiosidade de humildade. Os membros de uma democracia não as terão se não puderem apreciar as opiniões de outros cidadãos, se acreditarem em notícias fraudulentas ou, ainda, se tratarem o próximo como um inimigo ou adversário de guerra. [...]” (SUSTEIN, Cass R., *#Republic: divided democracy in the age of social media*. Princeton: Princeton University Press, 2017, p. 6, 7; 13-17). Ainda nesse sentido, o autor traça uma distinção entre uma *architecture of control* e uma *architecture of serendipity*, diferenciando ambientes com forte homogeneidade e controle sobre o que se quer ver e escutar e, de outro lado, ambientes caracterizados pela heterogeneidade e pelo “acaso” sobre o que se pode ver, escutar e vivenciar.

da *fake news*: sim, nós, os seres humanos, seres pensantes (nem sempre racionais). Nesse sentido, a neurociência nos ajuda a identificar possíveis razões sobre o porquê os seres humanos propagam notícias fraudulentas. E nesse contexto, há duas correntes principais que buscam explicar o raciocínio: o i) *classical reasoning account of fake news* e ii) *motivated reasoning account of fake news*¹⁷.

O raciocínio clássico diante das notícias fraudulentas defende que o pensamento analítico será o responsável por distinguir notícias fraudulentas e verdadeiras, independentemente se este pensamento é dirigido, consciente ou inconscientemente, por uma determinada ideologia política partidária. Por outro lado, o raciocínio motivado, que é a corrente majoritariamente compartilhada nestes estudos cognitivos, irá indicar que a crença política em *fake news* é dirigida pelo partidarismo¹⁸.

Adotamos esta última corrente para explicar o recrudescimento da *fake news* no Brasil, sobretudo diante da recente reforma eleitoral, que, dentre mudanças mais importantes, i) proibiu a doação eleitoral por pessoa jurídica¹⁹ e ii) estabeleceu um limite de gastos por cargo eletivo²⁰. Nesse sentido, essa nova realidade financeira direciona o principal gasto das campanhas eleitorais (que é o *marketing* eleitoral) às plataformas das mídias sociais, por ser uma forma mais barata e efetiva de se atingir o eleitorado, que estará, como já suscitado, cada vez mais conectado à *internet* e às mídias sociais.

Essa corrente estará amparada em diversos estudos empíricos²¹ que demonstram que a identidade partidária parece distorcer julgamentos, mesmo quando estes se contradizem diante dos fatos. Para demonstrar a razão pela qual as pessoas são propícias a divulgarem *fake news*, esta corrente se vale da teoria da identidade social, a partir do qual o indivíduo passa a se identificar e se definir a partir das características compartilhadas por determinado grupo social, como um partido político, por

17 Nesse sentido, destacamos a explicação teórica de ambas as correntes na obra de Gordon Pennycook e David G. Rand. V. PENNYCOOK, Gordon; RAND, David G. **Lazy, not biased: susceptibility to partisan fake news is better explained by lack of reasoning than by motivated reasoning**. Disponível em: 10.1016/j.cognition.2018.06.011. Acesso em 25 out. 2018. Como se percebe no título do artigo, à luz das pesquisas empíricas realizadas pelos pesquisadores, em estudos com mais de 3446 participantes, estes são adeptos da *classical reasoning account of fake news*.

18 Como representante desta corrente, compartilhada por este autor, destacamos o estudo empírico de Jay Vael e Andrea Pereira. V. BAVEL, Jay J. Van; PEREIRA, Andrea. **The partisan brain: An Identity-based model of political Fake News belief**. Trends in Cognitive Sciences, p. 213-224, 2018.

19 Mudança introduzida pela Lei nº 13.165/2015, que ratificou a decisão do Supremo Tribunal Federal, quando da análise da ADI nº 4650.

20 A Lei nº 12.488/2017 introduziu o limite de gastos de campanha eleitoral em valores absolutos por cargo eletivo para as eleições de 2018.

21 BAVEL, Jay J. Van; PEREIRA, Andrea. Op. cit., p. 214, 215. Cf. notas de rodapé 23 e 24.

exemplo.²²

Dessa maneira, a realidade sempre seria interpretada a partir de uma perspectiva socialmente compartilhada por um grupo, criando-se o que é chamado de *naïve realism*. Há evidências que a identidade partidária, por exemplo, i) altera julgamentos políticos e comportamentais, ii) influencia o pensamento político individual (sobre figuras políticas, fatos políticos, políticas públicas, questões científicas, questões sociais e até paradigmas científicos)²³. Há, ainda, estudos consistentes que indicam que a identidade partidária iii) afeta a memória, iv) altera nossas percepções visuais e v) moldam nossas percepções acerca do mundo²⁴.

Isto posto, defende-se que o recrudescimento deste fenômeno, no Brasil, se alicerça nestas razões acima delineadas. Portanto, de um lado, verifica-se que, i) cognitivamente, o ser humano parece predisposto a compartilhar uma *fake news*, mormente quando esta é criada ou compartilhada por um membro com o qual ele se identifica ou se relaciona socialmente, vez que assim passa a ser uma “notícia” que incorpora valores e crenças as quais defende e que o afasta de dissonâncias cognitivas. Por outro lado, ii) a fragmentação das mídias sociais gera fenômenos como as “câmaras de eco” (*echo chambers*) e as “bolhas de filtro” (*filter bubbles*), que também concorrem à criação de um realismo ingênuo (*naïve realism*), e intensificam a propagação de *fake news* entre determinados grupos sociais.

Por fim, já como transição a uma análise da *fake news* enquanto um fenômeno jurídico, ressalta-se que este artigo defende uma posição de ancoragem do Direito em relação ao mundo digital²⁵. Dessa forma, na análise crítica do controle judicial acerca do tema, partir-se-á do paradigma de ancoragem, que credita ao Direito um ponto fixo, que ancora a experiência digital, na sua fluidez e dinamicidade, garantindo-se valores fundamentais conquistados, historicamente, pela sociedade.

22 BAVEL, Jay J. Van; PEREIRA, Andrea. Op. cit., p. 214, 215.

23 BAVEL, Jay J. Van; PEREIRA, Andrea. Op. cit., p. 219.

24 BAVEL, Jay J. Van; PEREIRA, Andrea. Op. cit., p. 217, 218.

25 LORENZETTI, R., **Comércio Eletrônico**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, tradução de Fabiano Menke, 2004. Nesta obra, Ricardo Lorenzetti distingue duas posturas do direito frente ao mundo virtual, qual seja a postura ontológica e a postura instrumental. Nesta, no entanto, defende uma terceira postura, que a denomina como o paradigma da ancoragem.

2.2. DO FATO JURÍDICO FAKE NEWS: FORMAS DE CONTROLE JUDICIAL

A partir do momento em que o abuso da liberdade de expressão afeta algum bem jurídico tutelado pelo Direito, a *fake news* torna-se um ato ilícito. Desse modo, divulgar um boato ou alguma inverdade não se configura, por si só, um ato ilícito^{26,27,28}; não obstante, haverá punição a partir do momento em que se atinge um sujeito passivo imediato e se fere o objeto jurídico tutelado pela norma jurídica.

Destarte, a *fake news* será compelida, enquanto crime, a partir do momento em que ferir a honra subjetiva ou objetiva de alguém, podendo tipificar os delitos de calúnia²⁹, difamação³⁰ ou injúria³¹, ou, tipificar o crime de falsa identidade³². Além disso, veda-se a publicidade enganosa, nos termos do ilícito do art. 37 §1º, do Código de Defesa do Consumidor³³, tipificando-se este crime nos termos do art. 67 do mesmo diploma consumerista³⁴.

Adentrando-se ao subsistema eleitoral, ao qual se dará ênfase ao longo da análise do controle

26 Em que pese exista diversos projetos legislativos que visam à tipificação criminal da conduta. Nesse sentido, destacamos o Projeto de Lei nº 6.812/2017, que dispõe, em seu artigo 1º, que “constitui crime divulgar ou compartilhar, por qualquer meio, na rede mundial de computadores, informação falsa ou prejudicadamente incompleta em detrimento de pessoa física ou jurídica”, prevendo detenção de 2 a 8 meses e pagamento de multa como sanções.

27 E nem deveria sê-lo. Em que pese haja diversos projeto de lei que buscam tipifica-lo, *per si*, divulgar ou compartilhar uma *fake news* revela traço cognitivo indissociável do ser humano. Combatê-la se revela uma tarefa que nem sempre será realizada da forma mais eficiente por um regramento jurídico formal. No meio digital, *code is law*. ou seja, códigos também atuam na regulação do comportamento, por meio das arquiteturas criadas. Nesse sentido, Lessig sugere que a regulação da conduta humana, no mundo virtual, dar-se-ia pela soma de quatro arranjos institucionais, quais sejam i) o direito, ii) as normas sociais, iii) o mercado e, por fim, iv) a arquitetura. Nesse sentido, destacamos: LESSIG, L. **Code: version 2.0**. New York: Basic Book, 2006. Dessa forma, sobretudo diante dos diversos diplomas jurídicos que buscam combater a *fake news*, eventuais disposições normativas formais (direito) devem evitar responsabilizações simbólicas, que nada acrescentem à situação jurídica já existente, sob pena de apenas incorrerem no risco de ferir o princípio *prima facie* da liberdade de expressão.

28 Ainda nesse sentido, ressalta-se novamente o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da ADPF 130, no qual se entendeu pela não recepção da Lei 5250/1967.

29 Art. 138, Código Penal: “Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime [...]”.

30 Art. 139, Código Penal: “Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação [...]”.

31 Art. 140, Código Penal: “Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro [...]”.

32 Art. 307, Código Penal: “Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem [...]”.

33 Art. 37, §1º, Código de Defesa do Consumidor: “É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. [...] § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. [...]”

34 Art. 67, Código de Defesa do Consumidor: “Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena Detenção de três meses a um ano e multa.”

judicial, mormente devido ao último pleito eleitoral, percebe-se que a higidez das eleições, no que tange às *fake news*, passaram a ser tuteladas à luz de dois diplomas jurídicos. O primeiro deles se refere às disposições contidas no Código Eleitoral, sobretudo as disposições constantes no art. 323, o qual prevê a detenção de dois meses a um ano, além da cominação de multa, às propagandas oficiais dos candidatos que divulgarem fatos sabidamente inverídicos³⁵.

Além disso, destaca-se que o direito eleitoral possui disposições especiais que tipificam, como crime eleitoral, os crimes de calúnia³⁶, injúria³⁷ e difamação³⁸, aos quais, invariavelmente, poderão incorrer as notícias fraudulentas criadas no âmbito das propagandas oficiais dos candidatos. Ressalta-se que o legislador, ainda hodiernamente, está com as atenções voltadas ao tema, editando a recente Lei nº 13.834/2019, que passou a tipificar o crime de denunciação caluniosa com a finalidade eleitoral (art. 326-A, do Código Eleitoral³⁹). Destaca-se, inclusive, que o Congresso derrubou o veto do Presidente da República quanto ao crime eleitoral de denunciação caluniosa equiparada (art. 326-A, §3º, do Código Eleitoral), que passou também a punir àqueles que, cientes da inocência do acusado e com finalidade eleitoral, divulgam ou propalam o ato ou fato que foi atribuído falsamente ao denunciado⁴⁰. Enquanto crime eleitoral, o controle judicial será submetido à competência da justiça eleitoral; do contrário, a competência será da justiça comum federal.

Não obstante, não resta dúvida de que o maior risco da higidez do sistema eleitoral, diante do risco das notícias fraudulentas, parece decorrer das mídias digitais. Dessa maneira, a atuação da justiça brasileira, seja na justiça especializada eleitoral seja na justiça comum, também se respalda em um

35 Art. 323, Código Eleitoral: “Divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado: Pena - detenção de dois meses a um ano, ou pagamento de 120 a 150 dias-multa. Parágrafo único. A pena é agravada se o crime é cometido pela imprensa, rádio ou televisão.”

36 Art. 324, Código Eleitoral: “Caluniar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando fins de propaganda, imputando-lhe falsamente fato definido como crime [...]”.

37 Art. 325, Código Eleitoral: “Difamar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando a fins de propaganda, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação [...]”.

38 Art. 326, Código Eleitoral: “Injuriar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando a fins de propaganda, ofendendo-lhe a dignidade ou o decôro [...]”

39 Art. 326-A, Código Eleitoral: “Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa. § 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve do anonimato ou de nome suposto. § 2º A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção. § 3º Incorrerá nas mesmas penas deste artigo quem, comprovadamente ciente da inocência do denunciado e com finalidade eleitoral, divulga ou propala, por qualquer meio ou forma, o ato ou fato que lhe foi falsamente atribuído.”

40 Nesse sentido, destaca-se o Veto nº 17/2019, rejeitado pelo Congresso Nacional em Sessão de 28/08/2019. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/12347>. Acesso em 20 out. 2019.

segundo diploma jurídico, qual seja as disposições do Marco Civil da *Internet* (Lei nº 12.965/2014). Esse controle jurisdicional se dá, sobretudo, a partir dos arts. 18⁴¹ e 19⁴² deste diploma, que determinam a retirada de conteúdo das grandes mídias sociais e de outros veículos de comunicação digital, imputando uma responsabilidade por danos decorrentes desse material ao provedor de aplicações de *internet* e ao provedor de conexão à *internet*. Deve-se ressaltar, nesse contexto, que em regra a responsabilidade desses provedores é subjetiva, respondendo pelos eventuais danos a terceiros apenas quando restarem omissas após a notificação judicial (tutela inibitória) para retirada do material reputado como ilegal (art. 19, §1º, Lei nº 12.965/2014)^{43,44}.

Em que pese se trate de um entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça (cf. nota de rodapé 43), não se olvide em ressaltar que há pendente um debate constitucional no Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do art. 19, da Lei nº 12.965/2014, nos autos do RE nº 1037396, no Tema de Repercussão Geral 987, pautado para julgamento na sessão do dia 04/12/2019 da E. Suprema Corte. Em breve síntese, o recorrente (Facebook Brasil) se insurge contra acórdão prolatado pela Segunda Turma Recursal Cível do Colégio Recursal de Piracicaba/SP, que consignou, em síntese, que não se deveria condicionar a retirada do perfil falso à propositura de ação judicial do ofendido (equiparável, no julgamento, à figura jurídica do consumidor), o que atrairia o dever de fiscalização e a eventual responsabilidade civil objetiva (art. 17, do CDC) dessas plataformas sociais pelo conteúdo nelas veiculado. Trata-se, por conseguinte, de uma declaração de inconstitucionalidade incidental do art. 19, da Lei nº 12.965/2014, a partir do qual se questionou a opção do legislador pelo

41 Art. 18, Marco Civil da *Internet*: “O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.”

42 Art. 19, Marco Civil da *Internet*: “Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.”

43 Esse entendimento encontra consonância na jurisprudência do STJ e harmonia com a Lei nº 12.965/2014: REsp 1641133/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 01/08/2017; e REsp 1342640/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 14/02/2017.

44 Nesse sentido também caminha a doutrina majoritária sobre o assunto: “Assim, caso não cumpra determinada ordem judicial (tutela inibitória) fixada pelo Poder Judiciário, será solidariamente responsável com àquele terceiro que criou e divulgou na Internet a notícia falsa, bem como com toda e qualquer pessoa que compartilhou tal informação. Pelo art. 500 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), verifica-se que o fato de ter sido fixada multa judicial (astreinte), como forma de inibir o dano praticado, não impede que a parte, que sofreu prejuízo morais e materiais decorrentes da propagação da fake News, possa buscar a reparação de tais danos (tutela ressarcitória).” (PEREIRA, Rafael Caselli. **A Epidemia na Propagação das Fake News e a Responsabilidade Civil dos Terceiros, de quem compartilha e dos Provedores de Informação, sob a Perspectiva da Tutela Inibitória e de Ressarcimento**. Revista de Processo. vol. 296, 2019, p. 268, 269)

modelo de “reserva de jurisdição”, no controle das notícias fraudulentas e/ou ofensivas, *vis a vis* os direitos dos consumidores previstos constitucionalmente e no Código de Defesa do Consumidor.

O que se observar nas disposições do Marco Civil da Internet, entretanto, é que este não dispõe expressamente de previsões para combater à disseminação de *fake news*. O estatuto não dispõe especificamente sobre o uso das redes sociais, abordando de forma bastante genérica a remoção de conteúdos (cf. notas de rodapé 41 e 42). O legislador parece ter privilegiado a “reserva de jurisdição” como modelo de controle desse conteúdo (interpretação constitucional do art. 19, conforme RG nº 987, que está sob o escrutínio da Corte Constitucional), concedendo um amplo espectro de “livre convencimento motivado” (discricionariedade judicial) ao magistrado na compatibilização dos princípios constitucionais em ordens judiciais que determinam a remoção desses conteúdos⁴⁵.

Nesse contexto de ausência de especificidade normativa, o próprio Tribunal Superior Eleitoral dispôs da Resolução nº 23.551/2017, que dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas eleições. Essa resolução, por exemplo, ao regular a propaganda eleitoral na *internet*, constituiu anteparo jurídico para que o Tribunal limitasse constitucionalmente a liberdade de expressão, determinando a retirada de conteúdos que ofendem à honra de terceiros ou que propaguem fatos sabidamente inverídicos⁴⁶.

Além das referidas regras envolvidas, passa a se desenvolver também, em síntese, os princípios envolvidos nesse debate, de forma a tentar se exaurir as normas jurídicas que tangenciam o tema. Nesse sentido, destacam-se dois princípios: i) a liberdade de expressão e informação e ii) a dignidade da pessoa humana.

45 Nesse mesmo sentido, ressalta-se as considerações no Min. Ricardo Villas Bôas Cueva: “Seja como for, é importante destacar, para o propósito deste artigo, que a Lei 12.965/2014 (LGL\2014\3339) disciplina o uso da internet no Brasil de modo genérico e não contempla especificamente as redes sociais. A remoção de conteúdos ilícitos é tratada de modo abrangente, sem uma definição expressa do que seja conteúdo infringente e sem a imposição de prazos para sua remoção. O legislador parece ter se fiado em amplíssima discricionariedade judicial para assegurar a observância dos princípios e garantias associados ao uso da internet, entre eles, a garantia das liberdades de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal (LGL\1988\3).” (CUEVA, R.V.B.. **Alternativas para a remoção de fake news das redes sociais**. Revista de Direito e as Novas Tecnologias. vol. 1, 2018, p. 3-4).

46 Art. 22, Resolução nº 23.551/2017, do Tribunal Superior Eleitoral: “É permitida a propaganda eleitoral na internet a partir do dia 16 de agosto do ano da eleição. § 1º A livre manifestação do pensamento do eleitor identificado ou identificável na internet somente é passível de limitação quando ocorrer ofensa à honra de terceiros ou divulgação de fatos sabidamente inverídicos. § 2º O disposto no § 1º se aplica, inclusive, às manifestações ocorridas antes da data prevista no caput, ainda que delas conste mensagem de apoio ou crítica a partido político ou a candidato, próprias do debate político e democrático.”. Ao dar anteparo jurídico específico para a retirada de conteúdo, verifica-se, por exemplo, a primeira decisão que o TSE aplicou a disposição do art. 22 desta resolução, devidamente ressalvada na nota de rodapé 50 deste trabalho.

Nesse sentido, à luz do impacto pernicioso das *fake news* em relação aos valores democráticos, verifica-se que o combate às notícias fraudulentas se insere em uma atuação estatal, seja por meio da regulação seja por meio do controle judicial, que busca garantir um direito negativo ao cidadão, qual seja a liberdade de expressão e informação⁴⁷. Isto porque a liberdade de expressão se funda em teorias que a indicam como i) uma manifestação da autonomia individual; ii) como um instrumento para a busca da verdade e, por fim, como iii) realização da democracia⁴⁸: destarte, diante de todas essas teorias, a liberdade de expressão, devidamente regulamentada e controlada judicialmente, será fundamental à democracia e será incompatível com a criação ou divulgação de *fake news*⁴⁹.

Do outro lado, o combate a esse fenômeno também se insere em uma discussão que perpassa a dignidade da pessoa humana, sobretudo no que tange ao seu valor comunitário e ao seu valor ético⁵⁰. Isto porque, como ressaltado anteriormente, as escolhas políticas dos indivíduos, à luz de um raciocínio motivado diante de *fake news*, pode se dar diante de um *naïve realism*, que altera as percepções cognitivas dos indivíduos, afetando a memória, as percepções visuais e, também, as percepções acerca dos fenômenos sociais e políticos no mundo⁵¹.

47 Nesse sentido, destacamos: “A liberdade de expressão e informação não foge à regra e, assim como os demais “direitos negativos”, depende da intervenção estatal para sua garantia e conformação”. V. SANKIEVICZ, Alexandre. Op. cit., p. 53.

48 SANKIEVICZ, Alexandre. Op. cit., p. 22 - 40.

49 Nesse mesmo sentido, ressaltamos as considerações do Min. Luiz Fux, na abertura do “Seminário Internacional Brasil – União Europeia: *Fake News*”, devidamente registradas na Revista Magistratus: “Fake news viraliza, massifica e destrói uma candidatura, além de atentar contra a democracia. Porque, na verdade, são notícias sabidamente inverídicas, dolosamente veiculadas e que influenciam o voto do eleitor. [...] Não há que se falar em violação da liberdade de expressão e controle de conteúdo, porque o Tribunal Superior Eleitoral, diuturnamente, nas suas sessões jurisdicionais, controla a propaganda negativa e impõe as sanções eleitorais corretivas.” (FUX, Luiz. **Fake news: um novo desafio para a democracia**. Revista Magistratus, Rio de Janeiro, n. 5, set. 2018. Disponível em: www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/magistratus/numero5/versaodigital/30/index.html. Acesso em 29 out. 2019).

50 Roberto Barroso, ao tentar definir um conteúdo mínimo ao princípio da dignidade da pessoa humana, divide esse princípio em três elementos essenciais: i) elemento ontológico da dignidade da pessoa humana, indicando, numa concepção kantiana, um valor intrínseco ao ser humano; ii) elemento da autonomia da vontade, que se refere a um elemento ético da dignidade humana, associado a autodeterminação dos indivíduos quanto às suas escolhas individuais; e, por fim, iii) o elemento social comunitário da dignidade humana, qual seja uma identificação de valores entre o indivíduo e o grupo social ao qual se insere, que impõe restrições à autonomia da vontade. Nesse sentido, destacamos: BARROSO, Luís Barroso. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em 20 out. 2018.

51 No mesmo sentido da fundamentação delineada neste artigo, o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva também correlaciona, por um lado, as *fake news* com os impactos no sistema democrático eleitoral e, por outro, o potencial destrutivo dessas notícias nos indivíduos e cidadãos políticos (o que se cunha no presente artigo como um aspecto do valor ético e comunitário da dignidade humana): “Além disso, as notícias falsas (*fake news*) têm o potencial de criar uma crise nos sistemas eleitorais, ao estimular grande volatilidade dos eleitorados, que se deixam guiar mais por emoções do que pela racionalidade, a qual, como se sabe, é o pressuposto da democracia. [...] De outro ângulo, as *fake news* e seu potencial

Dessa forma, tutelar a liberdade de expressão, garantindo-se a higidez das informações que são colocadas à percepção do indivíduo, mostra-se fundamental para proteger o indivíduo, inclusive contra atos autorreferentes, colocando-o diante de possíveis dissonâncias cognitivas e diante de deliberações dialéticas fundadas em fatos verdadeiros. Tutela-se, portanto, concomitantemente, a higidez da autonomia da vontade e a proteção do indivíduo contra possíveis escolhas equivocadas, que podem o prejudicar (atos autorreferentes) ou não representar sua legítima vontade.

Uma vez sintetizadas as principais normas que buscam, direta ou indiretamente, combater as *fake news* e/ou regulamentar a liberdade de manifestação, verifica-se que o Judiciário costuma ser provocado a partir de medidas de urgência, mormente por tutelas cautelares e por tutelas antecipadas⁵². Diante da dinâmica eleitoral e do curto prazo de campanha, tornou-se praxe o pedido de tutelas de urgências, que antecipa eventual determinação de retirada desse conteúdo aos provedores das conexões ou aos provedores de aplicações, sob pena de responsabilidade nos termos dos artigos do Marco Civil da *Internet* acima suscitados⁵³.

Ressalta-se, ainda, a preocupação do Tribunal Superior Eleitoral, o Tribunal da Democracia, com tais práticas, possibilitando a denúncia de *fake news* inclusive por meio extrajudiciais, quais sejam a i) ouvidoria do TSE e, ainda, o ii) sistema pardal. O Tribunal, ao buscar a lisura do pleito eleitoral em 2018, instituiu, por meio da Portaria nº 949/2017, o Conselho Consultivo sobre *Internet* e Eleições, que continham 11 (onze) integrantes, incluindo membros da justiça eleitoral, do governo federal, do Exército Brasileiro e membros da sociedade civil organizada. Dentre as atribuições deste conselho, destaca-se a pesquisa consultiva e aperfeiçoamento, em especial, da matéria relacionada ao risco das *fake news* e ao uso de robôs na disseminação de informações.

Em iniciativa semelhante e mais recente, observa-se também a criação do Programa de

destrutivo podem ser entendidas não apenas como reforço do viés cognitivo de seu público-alvo, mas também pela temporalidade acelerada da cognição, que instaura um presente contínuo, no qual os assuntos se substituem uns aos outros com enorme rapidez. Cria-se, com isso, um ambiente que solapa a reflexividade e dificulta o exercício do pensamento analítico, que permitiria distinguir o falso do verdadeiro.” (CUEVA, R.V.B.. Op. cit., p. 1-2).

52 Nesse sentido, destaca-se a Representação nº 0600546-70.2018.6.00.0000, na qual, pela primeira vez, o TSE deferiu liminar para que o Representado (*Facebook* Serviços Online do Brasil LTDA) retirasse 5 (cinco) *links* que ilustravam *fake news* contra a, até então, pré-candidata Marina Silva.

53 Destaca-se, também, em consulta de nº 0601018-71.2018.6.00.0000 realizada pelo Partido NOVO ao TSE (Tribunal Superior Eleitoral), a interpelação que este fazia defendendo a necessidade de se interpretar sistematicamente os arts. 35, incs. IV, V e XVII, 129 e 242, parágrafo único, do Código Eleitoral, para conferir competência para que os juízes eleitorais exercessem o poder de política administrativa e pudesse determinar, ainda que de ofício, a retirada de conteúdos falsos, injuriosos, caluniosos ou difamatórios das plataformas digitais ou de aplicativos de mensagens.

Enfrentamento à Desinformação com Foco nas Eleições 2020, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE)⁵⁴. O programa conta com a adesão de 40 instituições parceiras, dentre os quais partidos políticos, associações ligadas ao setor de telecomunicações, entidades públicas e grandes plataformas de mídia social e de serviço de mensagens (eg., Google, Facebook, Twitter e WhatsApp). O Programa intenta desenvolver e executar ações conjuntas capazes de monitorar e reduzir os efeitos da desinformação no processo eleitoral, possuindo três eixos temáticos: (i) “Alfabetização Midiática e Informacional”; (ii) “Contenção à Desinformação”; e (iii) “Identificação e Checagem de Desinformação”.

Não se olvide, ainda, em ressaltar o recrudescimento de sites e serviços que passam a combater as *fake news* e, por conseguinte, passam a checar as informações divulgadas pelos candidatos e por apoiadores/simpatizantes⁵⁵. Trata-se de importantes serviços prestado pela sociedade civil organizada, essencial para combater *fake news*, sobretudo diante da velocidade de transmissão de informações introduzidas pelo advento das mídias digitais.

Não obstante, a realidade parece se imperar. As preocupações da Justiça Eleitoral não parecem ter sido suficientes para impedir que a fabricação fraudulenta de notícias, bem como a divulgação em massa destas em redes de mensagem instantânea e plataformas sociais, indicando-se um possível potencial lesivo à lisura do pleito eleitoral presidencial nas eleições de 2018⁵⁶. Recente estudo, por exemplo, apontou que aproximadamente 42% das mensagens compartilhadas em grupos de apoio ao Presidente Bolsonaro eram *fake news*⁵⁷, que refletiam o discurso político-ideológico do então

54 Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/#>. Acesso em 29 out. 2019.

55 Nesse sentido, destacam-se: i) Aos Fatos (aosfatos.org), que se refere a uma agência que verifica vídeos, correntes e memes disseminados na *internet*; ii) e-farsas.com, criado em 2002 para desmentir boatos; iii) B.S Detector (bsdetectortech); e iv) Agência Lupa, criada em 2015, que busca verificar a veracidade de informações disseminadas nas mídias sociais e físicas.

56 Nesse sentido, destaca-se a matéria publicada pela Folha de São Paulo, assinada pela jornalista Patrícia Campos Mello, no qual noticiou que empresários, enquanto pessoas jurídicas, bancavam uma campanha de disparo instantâneo de *fake news*, pelo *WhatsApp*, contra o candidato dos Partidos dos Trabalhadores, desrespeitando-se diversas regras do Código Eleitoral (p.e, abuso do poder econômico e a vedação ao financiamento privado, por pessoa jurídica, das campanhas eleitorais). Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/empresarios-bancam-campanha-contra-o-pt-pelo-whatsapp.shtml>. Acesso em 20. out. 2018.

57 A pesquisa divulgada no dia 30/10/2019 pelo jornal The Guardian analisou uma amostra de 11.957 mensagens virais, compartilhadas em 296 grupos no *WhatsApp*. A pesquisa revelou uma assimetria entre as *fake news* que favoreciam o candidato Bolsonaro (aproximadamente 42% das mensagens) e as que favoreciam candidatos de esquerda (apenas 3% das mensagens). Nesse sentido: “In a sample of 11,957 viral messages shared across 296 group chats on the instant-messaging platform in the campaign period, approximately 42% of rightwing items contained information found to be false by factcheckers. [...] Much of the fake news shared on *WhatsApp* reflected the far-right values promoted by Bolsonaro’s team during the two-month campaign. Almost all the major rightwing fake news stories fell into four categories, the analysis reveals: Up to 48% of the rightwing items containing externally verified falsehoods mentioned a fictional plot to fraudulently manipulate the electronic ballot system, echoing conspiracy theories promoted by Bolsonaro’s team and casting suspicion on the democratic process. Another 19% of the messages promoted misleading information about a

candidato. Os resultados dessa pesquisa, portanto, parecem guardar consonância com a arquitetura que proporciona essa disseminação (*echo chambers* e *filter bubbles*), como se ressaltou no capítulo anterior.

O controle judicial, por uma limitação natural diante da hipervelocidade da difusão das informações fraudulentas, não consegue, ainda que por medidas de urgência, combater e retirar essas notícias fraudulentas antes que estas tenham viralizadas. Isto compromete, por conseguinte, a escolha política individual de milhares de cidadãos e arrefece a qualidade da deliberação coletiva. O Judiciário, em sua função típica, parece ser uma ferramenta pouco eficiente para se combater a fabricação e a disseminação de notícias fraudulentas. Há intervenções jurídicas e extrajurídicas mais eficientes nessa tarefa que, por limitações naturais do controle jurisdicional, extrapolam as fronteiras das funções típicas do Judiciário.

2.3. CONTROLE JURÍDICO PELA REGULAÇÃO DA ARQUITETURA

Há dois grandes modelos apontados pela doutrina para o controle da disseminação de *fake news*⁵⁸. O primeiro deles reserva à jurisdição a prerrogativa de determinar a remoção do conteúdo ilícito, à luz dos normativos (regras e princípios) acima aduzidos. Em que pese não se trate do cerne deste artigo, verifica-se que esse modelo está em franca construção jurisprudencial, conforme também abordado no capítulo anterior. Nesse sentido, por um lado, há pendência do debate sobre a constitucionalidade do art. 19, da Lei nº 12.965/14 (RG nº 987/STF), que condiciona a responsabilidade da plataforma ao descumprimento de prévia ordem judicial de exclusão do conteúdo falso ou ofensivo; por outro, também há a pendência do debate sobre o dever constitucional dessas plataformas de retirarem conteúdos ofensivos, sem intervenção judiciário, ante a ausência de qualquer regulamentação legal à época anterior da existência da Lei nº 12.965/14 (RG nº 553/STF).

Dessa maneira, esse modelo de “reserva de jurisdição”, sobretudo após a edição do Marco

stabbing attack against Bolsonaro in early September 2018. The stabbing, which forced the far-right leader to spend most of the remaining weeks of the campaign in hospital, was a turning point in the election. Sixteen per cent of right-leaning false content tried to dismiss the political system and mainstream media as corrupt, reflecting key elements of Bolsonaro’s anti-establishment rhetoric. A further 14% of the viral falsehoods targeted leftwing politicians and activists, often using homophobic tropes and anti-feminist slurs.” (AVELAR, Daniel. **WhatsApp fake news during Brazil election ‘favoured Bolsonaro’: Analysis suggests vast majority of viral messages with false information were rightwing**. The Guardian. 30/10/2019. Acesso em 30 out. 2019.

58 CUEVA, R.V.B.. Op. cit., p. 1-8.

Civil da Internet, aguarda a manifestação da Corte Constitucional sobre os parâmetros e o alcance da responsabilidade dessas plataformas digitais ante a prerrogativa primariamente do poder Judiciário em determinar a exclusão de conteúdos falsos ou ofensivos. Já o segundo modelo reserva à autorregulação desses provedores o dever de remover o conteúdo ilícito, à luz das políticas de uso e retirada de conteúdo da própria plataforma. Não são modelos excludentes. Esse artigo propõe, ao fim e a cabo, um diálogo entre ambos, propondo a necessidade de se perquirir uma (hetero ou auto) regulação da arquitetura dessas plataformas.

A *internet* e, mais especificamente, o *cyberspace* não é, por si só, bom, ruim ou neutro. A investigação da pressão que essa nova forma de comunicação social entroniza no sistema jurídico — aproximando, cada vez mais, a reestabilização do sistema a uma nova variação deste⁵⁹ — requer que os institutos jurídicos sejam também criticados à luz dos paradigmas da nova sociedade virtual.

Nestes espaços, *code is law*⁶⁰. Nesse sentido, o código, utilizado na programação de *software*, nos *hardwares* e nos padrões de funcionamento da rede, constrói arquiteturas; estes arranjos institucionais regulam os comportamentos possíveis dos usuários nas plataformas digitais. Nesse contexto, duas seriam as formas para regular a *internet*: de forma direta, com a alteração desse código; e de forma indireta, aprovando-se leis pela estrutura estatal que para serem implementadas levassem à mudança dos códigos⁶¹. Não haverá norma estatal efetiva se esta não for incorporada pela arquitetura de controle dessas plataformas digitais (os códigos)⁶².

Dessa forma, faz-se mister pensar em soluções setoriais dialogadas entre os diversos vetores responsáveis no combate às *fake news*. Isto posto, ao regulador cabe pensar soluções, sobretudo, para i) eliminar os incentivos econômicos na criação e disseminação de uma notícia fraudulenta⁶³; e, ainda,

59 Adota-se, portanto, uma teoria luhmanniana de evolução social como um processo de complexificação e diferenciação funcional. Essa evolução, exemplificadamente, pode ser descrita a partir de três fases — i) variação, ii) seleção, iii) restabilização —, tendo na comunicação a unidade elementar. A variação ocorre quando há uma distorção na comunicação dentro do modelo estrutural da comunicação autopoietica. A seleção acontece quando há a assimilação dessa variação. Em seguida, a restabilização torna resistente esse novo modelo assimilado. Trata-se do chamado “paradoxo da probabilidade do improvável”. Nesse sentido, destacamos as anotações do professor NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3ªEd., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

60 LESSIG, L. **Code: version 2.0**. New York: Basic Book, 2006, p. 89.

61 LESSIG, L.. **The law of the horse: what cyber law might teach**. Harvard Law Review, n. 113, Rev. 501, 1999.

62 LESSIG, L. **Code: version 2.0**. New York: Basic Books, 2006. p. 38.

63 Cristina Moraes Sleiman, por exemplo, aduz que as receitas publicitárias e a premente necessidade de se buscar novos acessos a determinadas páginas seriam um dos motivos que ensejariam a proliferação de *fake news*. Além disso, a autora destaca a concorrência desleal entre empresas, o consumidor descontente que cria notificações falsas para prejudicar a imagem do estabelecimento e, por fim, a própria concorrência política como fatores para a proliferação dessas notícias.

ii) desenvolver e apoiar iniciativas de conscientização digital, sobretudo no que tange ao combate de um raciocínio motivado diante de uma *fake news*.

No que tange ao primeiro tema, destaca-se, por exemplo, as políticas internas do *Facebook* na busca de combater notícias e vídeos “caça-cliques”, que se fundam, dentre outras razões, em um modelo de monetização das informações⁶⁴. Diante dessa estratégia de publicidade, o compromisso do jornalismo não está na qualidade e veracidade da informação, e sim no compromisso financeiro por meio do conteúdo. Nesse contexto, a desinformação é inevitável. Além disso, em diversos cenários, os “benefícios” eleitorais podem superar os custos com a criação e disseminação de uma notícia fraudulentas⁶⁵, o que gera uma matriz de incentivos perniciosos à saúde do processo eleitoral democrático.

Já no que tange ao segundo grupo de soluções, por exemplo, destacam-se as estratégias do *Facebook* como i) o ícone “i”, que destaca informações relacionadas à fonte e ao contexto de notícias relacionadas⁶⁶; e como os cursos lançados pela plataforma na temática do jornalismo e comunicação social, inclusive com cursos especificamente relacionados às *fake news*⁶⁷.

Ainda no contexto do recente pleito eleitoral brasileiro, destacam-se, ainda, sugestões para a alterações no código dessas mídias sociais, como aquelas apresentadas na conclusão de estudo realizado pela Agência Lupa. Dentre as recomendações ao *WhatsApp*, ressaltam-se as seguintes sugestões ao aplicativo: i) restringir os encaminhamentos de conteúdos; ii) restrições de transmissões e, por fim, iii) limitar o tamanho de novos grupos⁶⁸. Todas essas sugestões para o combate à desinformação e

(SLEIMAN, Cristina Moraes. **Fake news: o que está por trás dessa prática**. In: PINHEIRO, Patricia Peck. Direito digital aplicado 3.0. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 253).

64 Nesse sentido: BUENO, Thaísa; REINO, Lucas Santiago Arraes. **Entre a tabloidização e o teaser publicitário: uma análise dos títulos caça-cliques**. Revista Observatório, Palmas, v.4, n. 3, p. 675-707, maio, 2018

65 Nesse sentido: “Os incentivos privados para a produção de *fake news* dependem dos custos e benefícios envolvidos na atividade. De um lado, o propagador de notícias poderá obter benefícios econômicos e não econômicos (como a satisfação de sua ideologia política) com a difusão de *fake news*. Por outro lado, a criação e gestão de informações socialmente indesejadas gerarão custos para o propagador, bem como o risco de imposição de sanções cíveis e criminais. Em diversos contextos, os benefícios tendem a superar os custos da propagação da *fake news*.” (BODART, Bruno. **Fake news**. Revista Magistratus, Rio de Janeiro, n. 5, 2018, p. 30. Disponível em: www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/magistratus/numero5/versaodigital/30/index.html. Acesso em 01 out. 2019)

66 Disponível em: <https://super.abril.com.br/tecnologia/facebook-lanca-botao-de-contexto-para-combater-fake-news-no-brasil/>. Acesso em 30 out. 2018.

67 Disponível em: <https://super.abril.com.br/tecnologia/facebook-lanca-botao-de-contexto-para-combater-fake-news-no-brasil/>. Acesso em 30 out. 2018.

68 MARÉS, Chico; BECKER, Clara. **O (in)acreditável mundo do WhatsApp**. Agência Lupa: Revista Piauí. Disponível em: https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2018/10/17/whatsapp-lupa-usp-ufmg-imagens/?utm_source=meio&utm_medium=email. Acesso em 30 out. 2018.

para o combate à propagação de *fake news* estão relacionadas diretamente ao código da arquitetura desta plataforma.

Dessa forma, o controle judicial da *fake news* será mais efetivo a partir do momento em que se tenha uma solução dialogada e setorial que se preocupe em desconstruir uma arquitetura que contribui no combate à criação e à propagação de notícias fraudulentas. Essa solução perpassa por determinar os padrões e os direitos que serão privilegiados nos espaços virtuais e, por conseguinte, determinar a regulação a partir dos códigos nessas plataformas.

Nesse sentido, longe dos tribunais e da função típica jurisdicional, destaca-se o próprio movimento regulatório multisetorial da Comissão da União Europeia intitulado *High level Expert Group on Fake news and Online Disinformation*⁶⁹, que compartilha a missão de traçar políticas públicas e diretrizes para o combate ao fenômeno da desinformação. Além de demonstrar uma convergência a um modelo autorregulatório, suscitando a formação de um Código de Boas Práticas e, ainda, de produzir políticas públicas com o mínimo de intervenção estatal, o modelo corregulatório europeu busca traçar ações multisetoriais, como auditorias em algoritmos, monitoramento dessas plataformas digitais e treinamento de cidadãos para desenvolverem uma capacidade maior de detectar e combater esses movimentos de desinformação.

Isto posto, resta claro que o controle judicial das *fake news* se insere em um tema mais amplo e desafiador, qual seja o papel do Direito no meio digital. E as notícias fraudulentas parecem causar desespero ao jurista, sobretudo porque é diante de fenômenos como esse que aquele percebe e rediscute o poder e os limites institucionais do poder Judiciário.

“In real space, law is at center stage, and code is an afterthought. In cyberspace, the game is code. Law is a side-show.” (No espaço real, a lei está no centro do palco e o código é uma reflexão posterior. No ciberespaço, o jogo é um código. A lei é uma atividade secundária.).⁷⁰

69 UNIÃO EUROPEIA: Comissão Europeia. **A multi-dimensional approach to disinformation: report of the independent: High level group on fake news and online disinformation.** Disponível em: https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=50271. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018. Acesso em 5 jan. 2019.

70 Trata-se, novamente, das considerações de Lawrence Lessig: “In this sense, then, law, norms and code regulate cyberspace just as law, norms and nature (or what I call ‘real space code’) regulate real space. But there is an important difference between these two regimes. In real space, constraints are changed by changing law; in cyberspace, constraints will be changed by changing code. This will follow because of two features of these two different worlds: First: In real space, it is law that is plastic; in cyberspace, it is code that is plastic. And second: In real space, it is relatively hard to escape the constraints of law; in cyberspace, it is much easier. The effect of both differences will be to shift the locus of regulatory change from law to code. In real space, law is at center stage, and code is an afterthought. In cyberspace, the

Em um período de recessão democrática, rediscutir e monitorar a eficácia de arranjos institucionais caros aos valores democráticos, como as eleições livres, universais e periódicas, desvela papel central ao jurista e ao Poder Judiciário. O desafio que se coloca ao Judiciário, portanto, é reconhecer seus limites institucionais, no combate ao principal fenômeno que corrompe a higidez dos pleitos eleitorais, e induzir, a partir de diálogos organizacionais, o estímulo a soluções setoriais.

Não há democracia na *fake news*. Uma democracia funcional perpassa, ainda que apenas tangencialmente, por um Poder Judiciário consciente das suas limitações institucionais: combater às *fake news* é apenas uma delas.

3. CONCLUSÃO

Inicialmente, apresentou-se a *fake news* como um fenômeno que se alicerça em uma arquitetura propícia à divulgação e à propagação de notícias fraudulentas, inserida em um processo agudo de desinformação do cidadão diante de um novo sistema de comunicação no século XXI. Além disso, fundamentou-se o recrudescimento desse fenômeno social com fulcro em duas razões principais: i) a fragmentação das redes sociais; e ii) as predisposições cognitivas do ser humano na propagação de uma notícia fraudulenta (motivated reasoning account of fake news).

Dessa forma, no que tange à primeira razão, concluiu-se que esse novo sistema de comunicação nas grandes plataformas sociais i) se alicerçam, em síntese, em uma popularização do acesso à internet e em um desenvolvimento de novas configurações sociais e técnicas de comunicação online, proporcionados pelo cyberspace. Além disso, são ambientais altamente fragmentados, ii) proporcionando fenômenos virtuais como as “câmaras de eco” (echo chambers) e as “bolhas de filtro” (filter bubbles).

Já no que tange à segunda grande razão, descreveu-se um cenário de predisposição cognitiva do ser humano diante de uma *fake news*, à luz dos estudos empíricos realizados pela corrente da motivated reasoning account of fake news. Há, portanto, evidências empíricas que demonstram que a identidade partidária parece alterar as concepções cognitivas do ser humano, na criação de um

game is code. Law is a side-show.” (LESSIG, L. **The constitution of code: limitations on choice-based critiques of cyberspace regulation**. Common Law Conspectus, n. 5, Rev. 181, 1997. p. 183-184.)

realismo ingênuo que propicia a disseminação de fake news.

Na análise jurídica do fenômeno social da fake news, apresentaram-se as normas que, direta ou indiretamente, coíbem a criação e divulgação de notícias fraudulentas: por um lado, foram indicadas as principais regras relacionadas ao tema, sobretudo disposições do Código Penal, do Código de Defesa do Consumidor, do Código Eleitoral e do Marco Civil da Internet; por outro lado, circunscreveu-se o tema a partir da incidência de dois princípios, os quais seriam a liberdade de expressão e informação e, ainda, a dignidade humana em seus aspectos ético e comunitário.

Posteriormente, ressaltou-se que o controle judicial, sobretudo na rápida dinâmica da Justiça Eleitoral, passa a coibir a propagação de fake news principalmente por meio de medidas liminares, à luz das disposições genéricas dos artigos 19 e 20, do Marco Civil da Internet, e da Resolução nº 23.551/2017, do Tribunal Superior Eleitoral. Não obstante, o que se conclui é que a hipervelocidade da difusão de informações fraudulentas parece se sobrepor às limitações temporais de resposta do controle judicial, o que torna esse modelo de controle ineficiente.

Um combate mais efetivo da fake news perpassa, inevitavelmente, pela regulação da arquitetura dessas plataformas e mídias sociais, de forma a determinar os padrões e os direitos que serão privilegiados nesses espaços virtuais. Nesse contexto, o controle jurisdicional, enquanto função típica do Poder Judiciário, tem pouco a oferecer. Defende-se, no entanto, que o Judiciário i) possa fomentar e induzir o debate público na busca de ii) diálogos institucionais que indiquem iii) possíveis soluções multisetoriais no combate a este fenômeno, mantendo-se, por conseguinte, a higidez de valores democráticos fundamentais, em período de recessão democrática.

Eleições livres, diretas, secretas e com cidadãos verdadeiramente informados representam um instituto fulcral à saúde e vitalidade democrática. Independente do modelo de controle de fake news (“reserva à jurisdição” e/ou autorregulação) e das formas de se regular o código nessas plataformas (direta ou indiretamente), faz-se necessário que o cyberspace se submeta às mesmas necessidade democráticas de transparência e pluralidade.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Barroso. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em 20 out. 2018.
- BAVEL, Jay J. Van; PEREIRA, Andrea. **The partisan brain: An Identity-based model of political Fake News belief**. Trends in Cognitive Sciences, p. 213-224, 2018.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. **A ‘Última Palavra’, o Poder e a História: O Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, v. 201, p. 71-95, 2014.
- BUENO, Thaísa; REINO, Lucas Santiago Arraes. **Entre a tabloidização e o teaser publicitário: uma análise dos títulos caça-cliques**. Revista Observatório, Palmas, v.4, n. 3, p. 675-707, maio, 2018.
- BODART, Bruno. **Fake news**. Revista Magistratus, Rio de Janeiro, n. 5, p. 30-31, 2018. Disponível em: www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/magistratus/numero5/versaodigital/30/index.html. Acesso em 01 out. 2019.
- CUEVA, R.V.B.. **Alternativas para a remoção de fake news das redes sociais**. Revista de Direito e as Novas Tecnologias. vol. 1, 2018.
- DA SILVA, Evandro Rabello. **Fake News, algoritmos e democracia: o papel do direito na defesa da sociedade aberta**. 2018. 74 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.
- DIAMOND, Larry. **Facing Up to the Democratic Recession**. In: DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. **Democracy in decline?**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2015.
- FOLLONI, André. **Introdução à teoria da complexidade**. Curitiba: Juruá, 2016.
- GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral essencial**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- LESSIG, L. **Code: version 2.0**. 2006, New York: Basic Books.
- _____. **The law of the horse: what cyber law might teach**. Harvard Law Review, n. 113, Rev. 501, 1999.
- _____. **The constitution of code: limitations on choice-based critiques of cyberspace regulation**. Common Law Conspectus, n. 5, Rev. 181, 1997. p. 183-184.
- FUX, Luiz. **Fake news: um novo desafio para a democracia**. Revista Magistratus, Rio de Janeiro, n. 5, set. 2018. Disponível em: www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/magistratus/numero5/versaodigital/30/index.html. Acesso em 29 out. 2019.

MARÉS, Chico; BECKER, Clara. **O (in)acreditável mundo do *WhatsApp***. Agência Lupa: Revista Piauí. Disponível em: https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2018/10/17/whatsapp-lupa-usp-ufmg-imagens/?utm_source=meio&utm_medium=email. Acesso em 30 out. 2018.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3ªEd., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

NORTH, Douglass C. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. Tradução de Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

PENNYCOOK, Gordon; RAND, David G. **Lazy, not biased: susceptibility to partisan fake news is better explained by lack of reasoning than by motivated reasoning**. Disponível em: 10.1016/j.cognition.2018.06.011. Acesso em 25 out. 2018.

PEREIRA, Rafael Caselli. **A Epidemia na Propagação das Fake News e a Responsabilidade Civil dos Terceiros, de quem compartilha e dos Provedores de Informação, sob a Perspectiva da Tutela Inibitória e de Ressarcimento**. Revista de Processo. vol. 296, 2019, p. 269-281.

SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação**. São Paulo: Saraiva, Série IDP, 2011.

SLEIMAN, Cristina Moraes. **Fake news: o que está por trás dessa prática**. In: PINHEIRO, Patricia Peck. Direito digital aplicado 3.0. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 253.

SUSTEIN, Cass R.,#Republic: **divided democracy in the age of social media**. Princeton: Princeton University Press, 2017.

UNIÃO EUROPEIA: Comissão Europeia. **A multi-dimensional approach to disinformation: report of the independent: High level group on fake news and online disinformation**. Disponível em: https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=50271. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018. Acesso em> 5 jan. 2019.

VERONESE, Alexandre; FONSECA, Gabriel. **Desinformação, ‘fake news e mercado único digital: a potencial convergência das políticas públicas da União Europeia com os Estados Unidos para melhoria dos conteúdos comunicacionais**. Cadernos Adenauer, v. XIX, n. 4, 2019.

WARDLE, Clair; DERAQSHAN, Hossein. **Information disorder: toward na interdisciplinary framework for research and policy-making**. Strasbourg: Council of Europe, 27 set. 2017. Disponível em: <https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-researc/168076277c>. Acesso em: 14 jun. 2019a

O DIREITO NA EXCEÇÃO E O DIREITO NA TRANSIÇÃO: FUNDAMENTOS EXCEPCIONAIS PARA UMA JUSTIÇA TRANSICIONAL

THE LAW IN EXCEPTION AND THE LAW IN TRANSITION: EXCEPTIONAL GROUNDS FOR TRANSITIONAL JUSTICE

Eneá de Stutz e Almeida

Professora dos Programas de Graduação e de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB).

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Marcelo Pires Torreão

Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB).

RESUMO

Este artigo objetiva examinar a relação entre direito e exceção. Com enfoque jurídico-filosófico, o estudo analisa o papel do direito no estado de exceção e o contrapeso do direito no período democrático. Nesse percurso, o artigo aborda (1) uma contextualização empírica, que ilustra a má compreensão acerca da excepcionalidade dos valores protegidos pela Justiça Transicional; (2) o direito em tempos de exceção; (3) a contraexcepcionalidade da Justiça de Transição em períodos pós-autoritários; (4) a percepção do direito como medida para a proteção de valores no contexto da Justiça Transicional; (5) uma recontextualização empírica, na qual os exemplos apresentados no início do trabalho são revisitados com enfoque nas compreensões edificadas ao longo do texto; e (6) as conclusões extraídas ao final do trabalho, que identificam a responsabilidade de proteger os valores democráticos como uma justa medida de aplicação do direito para a realização da Justiça de Transição em períodos pós-autoritários.

Palavras-chave: Justiça de Transição. Exceção. Valor. Medida. Democracia.

ABSTRACT

This paper aims at examining the relationship between law and exception. With a legal-philosophical approach, it presents an analysis of the role of law during the state of exception balanced against the role of law in democratic times. In this way, this paper addresses (1) an empirical contextualization, which shows the misunderstandings around the exceptionality of the values protected by Transitional Justice; (2) the Law in times of exception; (3) the counter-exceptionality of Transitional Justice in post-authoritarian periods; (4) the perception of the Law as a measure for protecting values in the context of Transitional Justice; (5) an empirical recontextualization, in which the examples presented in the initial section are revisited by focusing on the understandings developed throughout the paper;

and (6) the conclusions drawn, which identify, in the duty to protect democratic values, the fair measure of the application of the Law in carrying out Transitional Justice in post-authoritarian periods.

Keywords: Transitional Justice. Exception. Value. Measure. Democracy.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO EMPÍRICA

Alguns acontecimentos recentes podem auxiliar na identificação do problema central tratado neste artigo: uma incompreensão quanto à excepcionalidade dos valores protegidos pela Justiça Transicional. Os eventos narrados a seguir guardam relação com as quatro dimensões da Justiça de Transição, tradicionalmente apontadas pela doutrina¹: busca da memória e da verdade; reparação de danos às vítimas; responsabilização dos violadores de direitos humanos; e reforma das instituições.

Primeira dimensão (memória e verdade). Em Brasília, um conflito quanto ao nome de uma ponte que interliga os bairros do Lago Sul e Plano Piloto é judicializado². A disputa diz respeito a qual nome deveria ser atribuído à ponte: *Costa e Silva* ou *Honestino Guimarães*. Em novembro de 2018, o Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios entendeu existir

1 Entre outros: BICKFORD, Louis. “**Transitional Justice**”. Em: *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, vol. III, Nova Iorque: Mack Millan, 2004. ELSTER, Jon. **Rendición de Cuentas: La Justicia Transicional en Perspectiva Histórica**. Buenos Aires: Katz, 2006. VAN ZYL, Paul. “**Promovendo a Justiça Transicional em sociedades pós-conflito**”. Em: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, n. 1, 2009, p. 32 a 55. GENRO, Tarso. **Teoria da Democracia e Justiça de Transição**. Belo Horizonte: UFGM, 2009. ALMEIDA, Eneá de Stutz e; TORELLY, Marcelo D. “**Justiça de Transição, Estado de Direito e Democracia Constitucional: Estudo preliminar sobre o papel dos direitos decorrentes da transição política para a efetivação do estado democrático de direito**”. Em: *Sistema Penal & Violência: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito*, v. 2, nº 2, Porto Alegre: PUCRS, 2010.

2 A obra, projetada por Oscar Niemeyer, foi inaugurada no ano de 1976 com o nome original de *Ponte Monumental*. No final do governo de Ernesto Geisel (1974-1979), a obra foi rebatizada com o nome *Ponte Costa e Silva*, em homenagem ao militar Arthur da Costa e Silva, responsável por editar Ato Institucional nº 5 no período em que presidiu o país (1967-1969). Em 2015, foi aprovado um projeto de lei na Câmara Legislativa Distrital, posteriormente sancionado pelo governador do Distrito Federal, que alterou o nome da obra para *Ponte Honestino Guimarães*, em homenagem ao estudante da Universidade de Brasília desaparecido na ditadura. Dois meses após, um grupo de moradores de Brasília decidiu levar a questão ao Poder Judiciário. Desde então, o nome da ponte vem sendo objeto de disputas *in loco* por meio de pichações, sobreposições de textos e novas placas. No dia 14/03/2019, o Movimento de Mulheres Olga Benário sobrepôs uma placa em que nominava o monumento de *Ponte Marielle Franco*, para marcar a data em que o assassinato da vereadora carioca completava um ano. A intervenção trazia a seguinte descrição: “Nós, mulheres brasileiras, em nome da democracia, da história e dos direitos humanos, soberanamente, renomeamos este monumento para Marielle Franco”. A placa foi retirada poucas horas depois e, atualmente, encontra-se com o nome *Ponte Costa e Silva*, embora siga com constantes sobreposições e disputas de movimentos sociais. Ver: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/03/14/placa-da-ponte-costa-e-silva-em-brasilia-e-adesivada-com-nome-de-marielle-franco.ghtml>

vício de iniciativa na mudança do nome da ponte³. Segundo o órgão julgador, a alteração do nome do logradouro público deveria ter sido proposta pelo governador do Distrito Federal, não pela Câmara Legislativa, e deveria ter sido precedida de consulta pública. Em razão dessa formalidade, decidiu-se que a ponte deveria voltar a ostentar o nome de *Ponte Costa e Silva*⁴.

Segunda dimensão (reparação às vítimas). No início do ano de 2019, a Ministra de Estado da Família, Mulher e Direitos Humanos, em entrevista a veículos de comunicação, informou que pretendia estabelecer um momento para encerrar a apreciação de pedidos administrativos de indenização das vítimas da ditadura. Segundo a Ministra, seria necessário fechar as atividades da Comissão de Anistia, tendo em vista que o regime militar havia se encerrado há mais de três décadas⁵.

Terceira dimensão (responsabilização). Após reunir documentos do relatório da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos, o jurista Fábio Konder Comparato solicitou ao Ministério Público Federal a investigação de agentes que cometeram crimes contra a humanidade na ditadura militar, incluídos a tortura e o homicídio do jornalista Vladimir Herzog. O procurador do Ministério Público Federal reconheceu que o assassinato de Herzog se caracterizava como crime contra a humanidade, mas solicitou o arquivamento do inquérito, por entender que havia coisa julgada material e prescrição da pretensão punitiva. O pedido foi acolhido e os autos foram arquivados pelo juiz federal⁶. Surgiram novos pedidos de investigação dos fatos, mas o Ministério Público Federal determinou que se aguardasse a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o assunto. No ano de 2018, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois não havia empreendido esforços na responsabilização dos crimes praticados contra Herzog⁷. Após a condenação, o Ministério

3 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Arguição de Inconstitucionalidade 0003310-18.2018.807.0000. Acórdão disponibilizado no dia 12/11/2018. O julgamento ocorreu na semana seguinte ao resultado das eleições do ano de 2018.

4 Em novembro de 2018, pouco tempo após o resultado das eleições e posteriormente ao julgamento da arguição de inconstitucionalidade, a placa, que ainda estava com o nome *Ponte Honestino Guimarães*, teve o nome do estudante apagado com tinta spray. Após esse ato, foi afixado um cartaz sobre a tinta spray, no qual estava escrito: “Honestino Guimarães, desaparecido em dez de outubro de mil novecentos e setenta e dois”. No mês de dezembro de 2018, quando ainda não havia sido esgotado o prazo para a interposição de recurso contra o acórdão do Tribunal de Justiça, a sinalização foi substituída por nova placa oficial com os dizeres *Ponte Costa e Silva*.

5 Em entrevistas a periódicos nacionais, a Ministra de Estado disse: “Vou estabelecer um momento para o fim das reparações. O regime militar acabou há 35 anos. Isso vai durar para sempre”. Em outra oportunidade, a Ministra disse era o momento de “ir fechando a Comissão [de Anistia]”. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/ditadura/as-vesperas-do-aniversario-do-golpe-de-64-damares-esvazia-memoria-e-justica-na-comissao-de-anistia/>

6 BRASIL. Seção Judiciária Federal de São Paulo. Processo nº 2008.61.81.013434-2. Sentença proferida em 09/01/2009.

7 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Herzog e outros vs. Brasil. Sentença de 15 de

Público informou que daria continuidade às investigações.

Quarta dimensão (reformas institucionais). No ano de 2017, foi editada lei que alterou parte do Código Penal Militar⁸. Com essa mudança, o julgamento de crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civis foi reincluído na competência da Justiça Militar da União. Após essa alteração, a Justiça Militar voltou a ser competente para julgar, por exemplo, casos de agentes das Forças Armadas que tenham cometido homicídios contra civis. A nova lei recebeu imediata reprovação da Organização das Nações Unidas⁹ e implicou o ajuizamento de ações direitas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal¹⁰. No dia 07/04/2019, alguns militares do Exército equivocaram-se na descrição de um carro e dispararam mais de oitenta tiros contra uma família na zona oeste do Rio de Janeiro. A ação terminou com duas mortes. Os responsáveis pelos disparos foram julgados pela Justiça Militar e libertados pelo Superior Tribunal Militar no dia 23/05/2019¹¹.

Ao final do trabalho (tópico 6), os exemplos acima descritos voltarão a ser examinados. Antes, porém, é necessário analisar a relação entre o direito e excepcionalidade em períodos de autoritarismo e em tempos democracia.

2. DIREITO E ESTADO DE EXCEÇÃO

Um dos primeiros pensadores dedicados a construir uma teoria sobre o estado de exceção foi o filósofo alemão Carl Schmitt. Conservador, estadista e autoritário, Schmitt se opôs ao pensamento liberal e ao positivismo normativista do século vinte¹². A teoria da exceção começa a ser delineada

março de 2018. Divulgação em 4 de julho de 2018.

8 Lei 13.491, de 13 de outubro de 2017.

9 Texto disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-critica-projeto-de-lei-que-amplia-jurisdicao-de-tribunais-militares-no-brasil/>.

10 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.804 apresentada no dia 26/10/2017, por exemplo.

11 Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/stm-liberta-nove-militares-dos-80-tiros-contramusico-no-rio/>.

12 Em vários artigos, Carl Schmitt elogiou o governo de Mussolini e afirmou que o fascismo tinha o objetivo heroico de conservar a dignidade estatal. Em outra oportunidade, defendeu que os indivíduos não possuem autonomia privada frente ao Estado. Na década de trinta, Schmitt recebeu uma carta de Heidegger, que o convidava a colaborar com o nazismo. Diversos ex-alunos e amigos de origem judaica, entre eles Leo Strauss, ofereceram apoio para Schmitt recusar o pedido e residir fora da Alemanha. Contudo, Schmitt rapidamente decidiu aceitar o convite e filiou-se ao partido nazista. Nos anos seguintes, Schmitt defendeu as leis de racismo biológico de Nürenberg e afirmou que o Führer não estava sujeito à justiça, por ser ele próprio a justiça suprema. Após o fim da Segunda Guerra Mundial, Schmitt foi preso para interrogatório pelo exército russo, por soldados estadunidenses e também para comparecimento no tribunal de Nürenberg.

por Schmitt nas obras *A Ditadura*¹³ e *Teologia Política*¹⁴. O autor demonstra verdadeiro fascínio pelo tema, a ponto de afirmar que “a exceção é mais interessante do que o caso normal; o que é normal nada prova, a exceção comprova tudo; ela não somente confirma a regra, mas esta vive da exceção”¹⁵. Com fundamento na obra *A Luta pelo Direito*, de Rudolf von Ihering, Carl Schmitt afirma que o direito e o estado de exceção buscam o mesmo objetivo, que consiste na manutenção da existência da sociedade¹⁶.

No livro *A Ditadura*, Carl Schmitt trata da ideia geral do estado de exceção (*Ausnahmezustand*) por meio das figuras do estado de sítio, estado de emergência e da ditadura propriamente dita. O autor divide a ditadura em duas espécies constitucionais: *ditadura comissária*, que objetiva defender ou restaurar uma ordem constitucional vigente; e *ditadura soberana*, que objetiva estabelecer um novo ordenamento constitucional. Em ambas espécies, Schmitt identifica uma relação existente, mas contraposta, entre o estado de exceção e a ordem jurídica. O autor resume que “todo ordenamento jurídico é simplesmente uma ditadura latente ou intermitente”¹⁷.

Segundo Schmitt, a ditadura seria a forma pela qual o direito se realiza de maneira autônoma. Em outras palavras, na ditadura, reside a autorização para separar as *normas de direito* das *normas de realização do direito*. Durante o regime de exceção, as *normas de direito* são suspensas, para que as *normas de realização do direito* possam ser efetivadas em nome da sociedade.

Nos interrogatórios, passou a defender que suas posturas tinham caráter meramente científico e não ideológico. Ver: ALVES, Adamo Dias; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. “**Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção**”. Em: Revista Brasileira de Estudos Políticos nº 105. Belo Horizonte, jul/dez 2012, p. 250-259.

13 SCHMITT, Carl. **Die Diktatur**. Munich, Leipzig: Duncker & Humblot, 1921.

14 **Idem. Politische Theologie**. Munich, Leipzig: Duncker & Humblot, 1922.

15 Em outra passagem: “[...] uma filosofia de vida concreta não pode se retrair diante da exceção e do caso extremo, porém deve interessar-se por isso em grande medida. A ela deve ser mais importante a exceção do que a regra, não por uma ironia romântica pelo paradoxo, mas com toda a seriedade de um entendimento que se aprofunda mais que as claras generalizações daquilo que, em geral, se repete”. SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 15. Em tom de ironia, Schmitt afirma ser natural que Hans Kelsen não saberia o que fazer diante de uma situação excepcional, tendo em vista sua essência neo-kantiana em buscar uma teoria pura, liberta de interferências políticas. SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção**. São Paulo: Alameda, 2016, p. 41-44. Na mesma linha, segundo Hannah Arendt, Kant havia afirmado que qualquer revolução em qualquer tempo seria injusta, ainda que sobrevenha uma constituição melhor do que a anterior. ARENDT, Hannah. **Lições sobre a filosofia política de Kant**. Trad. André Duarte de Macedo. 2ª edição. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994, p. 50.

16 ALVES, Adamo Dias; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. “**Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção**”. Em: Revista Brasileira de Estudos Políticos nº 105. Belo Horizonte, jul/dez 2012, p. 236.

17 Tradução livre da parte final: “Desde luego, quien no ve en la medula de todo derecho más que semejante fin, no está en situación de encontrar un concepto de dictadura, porque para el todo o ordenamiento jurídico es simplemente una dictadura, latente o intermitente”. SCHMITT, Carl. **La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria**. Trad. José Díaz García. Madrid: Alianza, 1999, p. 27.

Em *Teologia Política*, Carl Schmitt aponta dois elementos fundamentais do direito: norma (*Norm*) e decisão (*Entscheidung*). De acordo com o filósofo, o estado de exceção implica a suspensão do primeiro elemento: a norma. Como consequência, resta a absoluta pureza e autonomia do segundo elemento jurídico: a decisão do soberano. A teoria da exceção passa a ser compreendida como uma doutrina da soberania. No estado de exceção, a validade normativa não se sustenta por si própria, tendo em vista que a fonte de todo o direito se encontraria na autoridade da decisão emanada do soberano. Para Schmitt, o soberano se impõe diante do quadro de exceção para restaurar uma situação de normalidade. Por isso, somente na exceção é possível identificar quem seria o verdadeiro soberano. Assim, o filósofo tenta trazer a exceção como elemento integrante de uma teoria do estado, por meio da relação contraposta e submissa entre elementos jurídicos e elementos políticos, poder constituído e poder constituinte, normas de direito e normas de realização de direito, ordem jurídica e decisão soberana.

Diferente perspectiva sobre o estado de exceção foi desenvolvida nos estudos do filósofo judeu Walter Benjamin, contemporâneo de Schmitt. Alguns textos de Benjamin trazem referências expressas ou implícitas aos escritos de Schmitt e vice-versa¹⁸. A principal contribuição de Walter Benjamin sobre o estado de exceção encontra-se na oitava tese do livro *Sobre o Conceito da História*¹⁹.

O texto de Benjamin surpreende por ter sido escrito antes que as mais cruéis práticas do nazismo viessem a conhecimento público. Além desse aspecto, a tese de Walter Benjamin apresenta ao menos duas inovações. Quanto ao núcleo de identidade do estado de exceção, enquanto Schmitt

18 Acredita-se que *A Teologia Política* de Schmitt possa ser lida como uma resposta ao ensaio benjaminiano *Crítica da Violência*. Para fugir da violência pura e da indecidibilidade última de todos os problemas jurídicos apontadas por Benjamin, Schmitt teria afirmado na *Teologia Política* que a soberania é o lugar da decisão extrema. Por se localizar em uma área tão interna quanto externa ao direito, Schmitt neutraliza a violência pura por meio da soberania. Cf. BENJAMIN, Walter. “**Crítica da violência: Crítica do poder**”. Em: Documentos de cultura, documentos de barbárie. Org. e apres. Willi Bolle. São Paulo: Cultrix, 1986 (texto original de 1921). **Idem**. “**Origem do drama barroco alemão**”. Trad. Sergio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1984. Em: Documentos de cultura, documentos de barbárie. Org. e apres. Willi Bolle. São Paulo: Cultrix, 1986 (texto original de 1928). Nesse último texto, Benjamin faz referência à Teologia de Schmitt. Ver também: AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 84-86.

19 Oitava tese: “A tradição dos oprimidos nos ensina que o ‘estado de exceção’ em que vivemos é na verdade a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade. Nesse momento, perceberemos que nossa tarefa é originar um verdadeiro estado de exceção; com isso, nossa posição ficará mais forte na luta contra o fascismo. Este se beneficia da circunstância de que seus adversários o enfrentam em nome do progresso, considerado como uma norma histórica. O assombro com o fato de que os episódios que vivemos no século XX ‘ainda’ sejam possíveis não é um assombro filosófico. Ele não gera nenhum conhecimento, a não ser o conhecimento de que a concepção de história da qual emana semelhante assombro é insustentável”. BENJAMIN, Walter. “**Über den Begriff der Geschichte**”. Em: *Gesammelte Schriften*. Frankfurt: Suhrkamp, 1942, p. 697. Edição brasileira: **Idem**. “**Sobre o conceito da História**”. Em: *Obras Escolhidas*. Trad. Sergio Paulo Rouanet. São Paulo, Brasiliense, 1985.

concentrava sua teorização na figura do soberano, Benjamin observa o estado de exceção sob o ponto de vista do oprimido. A segunda novidade de Benjamin está na afirmação de que a exceção havia se tornado regra e, por isso, esses dois elementos, regra e exceção, passaram a ser indiscerníveis. O pensamento de Benjamin surge, assim, em notória oposição a Schmitt, para quem regra e exceção jamais poderiam se confundir.

Benjamin via no direito um privilégio dos poderosos, tendente a permitir situações de violência. Por essa razão, o estado de exceção passa a ser um paradigma constitutivo de uma ordem jurídica. Como o estado de exceção não se apresenta mais como uma excepcionalidade e o direito permitiria o surgimento de injustiças, o filósofo propõe que a história seja a responsável por realizar uma reinterpretação do estado de exceção coerente com essa realidade.

Em linha semelhante àquela apresentada por Benjamin, o historiador britânico Anthony W. Pereira, ao analisar as ditaduras no cone sul, identifica o uso do direito pelos regimes de exceção como uma forma de buscar a legitimidade e a perpetuação dos governos ditatoriais, conceito denominado pelo autor como *legalidade autoritária*²⁰. Mediante a utilização de um verniz de legalidade ou de confirmação judicial, os regimes autoritários desmobilizam os movimentos de oposição e, assim, conseguem postergar a manutenção de status e poder. Com foco nos atos institucionais produzidos no cenário nacional, o historiador Carlos Fico também afirma que a excepcionalidade brasileira pressupôs sempre um caráter de juridicidade²¹.

Giorgio Agamben, filósofo italiano, revisitou a teoria do estado de exceção com base nos pressupostos de Benjamin e Schmitt. No livro denominado *Estado de Exceção*, Agamben analisa institutos jurídicos análogos ao estado de exceção, como a suspensão no direito romano (*Iustitium*), o direito de resistência, a legítima defesa, estado de emergência, estado de sítio. Giorgio Agamben identifica duas correntes na doutrina: um grupo que procura inserir o estado de exceção no ordenamento

20 PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. Trad. Patricia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Terra e Paz, 2010, p. 36 e 252. Ver também: CARVALHO NETTO, Menelick de Carvalho et al. **“Os desaparecimentos forçados e a clandestinidade do regime militar na mesma margem do Araguaia”**. Em: Revista Direitos Fundamentais & Justiça, ano 6, n. 20, p. 137.

21 FICO, Carlos. **“Ditadura militar brasileira: aproximações teóricas e historiográficas”**. Em: Revista Tempo e Argumento, Florianópolis, v. 9, n. 20, 2017, p. 60 e 61. Semelhante: “A relação, às vezes conflitiva, entre atos institucionais e Constituição formam uma parte importante da memória do STF, que foi chamado a decidir em alguns casos envolvendo atos institucionais. Nessas provocações, o STF em nenhum momento discutiu a validade dos atos institucionais ou de suas prescrições, atendo-se a decidir com base em critérios interpretativos qual deveria prevalecer (Constituição ou Ato Institucional)”. KARAM DE CHUEIRI, Vera; CÂMARA, Heloísa Fernandes. **(Des)ordem constitucional: engrenagens da máquina ditatorial no Brasil pós-64**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, Vol. 95, 2015, p. 265

jurídico e o outro que exclui o estado de exceção do campo do direito²².

Agamben aponta que o principal erro da doutrina seria justamente tentar identificar a localização do estado de exceção, ou seja, dentro ou fora do direito. O estado de exceção, prossegue o filósofo italiano, não é nem interior nem exterior ao ordenamento jurídico, pois reside em um patamar de indiferença, uma zona de anomia. Assim, Agamben retrata o debate schmittiano e benjaminiano como uma luta de gigantes sobre um vazio. Separar a norma de sua aplicação nada mais é do que realizar uma ficção, um mito no qual se cria uma zona de confusão, que torna possível a normatização efetiva do real. Portanto, seriam falsas as doutrinas que tentam vincular o estado de exceção ao direito, bem como aquelas que tentam inscrever o estado de exceção como uma fuga de um contexto jurídico.

O estado de exceção, na visão de Giorgio Agamben, é apenas um espaço vazio de direitos, uma área de caos que desativa o funcionamento do ordenamento jurídico²³. Como o modelo biopolítico e a relação jurídico-institucional entram nessa zona de indefinição e violência, abre-se espaço para que a exceção possa virar regra e, por outro lado, para que se possa normalizar o que deveria ser excepcional:

Se é verdade que a articulação entre vida e direito, anomia e *nomos*, produzida pelo estado de exceção é eficaz, mas fictícia, não se pode, porém extrair disso a consequência de que, além ou aquém dos dispositivos jurídicos, se abra em algum lugar um acesso imediato àquilo de que representam a fratura e, ao mesmo tempo, a impossível recomposição. [...] A vida pura e simples é um produto da máquina e não algo que pré-existe e a ela, assim como o direito não tem nenhum fundamento na natureza ou no espírito divino. Vida e direito, anomia e *nomos*, *auctoritas* e *potestas* resultam da fratura de alguma coisa a que não temos outro acesso que não por meio da ficção de sua articulação e do paciente trabalho que, desmascarando tal ficção, separa o que se tinha pretendido unir. [...] Mostrar o direito em sua não relação com a vida e a vida em sua não relação com o direito significa abrir entre eles um espaço para a ação humana que, há algum tempo, reivindicava para si o nome 'política'. [...] A uma palavra não coercitiva, que não comanda e não proíbe nada, mas diz apenas ela mesma, sem relação com um objetivo. E, entre as duas, não um estado original perdido, mas somente o uso e a práxis humana que os poderes do direito e do mito haviam procurado capturar no estado de exceção²⁴.

Outros autores observam características de estados de exceção como permanências atuais e pulsantes nas sociedades modernas, representadas por desigualdades sociais, intolerância disseminada,

22 AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 91-93, p. 91-38.

23 **Ibidem**, p. 78-79.

24 **Ibidem**, p. 132-133.

disputas ideológicas, conflitos étnicos e religiosos, aos quais se somam crises econômicas, descrédito das instituições democráticas e deficiências no acesso à justiça²⁵. Paulo Sergio Pinheiro constata que o autoritarismo é tão socialmente enraizado na modernidade que os longos períodos de exceção têm a capacidade de confundir, ocultar e dissimular os seus feitos em contextos jurídicos. Nesse fenômeno, denominado pelo autor como um totalitarismo moderno, o regime se mantém imune às defesas dos cidadãos²⁶.

Na mesma orientação, Pedro Estevam Alves Pinto Serrano exemplifica cenários típicos de regimes de exceção nas atuais sociedades democráticas do Ocidente: *Patriot Act*; prisão de Guantánamo nos Estados Unidos; trato desumano dos imigrantes nos países europeus; e a inobservância de direitos fundamentais no Brasil²⁷. Nesse campo, Adorno e Horkheimer já apontavam a facilidade com que são alterados os opressores e as vítimas em momentos autoritários²⁸. Por sua vez, Rafael Valim identifica três elementos centrais do estado de exceção nas sociedades modernas: o soberano [Mercado], o inimigo [Corrupto] e a superação da normatividade [Judiciário]²⁹. Em sentido conforme, os Professores Marcelo Cattoni e Adamo Alves observam que o fracasso das experiências políticas recentes tem resultado em um fetiche que conduz ao retorno às ideias originais de Carl Schmitt³⁰.

25 Ver: CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 11-12, 28 e 144-145.

26 PINHEIRO, Paulo Sergio. “Estado e Terror”. Em: NOVAES, Adauto (coord.). *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 114. Semelhante: AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Trad. Henrique Burgo. Belo Horizonte: UFMG, 2004, p. 101-107.

27 SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção**. São Paulo: Alameda, 2016, p. 29.

28 “Só a cegueira do antissemitismo, sua falta de objetivo, confere uma certa verdade à explicação de que ele seria uma válvula de escape. A cólera é descarregada sobre os desamparados que chamam a atenção. E como as vítimas são intercambiáveis segundo a conjuntura: vagabundos, judeus, protestantes, católicos, cada uma delas pode tomar o lugar do assassino, na mesma volúpia cega do homicídio, tão logo se converta na norma e se sinta poderosa enquanto tal. [...] A ilha racional é inundada e os desesperados aparecem agora unicamente como os defensores da verdade, os renovadores da terra, que têm de reformar até o seu último recanto. Tudo o que vive converte-se em material de seu dever atroz, que nenhuma inclinação mais vem prejudicar. A ação torna-se realmente um fim em si e autônomo, ela encobre sua própria falta de finalidade. O antissemitismo conclama sempre a ir até o fim do trabalho. Entre o antissemitismo e a totalidade havia desde o início a mais íntima conexão. A cegueira alcança tudo, porque nada compreende”. ADORNO, Theodor W; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**. Trad. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985, p. 142.

29 VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 22-24, 36-37 e 49.

30 ALVES, Adamo Dias; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. “**Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção**”. Em: Revista Brasileira de Estudos Políticos nº 105. Belo Horizonte, jul/dez 2012, p. 269 e 270. Ver em sentido semelhante: DERRIDA, Jacques. **Séminaire la bête et le souverain**. Vol. 1. Paris: Galilée, 2008, p. 140; HONNETH, Axel. **Pathologies of reason: on the legacy of critical theory**. Trad. James Ingram. New York: Columbia University, 2009, p. 43; e HABERMAS, Jürgen. **The crisis of the european union: a response**. Trad. Ciarian Cronin. Cambridge: Polity, 2012.

Sob qualquer ponto de vista, é possível concluir que o direito é contaminado em períodos de autoritarismos. A degradação do direito em regimes autoritários pode se revelar mediante a inobservância de normas, princípios, direitos fundamentais, garantias processuais e institucionalização da violência³¹. Mas também há uma deterioração da integridade do direito quando se criam estruturas normativas que objetivam normalizar e legitimar a exceção³². Quando as normas são responsáveis por regular fins abusivos em regimes autoritários, o direito deixa de se reger pelos princípios que o fundamentam e passa a ser cooptado por fins totalitários. Nesse cenário, a própria política termina por sucumbir diante de um Estado sem limites e insustentável, para o qual o direito não mais pode fornecer qualquer forma de controle³³.

Em períodos pós-exceção cabe ao próprio direito o encargo de resgatar sua plenitude, a fim de propiciar as condições necessárias para construir uma ordem democrática e sustentar uma base jurídica estabilizada e duradora. Esse ajuste se dá em um jogo entre passado e futuro, mediante o enfrentamento do período autoritário e o simultâneo compromisso com a arquitetura de uma paz social, tarefas de extraordinária valoração para a construção de um Estado democrático de direito. Esse é o papel especial desempenhado pela Justiça de Transição e que passamos a examinar.

3. EXCEPCIONALIDADE E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

A partir das experiências observadas nos processos de mudanças dos regimes de exceção para governos teoricamente democráticos e pacíficos, diferentes países passaram a adotar medidas sociais, políticas e jurídicas, voltadas a lidar com um passado de abusos e violações aos direitos humanos. O conjunto dessas medidas adotadas em períodos pós-conflituais ou pós-autoritários é denominado de Justiça de Transição³⁴.

31 Nesse sentido: “a vigência de um regime de exceção parecia veicular obstáculo decisivo à implementação de uma efetiva observância dos direitos fundamentais pelos órgãos do Estado”. BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 42.

32 “Perpassa os aludidos significados atribuídos ao estado de exceção um conteúdo comum, traduzível na ideia de que algumas providências estatais, fundadas em alguma anormalidade, incidem sobre uma situação de fato à revelia da solução normativa para ela prevista. No verbo contundente de Carl Schmitt, ‘diferentemente da situação normal, quando o momento autônomo da decisão recua a um mínimo, a norma é destruída na exceção’”. VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 25 e 26.

33 **Ibidem**, p. 28 e 29.

34 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies**. Relatório da Secretaria Geral do Conselho de Segurança. Nova Iorque: ONU, 2004.

Com foco na vítima, atenta aos movimentos de reformulações de teorias jurídicas e de forma sensível ao campo social, a Justiça de Transição objetiva estabilizar a paz nas mudanças de regimes³⁵. O conceito e os elementos característicos da Justiça de Transição não são uníssonos ou estáticos; possuem diferentes desenvolvimentos e ramificações explorados pela doutrina³⁶. O aspecto que se destaca no presente trabalho consiste na excepcionalidade dos fundamentos que dão suporte à Justiça de Transição. Nesse ponto, cabe analisar a dicotomia entre normalidade e exceção, bem como entre o que se denomina de justiça normal e o que se deve entender como uma Justiça de Transição.

A excepcionalidade da Justiça de Transição é identificada por Marcelo Torelly na relação entre direito e política no período pós-autoritário ou pós-conflitual. Para enfrentar legados autoritários de grande escala e construir uma sociedade democrática, a Justiça de Transição se vale do direito, mas a ele não se restringe. Essa é a característica que, na visão do autor, diferencia a justiça em tempos ordinários da Justiça de Transição³⁷. Em sentido semelhante, o filósofo espanhol Manuel Reyes Mate acredita que a confusão entre as justiças normal e transicional possa prejudicar a consolidação de um Estado democrático de direito:

Essa normalização da justiça transicional não elimina todas as dúvidas do jurista na etapa anterior. Porque se não há diferença entre o funcionamento do Estado de Direito em uma sociedade democraticamente consolidada e outra em transição, o que surge é uma perda de rigor na aplicação do Estado de Direito em uma sociedade democrática consolidada. Afinal, a justiça de transição está ligada a circunstâncias políticas excepcionais, daí a flexibilidade em sua aplicação; sem esquecer, por outro lado, todas as aderências meta-jurídicas com as quais a justiça transicional foi conduzida ou reconduzida na etapa anterior (Teitel, 2011, 169)³⁸.

35 TEITEL, Ruti. **Transitional Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 6 e 48.

36 Um difícil exemplo com o qual a Justiça de Transição se depara é narrado por Thomas Obel Hansen, ao narrar uma situação de guerra civil, na qual não se pode distinguir claramente entre perpetradores e vítimas, quando se está diante de uma situação em que crianças atuam como soldados. HANSEN, Thomas Obel. **“The Time and Space of Transitional Justice”**. Em: Transitional Justice Institute Research Paper nº16-11. Reino Unido: Edward Elgar Publishing, p. 8.

37 TORELLY, Marcelo. **“Justiça de Transição - origens e conceito”**. Em: O direito achado na rua: Introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Vol. VII. José Geraldo de Sousa Junior e outros (Org.) Brasília: UnB, 2015, p. 148-149.

38 Tradução livre do texto original em espanhol: *“Esta normalización de la justicia transicional no despeja todas las dudas del jurista en la etapa anterior. Porque si ya no hay diferencia entre el funcionamiento del Estado de Derecho en una sociedad democráticamente consolidada y otra en transición, lo que se desprende es una pérdida de rigor en la aplicación del Estado de Derecho en una sociedad democrática consolidada. Al fin y al cabo, la justicia transicional va ligada a circunstancias políticas excepcionales, de ahí la flexibilidad en su aplicación; sin olvidar, por otro lado, todas esas adherencias meta-jurídicas con las que se ha cargado o recargado la justicia transicional en la etapa anterior (Teitel, 2011, 169)”*. MATE, Reyes. Memoria y justicia transicional. Em O direito achado na rua: Introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Vol. VII. José Geraldo de Sousa Junior e outros (Org.) Brasília: UnB, 2015, p. 157.

Essa separação entre as duas justiças, uma tradicional e outra transicional, é apontada pelo Professor Eric Posner como algo positivo, pois possibilita identificar características especiais da Justiça de Transição. Contudo, aponta o professor, também a justiça ordinária pode auxiliar as demandas especiais da Justiça de Transição, além de colaborar com o processo transicional e com a construção do Estado democrático protegido pelo direito³⁹.

A excepcionalidade é analisada pela Professora Ruti Teitel no resgate da discussão estabelecida entre o filósofo inglês Herbert Hart e o jurista norte-americano Lon Fuller no *The Problem of the Grudge Informer*⁴⁰. Positivista, Hart defendia a validade da lei escrita anterior, a qual, mesmo se considerada imoral, deveria ser aplicada em períodos pós-exceção como reforço ao Estado de direito. Já Fuller defendia que o Estado democrático de direito rompia com ordenamento jurídico nazista e que, em casos de exceção, o direito moral deve prevalecer. Esse debate revela o caráter excepcional do encargo atribuído ao direito, que em períodos de democracia deve lidar com os abusos de um passado autoritário e, justamente por essa razão, não deve ser limitado pelo ordenamento jurídico antecedente⁴¹.

No tocante ao pilar da responsabilização daqueles que violaram direitos humanos em períodos de exceção, a doutrina aponta diferenças entre a responsabilidade em períodos de normalidade e a responsabilidade em períodos de exceção. Por tratar de atos praticados durante um estado de exceção, a responsabilização deve ser compreendida sob um ângulo excepcional⁴².

Ao tratar da dimensão da reparação às vítimas, Pablo De Greiff, jurista colombiano e Relator

39 POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. “**Transitional Justice as Ordinary Justice**”. Em: Harvard Law Review, v. 117, n. 3, 2004, p. 825.

40 Em resumo, o caso diz respeito a uma mulher alemã que queria se afastar do marido e fez uma denúncia de que seu esposo havia proferido comentários negativos a Hitler. O marido foi preso e condenado à morte, embora tenha efetivamente morrido após ser enviado para a linha de frente do exército em uma batalha. No ano de 1949, a mulher foi condenada pela Corte de Apelação de Bamberg como responsável pela privação ilegal de liberdade do marido. A questão central do debate consiste na aplicação da anterior legislação nazista ou da posterior legislação democrática alemã. Ver: HART, Herbert Lionel Adolphus. “**Positivism and the Separation of Law and Morals**”, Em: Harvard Law Review, n° 71, 1958; e FULLER, Lon Luvois. **Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart**. Em Harvard Law Review n° 71, 1958. TEITEL, Ruti. *Transitional Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 12-14.

41 Já Nancy Fraser aponta categorias de uma justiça normal e uma justiça anormal como realidade nas sociedades contemporâneas. A filósofa estadunidense verifica que, se permanecem estáveis as três premissas básicas do conceito de justiça (o que é justiça; quem tem direito à justiça; e como se opera essa justiça), existe o que se chama de uma justiça normal. Quando esses pressupostos são colocados em frequente conflito, surge o que a autora denomina de uma justiça anormal, que têm sua expressão nas demandas de redistribuição, reconhecimento e participação política FRASER, Nancy. “**Justiça Anormal**”. Em: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo n° 108, p. 740-742 e 750-751.

42 ALMEIDA, Eneá de Stutz. “**Uma Breve Introdução à Justiça de Transição no Brasil**”. Em: Justiça de Transição no Brasil: apontamentos. ALMEIDA, Eneá de Stutz (Org.) Curitiba: CRV, 2017, p. 27.

Especial das Nações Unidas para a promoção da verdade, justiça, reparação e garantias de não-reincidência, afirma que a excepcionalidade da Justiça de Transição decorre do caráter massivo e sistemático das violações de direitos em períodos de exceção. Para restabelecer o equilíbrio diante desse quadro de desigualdades e violações a direitos, De Greiff defende que as medidas transicionais devem ser observadas sob uma perspectiva especial:

Como se não bastasse, em uma democracia constitucional, é importante que os membros se reconheçam uns aos outros, não só como indivíduos, mas também como cidadãos. Negar às vítimas esse tipo de consideração torna a atribuição dessa qualidade impossível. Em uma democracia, a cidadania é uma condição que se ampara na igualdade de direitos daqueles que possuem essa qualidade. E essa igualdade de direitos determina que aqueles cujos direitos foram violados merecem tratamento especial, que tende a restabelecer as condições de igualdade⁴³.

A excepcionalidade da Justiça de Transição relaciona-se, assim, com o contrapeso que o direito exerce ao tratar de legados de violações jurídicas praticadas durante um estado de exceção. Ao mesmo tempo, esse caráter se revela pelo compromisso transicional em construir um Estado que obedeça ao direito e à democracia, a fim de evitar a repetição de erros históricos. Ao lidar com situações de rupturas institucionais, violência disseminada e massivas práticas de desrespeitos aos direitos humanos, a Justiça de Transição enfrenta um cenário em que o direito foi dissociado de sua integralidade. O direito renasce, portanto, como um instrumento de medida para a proteção de valores constitucionalmente relevantes para o estabelecimento da paz e da democracia na vida em sociedade.

4. DIREITO COMO MEDIDA PARA A PROTEÇÃO DOS VALORES DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Em passagem no livro *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito*, os Professores Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti elaboram o seguinte questionamento: “afinal, o que

43 Tradução livre do seguinte original em inglês: “*As if this were not enough, in a constitutional democracy it matters that members recognize one another not only as individuals, but also as citizens. To withhold from victims the type of consideration we are talking about makes the mutual attribution of this status impossible. In a democracy, citizenship is a condition that rests upon the equality of rights of those who enjoy such status. And this equality of rights determines that those whose rights have been violated deserve special treatment, treatment that tends towards the reestablishment of the conditions of equality*”. DE GREIFF, Pablo. **The Handbook of Reparations**. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 460.

uma Constituição constitui?”⁴⁴. Para responder essa pergunta, os Professores resgatam a teoria do direito formulada por Ronald Dworkin.

A Constituição, para Dworkin, representa muito mais do que simples texto⁴⁵. Ela não se resume a letras, palavras e parágrafos. Uma Constituição ultrapassa o que está contido no texto constitucional para atingir a verdadeira essência do que ela protege. Nessa esteira, Dworkin sequer vislumbra sentido em diferenciar os chamados direitos implícitos dos explícitos. Afinal, qualquer dessas espécies representam direitos⁴⁶. A declaração universal dos direitos humanos, por exemplo, é mais do que uma lista, mais do que está escrito. Nela, estão inseridas diretrizes principiológicas, que traduzem um conteúdo vivo, plural e flexível.

Nesse raciocínio, Dworkin defende que uma Constituição inaugura uma comunidade de princípios, na qual os seus membros se reconhecem como pessoas livres, com igual respeito e consideração às diferenças, independente de condições sociais, religiosas ou econômicas⁴⁷. A integridade do direito representa um elemento central na construção interpretativa dessa comunidade de princípios, por ser capaz de interligar segurança jurídica e legitimidade decisória⁴⁸.

Regras e princípios, para Ronald Dworkin, são espécies do gênero normativo. Contudo, as regras predeterminam a aplicação da decisão, pois operam sob uma lógica binária (sim ou não, legal ou ilegal, constitucional ou inconstitucional). Já os princípios não preestabelecem os atos decisórios, pois indicam o caminho, ou seja, “uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas (ainda assim) necessita(m) de uma decisão em particular”⁴⁹.

44 CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 157.

45 DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge, Massachusetts: Havard University Press, 1985, p. 69.

46 **Idem. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, capítulo 5.

47 **Idem. O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 314.

48 CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 157, p. 67

49 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39. Em caminho análogo, Alexy afirmar que “os princípios são mandados de otimização”. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86. No mesmo sentido: “A tarefa não consiste na construção filosófica de uma ordem social fundada em princípios da justiça, mas na procura de princípios e determinações de objetivos válidos, a partir dos quais seja possível justificar uma ordem jurídica concreta em seus elementos essenciais, de tal modo que nela se encaixem todas as decisões tomadas em casos singulares, como se fossem componentes coerentes. [...] O espaço preenchido pela sobre-humana capacidade argumentativa de Hércules é definido, de um lado, pela possibilidade de variar a hierarquia dos princípios e objetivos e, de outro lado, pela necessidade de classifica criticamente a massa do direito positivo e de corrigir ‘erros’”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de

Esse giro linguístico abriu espaço para compreender a força normativa dos princípios⁵⁰. Ao passo que as regras operam de forma dual, binária, os princípios atuam de forma plúrima e, por isso, admitem dimensões de peso. Por meio dos princípios, o direito opera como medida, o que permite mensurações de valor, matiz, gradação, importância. Assim, enquanto as regras protegem valores por meio da adequação ou inadequação normativa, os princípios permitem sopesar valores em conflito⁵¹.

O filósofo belga François Ost, em uma linha de pensamento semelhante, identifica quatro concepções semânticas na ideia do direito como medida: norma, proporção, limite e ritmo. A valoração principiológica conduz o jurista na relevante tarefa de avaliar essas justas proporções, delimitar os graus de incidência e, conseqüentemente, a força do direito em sua aplicação:

Sobretudo, nada de final, nem de ponto final. Em vez do sinal de suspensão, o interlúdio, o entreacto, o intervalo. A pausa. O tempo de um balanço provisório, como um refrão, para melhor delimitar o jogo do tempo e do direito. Com efeito, esta dialéctica não tem síntese: não há saber absoluto que lhe ponha a palavra ‘fim’. Apenas três palavras, três etapas, que balizam o caminho percorrido: compasso, presente, responsabilidade. Este livro dedicou-se a medir o compasso do direito: exprimi o direito como medida, avaliando assim a sua força’ [...] O direito é Medida, pelo menos em quatro sentidos que vão da norma ao tempo. Em direito, tomam-se ‘medidas’: decisões, regras de conduta; fala-se de medidas de ordem pública, de medidas de segurança, de medidas conservatórias. Num segundo sentido, mais fundamental, o direito é instrumento de medida, como o é a régua que mede e a balança que pesa os interesses em conflito. Do direito, espera-se que avalie a justa proporção das relações, a importância das prestações e dos prejuízos, a igualdade dos direitos e dos deveres, como já o sublinhava Aristóteles. Expressão do meio justo, o direito é medida ainda num terceiro sentido, que é o do equilíbrio, da moderação, da prudência (*jurisprudencia*). Expressão do limite, ele exprime a ‘justa proporção’ das coisas; ao fazê-lo, opõe-se à desmesura da *ubris*, à qual prefere o comedimento da paciência, as afinações de ajuste permanente. Finalmente, o direito é medida num quarto sentido que a ideia de ‘comedimento’ anunciava: no seu trabalho de ajuste permanente, a medida jurídica é ritmo - o ritmo que convém, a harmonia de durações diversificadas, a escolha do momento oportuno, o tempo concedido ao andamento do social. Demasiado lento, provoca frustrações e alimenta as violências do amanhã; demasiado rápido, gera a insegurança e desencoraja a acção. É essa, então, a medida do direito: norma, proporção, limite e ritmo⁵².

Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 263.

50 BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 126.

51 **Ibidem**, p. 125.

52 Na obra *O tempo do Direito*, de François Ost, a palavra em língua francesa “measure” é traduzida ora como medida ora como compasso, conforme o seguinte esclarecimento contido na nota de rodapé da tradutora da versão em português lusitano: “Deverá ter-se em conta que a palavra francesa é *measure*, que, entre outros significados, remete para a ambivalência do compasso e da medida. Mas tendo em mente a metáfora musical subjacente à organização da obra desde o início, a tradução adoptada foi ‘compasso’, tratando-se inclusivamente de um compasso quaternário. No entanto, para que este interlúdio seja bem entendido, há que utilizar por vezes a palavra ‘medida’, já que o texto joga precisamente coma ambivalência semântica de *measure*”. OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 425 e 426. Esse acréscimo não está presente na tradução brasileira: OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. São Paulo: EDUSC, 2005, p. 399.

Em *Direito e Democracia*, Jürgen Habermas assinala que direito e moral se relacionam, mas não se confundem⁵³. As normas protegem valores, mas, justamente por isso, normas não são valores. O direito protege valores e, ao fazê-lo, assegura a credibilidade do próprio direito. Quando direitos e valores são confundidos, o direito corre riscos. Essa é uma fórmula típica dos períodos autoritários, nos quais o direito, pela omissão ou pelo reforço normativo, perde seu caráter crítico para se submeter a interesses absolutistas. A utilização imprecisa de norma como valor acarreta, assim, o surgimento de pretensões abusivas que se sobrepõem e esvaziam a legitimidade do direito. É o que ocorre sob a forma de ideais nacionalistas, crença irrestrita na figura do soberano, política de eliminação do inimigo, exclusão racial, religiosa ou na ausência de limites da atividade estatal.

Em uma análise axiológica sobre a Justiça de Transição, o conteúdo moral e o arcabouço principiológico são relevantes justamente para indicar ao direito qual a direção a ser seguida e, assim, coibir práticas jurídicas que sirvam ao autoritarismo⁵⁴. A aplicação do direito em sua relação com a Justiça de Transição deve operar sob uma lente que permita enxergar gradientes de valoração e matizes de importância. A medida que se impõe à Justiça de Transição, portanto, não deve ser outra senão a de um contrapeso inteligente, de forma a alcançar sua aplicação eficaz. Para lidar com momentos em que houve pouca ou nenhuma aplicação do direito em sua integridade, a medida da Justiça de Transição deve apresentar maior plasticidade valorativa e resgatar a integridade do direito. Dessa forma, direitos humanos, princípios constitucionais, sociais e democráticos revelam sentidos deontológicos e axiológicos de maior carga valorativa do que a simples obediência a normas ou obstáculos criados em contextos autoritários.

Nas circunstâncias históricas em que houve sistemática violação a direitos fundamentais, deficiência democrática, ausência de liberdade de expressão, violência institucionalizada, perseguições políticas e inobservância de garantias processuais mínimas, não resta alternativa ao direito senão levar a sério o resgate desses valores. Dessa maneira, o aplicador do direito será conduzido a uma solução que atenda à Justiça de Transição como forma de proteção à liberdade, à igualdade e aos valores

53 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 256. Sobre os conceitos de direito, moral e solidariedade, ver: HABERMAS, Jürgen. “**No turbilhão da tecnocracia: um apelo por solidariedade europeia**”. Em: Revista de Direito da Universidade de Brasília, v. 1, n. 2, jul/dez 2014, p. 25 e 27.

54 CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 128-129 e 132.

constitucionais que interligam gerações passadas e futuras⁵⁵. Desse pensamento, infere-se que, para períodos excepcionais, as medidas jurídicas devem operar sob um gradiente de contraexcepcionalidade.

Com essas considerações, é possível reformular a pergunta apresentada no início deste tópico com foco na Justiça de Transição. Dessa forma, questiona-se: “o que foi constituído no artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias?”. Uma possível resposta: constituiu-se uma coletividade de princípios que objetivam dar justo tratamento a problemas de um período de autoritarismo que ultrapassa gerações, por meio da integral observância às quatro dimensões da Justiça de Transição, que dizem respeito à memória, à reparação, à responsabilização e às reformas institucionais, a fim de que seja possível reconstruir a vida em sociedade de forma democrática e comprometida em não repetir os abusos do passado. Sem essa consciência, permaneceremos eternamente presos no que Habermas denomina de uma *era das transições inconclusas*⁵⁶.

5. RECONTEXTUALIZAÇÃO EMPÍRICA

Finalizada a construção teórica deste trabalho, é possível retomar os casos empíricos

55 Ver: PAIXÃO, Cristiano. “**Letteratura e Giustizia di Transizione nel Brasile Contemporaneo: testimonianza, memoria ed esperienze del tempo**”. Em: Dialogui tra Diritto, Letteratura e Política: Le Sfide della Globalizzazione e la Crisi del Costituzionalismo. Chieti: Solfanelli, 2016, p. 90 e 91. Na mesma linha, vale transcrever a seguinte reflexão de Michel Rosenfeld sobre a identidade constitucional: “Em um nível mais global da formação e evolução das identidades constitucionais, os processos metafóricos se entrecruzam com os metonímicos em um contínuo processo dialético. Essa dialética, no mais alto nível de abstração, enfrenta o desafio de projetar uma identidade que forneça apoio à percepção de que a mesma Constituição perdura através das gerações, fazendo-a recuar até a dos constituintes. No nível mais concreto dos direitos constitucionais específicos, essa dialética objetiva promover um equilíbrio entre o polo da identidade e o polo contrário da diferença. O que talvez seja melhor exemplificado por meio dos direitos constitucionais à igualdade”. ROSENFELD, Michel. **A identidade do Sujeito Constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 86. Sobre igualdade, vale a passagem de Adorno e Horkheimer: “A horda, cujo nome sem dúvida está presente na organização da Juventude Hitlerista, não é nenhuma recaída na antiga barbárie, mas o triunfo da igualdade repressiva, a realização pelos iguais da igualdade do direito à injustiça. [...] Antes, os fetiches estavam sob a lei da igualdade. Agora, a própria igualdade torna-se fetiche”. ADORNO, Theodor W; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**. Trad. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985, p. 24 e 27.

56 HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 17. Semelhante: “No Brasil, a Justiça de Transição ou, em outras palavras, ‘a tentativa de construir uma paz sustentável após conflitos, violência em massa, ou abusos sistemáticos contra os direitos humanos’ (VAN ZYL, 2011, p. 45) constitui importante corretivo para a legalidade autoritária, pois um de seus objetivos é a reforma das instituições criadas com propósitos autoritários, mas que resistiram à passagem para a democracia (SILVA FILHO; ABRÃO; TORELLY, 2013). A Justiça de Transição, originalmente concebida como um tipo especial de justiça aplicável apenas a um limitado período de mudança de regime, tornou-se, no Brasil, uma plataforma de variados movimentos sociais interessados em ‘democratizar a democracia’ e reformar a legalidade autoritária. Isso parece-se com uma luta permanente, que jamais terá fim”. PEREIRA, Anthony. **A tradição da legalidade autoritária no Brasil**. Trad. Marcelo Torelly. Em O direito achado na rua: Introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Vol. VII. José Geraldo de Sousa Junior e outros (Org.) Brasília: UnB, 2015, p. 157.

apresentados no início do texto. O primeiro caso, referente ao pilar da memória e da verdade, tratou da disputa sobre o nome de uma ponte em Brasília. A aplicação do direito no tribunal de segunda instância restringiu-se a questões formais, referentes ao órgão e ao procedimento para alteração do nome do logradouro público. Embora, em primeira instância, o juiz tenha registrado que tais formalidades eram sanáveis no curso do processo, essa possibilidade não foi enfrentada pelo tribunal. Tampouco se debateu a importância de nomear obras públicas como forma de criar uma consciência memorial, histórica e cultural sobre uma das mais longas ditaduras da América Latina. Da mesma forma, desconsiderou-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem recomendado ao Brasil a alteração das nomenclaturas de vias públicas como forma de proteção à memória e busca da verdade. Nesse ponto, vale destacar que o Brasil segue com um número maior de ruas batizadas com nomes de ditadores do que com nomes das vítimas⁵⁷. Por essa razão, o julgamento do caso não compreendeu a excepcionalidade da Justiça de Transição quanto ao compromisso constitucional em enfrentar um passado de abusos e construir uma memória coletiva, inclusive nas obras públicas que se relacionam com o cotidiano uma sociedade fraturada por interstício de ditadura.

A segunda situação, que diz respeito ao pilar da reparação de danos às vítimas, retrata as declarações de uma Ministra de Estado, que tenta impor óbices para a consecução da política constitucional reparatória, sob a alegação de que o governo ditatorial se findou há três décadas. Todavia, a representante da pasta no Poder Executivo não observa que as pretensões reparatórias decorrentes de violações de direitos fundamentais em períodos de exceção não estão sujeitas aos obstáculos do transcurso do tempo, consoante decidido pelas instâncias superiores dos tribunais nacionais⁵⁸. As declarações feitas à mídia nacional mostram desconhecimento de que o artigo 8º do

57 Um projeto cruzou os nomes de torturadores e vítimas, obtidos a partir do relatório da Comissão Nacional da Verdade, com nomes de ruas públicas brasileiras, obtidos a partir do sistema *Open Street Map*, uma plataforma colaborativa que contém informações sobre localizações geográficas, endereços e nomes de logradouros públicos. Observou-se que o Brasil possui 2.896 quilômetros de ruas batizadas com nomes de pessoas responsáveis por torturas e mortes cometidas durante o regime militar, enquanto possui apenas 164 quilômetros de vias públicas com nomes de vítimas do período da ditadura. Disponível em <https://apublica.org/2017/10/nas-ruas-do-brasil-a-ditadura-ainda-vive/>.

58 Nesse sentido, no Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 553.710 (Tema 394 da Repercussão Geral). Distrito Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. Acórdão publicado no Diário de Justiça Eletrônico do dia 31/08/2017. No Superior Tribunal de Justiça: “A jurisprudência desta Corte Superior entende que a prescrição quinquenal, disposta no art. 1º do Decreto 20.910/1932, é inaplicável aos danos decorrentes de violação de direitos fundamentais, que são imprescritíveis, principalmente quando ocorreram durante o Regime Militar, época na qual os jurisdicionados não podiam deduzir a contento as suas pretensões”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça remo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.176.213. Distrito Federal. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento do dia 26/05/2015. Acórdão publicado no Diário de Justiça Eletrônico do dia 10/06/2015.

ADCT e a Lei 10.559/02, ao retroagirem décadas antes de sua edição, significaram uma renúncia a qualquer tipo de limite temporal para o exercício de ações que se fundamentam em situações de violações excepcionais. Tampouco parece existir consciência na fala da autoridade pública quanto ao atraso na transição democrática, nas edições normativas específicas e na implantação de uma agenda com medidas efetivas de Justiça de Transição no Brasil. Esse atraso resultou em um insuficiente enfrentamento do passado autoritário pela sociedade brasileira. Enfim, no segundo caso empírico, não se compreendeu que a excepcionalidade das reparações constitucionais devidas às vítimas não admite uma submissão a caprichos impeditivos do tempo.

O terceiro caso reside no contexto da responsabilização dos agentes responsáveis pela tortura e morte do jornalista Herzog. Nessa situação, foi conferida interpretação extensiva aos pressupostos processuais de coisa julgada e prescrição. Não se observou que o ato de arquivamento do inquérito sequer havia ingressado na análise de mérito e que violações de direitos contra a humanidade não estão sujeitas à prescrição da pretensão punitiva. Tampouco foi atribuída importância à condenação do Estado Brasileiro em casos antecedentes, a exemplo do caso Gomes Lund x Brasil, o que poderia ter evitado nova condenação perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, não se compreendeu a excepcionalidade da responsabilização como forma de construção de um estado democrático após períodos de exceção.

A quarta situação, inserida na dimensão da reforma das instituições, trata da mudança legislativa que ampliou a competência da Justiça Militar. Ao admitir que uma justiça de natureza especializada militar possa julgar crimes contra civis, o legislador envolveu no caminho da construção democrática. Desconsiderou-se a tendência mundial de extinguir a Justiça Militar em tempos de paz, tal como ocorreu na França, em Portugal, e quase todas as nações democráticas do mundo. Desprezou-se a recomendação reiterada e amplamente difundida da Comissão Interamericana de Direitos Humanos de que crimes contra o cidadão comum devem ser de competência da justiça ordinária, em respeito ao princípio do juiz natural, intimamente ligado ao próprio conceito de acesso à justiça⁵⁹. Portanto, nesse exemplo, foi ignorada a excepcionalidade das reformas institucionais a que se refere a Justiça de

59 Essa recomendação consta, por exemplo, em: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Radilla Pacheco vs México. Ver: TORREÃO, Marcelo Pires. **“Justiça de Transição e Reforma das Instituições: alterações estruturais no Poder Judiciário Militar brasileiro”**. Em: Justiça de Transição no Brasil: apontamentos. ALMEIDA, Eneá de Stutz (Org.) Curitiba: CRV, 2017, p. 217.

Transição como forma de reconstrução de novos organismos comprometidos em restaurar a confiança cívica da sociedade brasileira.

6. CONCLUSÃO

Após a apresentação de alguns exemplos empíricos, o texto analisou teorias sobre o estado de exceção e sua relação com o direito. Concluiu-se que, sob qualquer ótica, o direito é enfraquecido no estado de exceção. Na sequência, foi trabalhada a característica da excepcionalidade dos valores que fundamentam a Justiça de Transição. Nesse tópico, foi alcançada a compreensão de que a Justiça de Transição deve proteger valores relacionados ao enfrentamento do legado autoritário e à construção de uma sociedade baseada na democracia e na proteção aos direitos fundamentais. Passou-se a analisar o direito como medida. Verificou-se que a medida da Justiça de Transição deve representar um contrapeso ao estado de exceção com o objetivo de proteger, com máxima eficácia valorativa, as bases de sustentação do Estado de direito e evitar retrocessos histórico-democráticos. Em seguida, os exemplos empíricos foram reanalisados com base nas ideias desenvolvidas ao longo do texto. Concluiu-se que os casos analisados se afastam de uma compreensão constitucional íntegra sobre a excepcionalidade da Justiça de Transição. Por essas razões, apresenta-se relevante a construção de uma consciência coletiva a respeito da contraexcepcionalidade das medidas que envolvem a Justiça de Transição no Brasil, a fim de evitar novos retrocessos no curso da história democrática brasileira.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor W; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*. Trad. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004.
- _____. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burgo. Belo Horizonte: UFMG, 2004.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALMEIDA, Eneá de Stutz. “Uma breve Introdução à Justiça de Transição no Brasil”. Em: *Justiça de Transição no Brasil: apontamentos*. ALMEIDA, Eneá de Stutz (Org.) Curitiba: CRV, 2017.
- ALMEIDA, Eneá de Stutz; TORELLY, Marcelo D. “Justiça de Transição, Estado de Direito e Democracia Constitucional: Estudo preliminar sobre o papel dos direitos decorrentes da transição política para a efetivação do estado democrático de direito”. Em: *Sistema Penal & Violência: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito*, v. 2, nº 2, Porto Alegre: PUCRS, 2010.
- ALVES, Adamo Dias; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. “Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção”. Em: *Revista Brasileira de Estudos Políticos* nº 105. Belo Horizonte, jul/dez 2012.
- ARENDT, Hannah. *Lições sobre a filosofia política de Kant*. Trad. André Duarte de Macedo. 2ª edição. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.
- BENJAMIN, Walter. “Sobre o conceito da História”. Em: *Obras Escolhidas*. Trad. Sergio Paulo Rouanet. São Paulo, Brasiliense, 1985.
- _____. “Crítica da violência: Crítica do poder”. Em: *Documentos de cultura, documentos de barbárie*. Org. e apres. Willi Bolle. São Paulo: Cultrix, 1986.
- _____. “Origem do drama barroco alemão”. Trad. Sergio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1984. Em: *Documentos de cultura, documentos de barbárie*. Org. e apres. Willi Bolle. São Paulo: Cultrix, 1986.
- _____. *Über den Begriff der Geschichte*. In *Gesammelte Schriften*. Frankfurt: Suhrkamp, 1942.
- BICKFORD, Louis. “Transitional Justice”. Em: *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, vol. III, Nova Iorque: Mack Millan, 2004.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BRASIL. Seção Judiciária Federal de São Paulo. Processo nº 2008.61.81.013434-2. Sentença proferida em 09/01/2009.

- BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Arguição de Inconstitucionalidade 0003310-18.2018.807.0000. Acórdão disponibilizado no dia 12/11/2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça remo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.176.213. Distrito Federal. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento do dia 26/05/2015. Acórdão publicado no Diário de Justiça Eletrônico do dia 10/06/2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 553.710 (Tema 394 da Repercussão Geral). Distrito Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. Acórdão publicado no Diário de Justiça Eletrônico do dia 31/08/2017.
- CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- CARVALHO NETTO, Menelick de Carvalho et al. “Os desaparecimentos forçados e a clandestinidade do regime militar na mesma margem do Araguaia”. Em: Revista Direitos Fundamentais & Justiça, ano 6, n. 20.
- CASTELLS, Manuel. Ruptura: a crise da democracia liberal. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Herzog e outros vs. Brasil.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Radilla Pacheco vs México.
- DE GREIFF, Pablo. The Handbook of Reparations. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- DERRIDA, Jacques. Séminaire la bête et le souverain. Vol. 1. Paris: Galilée, 2008;
- DWORKIN, Ronald. A Matter of Principle. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985.
- _____. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ELSTER, Jon. Rendición de Cuentas: La Justicia Transicional en Perspectiva Histórica. Buenos Aires: Katz, 2006.
- FICO, Carlos. “Ditadura militar brasileira: aproximações teóricas e historiográficas”. Em: Revista Tempo e Argumento, Florianópolis, v. 9, n. 20, 2017.
- FRASER, Nancy. “Justiça Anormal”. Em: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo nº 108.
- FULLER, Lon Luvois. “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”. Em: Harvard Law Review nº 71, 1958.

GENRO, Tarso. Teoria da Democracia e Justiça de Transição. Belo Horizonte: UFGM, 2009.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. Era das transições. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. “No turbilhão da tecnocracia: um apelo por solidariedade europeia”. Em: Revista de Direito da Universidade de Brasília, v. 1, n. 2, jul/dez 2014.

_____. The crisis of the european union: a response. Trad. Ciarian Cronin. Cambridge: Polity, 2012.

HANSEN, Thomas Obel. “The Time and Space of Transitional Justice”. Em: Transitional Justice Institute Research Paper nº16-11. Reino Unido: Edward Elgar Publishing.

HART, Herbert Lionel Adolphus. “Positivism and the Separation of Law and Morals”. Em: Harvard Law Review, nº 71, 1958.

HONNETH, Axel. Pathologies of reason: on the legacy of critical theory. Trad. James Ingram. New York: Columbia University, 2009.

KARAM DE CHUEIRI, Vera; CÂMARA, Heloísa Fernandes. “(Des)ordem constitucional: engrenagens da máquina ditatorial no Brasil pós-64”. Em: Lua Nova: Revista de Cultura e Política, Vol. 95, 2015.

MATE, Reyes. “Memoria y justicia transicional”. Em: O direito achado na rua: Introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Vol. VII. José Geraldo de Sousa Junior e outros (Org.) Brasília: UnB, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. “The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies”. Em: Relatório da Secretaria Geral do Conselho de Segurança. Nova Iorque: ONU, 2004.

OST, François. O tempo do direito. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

_____. O tempo do direito. Trad. Élcio Fernandes. São Paulo: EDUSC, 2005.

PAIXÃO, Cristiano. “Letteratura e Giustizia di Transizione nel Brasile Contemporaneo: testimonianza, memoria ed esperienze del tempo”. Em: Dialogui tra Diritto, Letteratura e Política: Le Sfide della Globalizzazione e la Crisi del Costituzionalismo. Chieti: Solfanelli, 2016.

PEREIRA, Anthony W. Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. Trad. Patricia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Terra e Paz, 2010.

_____. “A tradição da legalidade autoritária no Brasil”. Trad. Marcelo Torelly. Em: O direito achado na rua: Introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Vol. VII. José Geraldo de Sousa Junior e outros (Org.) Brasília: UnB, 2015.

PINHEIRO, Paulo Sergio. Estado e Terror. Em NOVAES, Adauto (coord.). Ética. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

- POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. “Transitional Justice as Ordinary Justice”. Em: Harvard Law Review, v. 117, n. 3, 2004.
- ROSENFELD, Michel. A identidade do Sujeito Constitucional. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- SCHMITT, Carl. Die Diktatur. Munich, Leipzig: Duncker & Humblot, 1921.
- SCHMITT, Carl. La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberania hasta la lucha de clases proletaria. Trad. José Díaz García. Madrid: Alianza, 1999.
- SCHMITT, Carl. Teologia política. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SCHMITT, Carl. Politische Theologie. Munich, Leipzig: Duncker & Humblot, 1922.
- SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016.
- TEITEL, Ruti. Transitional Justice. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- TORREÃO, Marcelo Pires. “Justiça de Transição e Reforma das Instituições: alterações estruturais no Poder Judiciário Militar brasileiro”. Em: Justiça de Transição no Brasil: apontamentos. ALMEIDA, Eneá de Stutz (Org.) Curitiba: CRV, 2017.
- TORELLY, Marcelo. “Justiça de Transição - origens e conceito”. Em: O direito achado na rua: Introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Vol. VII. José Geraldo de Sousa Junior e outros (Org.) Brasília: UnB, 2015.
- VALIM, Rafael. Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Contracorrente, 2017.
- VAN ZYL, Paul. “Promovendo a Justiça Transicional em sociedades pós-conflito”. Em: Revista Anistia Política e Justiça de Transição. Brasília: Ministério da Justiça, n. 1, 2009

SEGURANÇA, PALAVRA DE ORDEM: OS INFLUXOS DO AUTORITARISMO PENAL NA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTITERROR CHILENA E BRASILEIRA

SECURITY, WATCHWORD: THE INFLOWS OF CRIMINAL AUTHORITARIANISM IN THE APPLICATION OF CHILEAN AND BRAZILIAN ANTI-TERROR LEGISLATION

Evandro Piza Duarte

Professor de Processo Penal e Criminologia na Faculdade de Direito (UnB).

Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

João Victor Nery Fiocchi Rodrigues

Doutorando em Sociologia pela Universidade da Pensilvânia (UPenn)

Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

RESUMO

O texto analisa o caso *Norín Catrیمان y Otros vs. Chile*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em maio de 2014, a partir de uma perspectiva que o desloca da posição de um caso isolado de aplicação equivocada da legislação antiterror e o insere no contexto latino-americano de generalizadas violações a direitos e liberdades individuais de integrantes de grupos vulneráveis por meio da intervenção penal repressiva. Nesse empreendimento, traz-se o tratamento conferido ao Movimento dos Sem-Terra, em que a rejeição ao dissenso político e a negativa de direitos e liberdades dos manifestantes também se deu pela via da criminalização, mesmo antes da criação de uma legislação antiterror. Assim, esclarece-se que, a despeito dos inequívocos perigos advindos da tipificação do crime de terrorismo a partir de uma norma incriminadora de caráter amplo e aberto, é certo que, na América Latina, as violações cotidianas a direitos e liberdades constitucionais têm se dado sem a necessidade do recurso à legislação de exceção. Porém, o uso da legislação antiterror se apresenta também agora no Brasil com a criação da Lei 13.260 de 16 de março de 2016, como mais um mecanismo de ampliação e antecipação da tutela penal direcionada a grupos vulneráveis, mas que são definidos como “perigosos”, inserindo-se em uma dinâmica enraizada de cerceamento seletivo e rotineiro de direitos e liberdades, ancorada nos imperativos genéricos de defesa da segurança e de manutenção da ordem. Tais casos corroboram uma longa trajetória de estratégias antidemocráticas de criminalização da questão social.

Palavras-chave: Povo Mapuche. MST. Criminalização. Autoritarismo Penal. Legislação antiterror.

ABSTRACT

The article analyzes the case *Norín Catrín y Otros v. Chile*, judged by the Inter-American Court of Human Rights in May 2014, from a perspective that shifts it from the standpoint of an isolated case of misapplication of the anti-terror legislation and places it in the Latin American context of widespread violations of individual rights and freedoms of members of vulnerable groups through repressive criminal interventions. In this context, the treatment of the Landless Workers Movement (MST) is evidenced, in a context in which the rejection of political dissent and the denial of the rights and freedoms of protesters also occurred through criminalization, even before the creation of an anti-terror legislation. Thus, despite the unequivocal dangers arising from the typification of the crime of terrorism from a broad and open incriminating law, it is certain that in Latin America daily violations of constitutional rights and freedoms have occurred without the need to resort to an “exception legislation”. However, the use of anti-terror legislation is now also present in Brazil with the creation of Law 13.260 of March 16, 2016, as another mechanism for expanding and anticipating criminal control aimed at vulnerable groups, that are defined as “dangerous”, falling within a deep-rooted dynamic of selective and routine curtailment of rights and freedoms, anchored in the generic imperatives of defending security and maintaining order. Such cases corroborate a long history of undemocratic strategies to criminalize social issues.

Keywords: Mapuche People. MST (Landless Workers’ movement). Criminalization. Criminal Authoritarianism. Anti-Terrorism Legislation.

INTRODUÇÃO

Em agosto de 2015, a Câmara dos Deputados do Brasil aprovou o parecer do deputado Arthur Oliveira Maia (SD-BA) para o Projeto de Lei n. 2.016/2015¹, que tipifica o crime de terrorismo. A lei, além de prever um tipo penal misto alternativo em que múltiplas condutas são consideradas práticas terroristas (às quais comina pena de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão), criminaliza também os atos preparatórios e o financiamento do terrorismo, bem como permite a aplicação dos procedimentos investigatórios previstos na Lei n. 12.850/2013 e a imposição de prisão temporária aos indiciados por esse crime.

A aprovação do projeto reacendeu o candente debate relativo à criminalização do terrorismo no país, já presente nas discussões que permearam a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, que culminaram com a determinação constitucional de que o terrorismo constitui crime hediondo

1 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1369649&filename=PEP+1+CCJC+%3D%3E+PL+2016/2015>

(CF/88, artigo 5º, XLIII) ². Um dos principais pontos de controvérsia atinentes ao tema, já em voga nos debates da Constituinte, refere-se à possibilidade de criminalização das ações de movimentos sociais por meio do tipo penal de terrorismo em função de seu caráter amplo e aberto.³ Diante da polêmica, o PL n. 2.016/15 determina que o tipo penal de terrorismo não abranja a “conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais ou sindicais movidos por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender ou buscar direitos, garantias e liberdades constitucionais” (artigo 2º, § 2º).

O projeto, além de dividir a opinião dos parlamentares, recebeu críticas diversas, oriundas de grupos e movimentos sociais, bem como de membros de instituições estatais atuantes na persecução penal. Desse modo, o debate do PL dividiu-se em um lado exercendo uma ‘oposição negativa’ e pretendendo perpetuar a resistência à norma internacional, ou seja, pela rejeição do PL 2016, estavam os movimentos sociais e as organizações ligadas à defesa dos Direitos Humanos. De outro, exerciam uma ‘oposição positiva’ aqueles entes estatais que pretendiam que a lei eventualmente adotada fosse mais ampla e tratasse de mais temas do que inicialmente se propôs no poder executivo. (FRANCE, 2017). Nesse contexto, Durante as discussões do projeto no Senado Federal, chegou-se a propor a retirada do §2º do art. 2º, que exclui a aplicação da lei de manifestações sociais e políticas, modificação essa considerada necessária para a “salvaguarda da segurança do corpo social” e para extirpar “da norma a autorização legal ao ‘terror do bem’, ‘terrorismo virtuoso’ ou ‘terror includente’”. Tentou-se incluir, na definição de ato terrorista, o termo “extremismo político” (ÁVILA, OLIVEIRA, 2018).

Nesse contexto, foi recorrente a menção, em tom de alerta, à utilização da legislação antiterror no Chile, para criminalizar atos de protesto e manifestação popular com base na Lei n. 18.314/1984, o que acabou conduzindo à condenação do país pela violação de direitos e liberdades civis e políticas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CoIDH)⁴.

2 “XLIII - A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

3 À propósito Mateus Utzig “Por sua vez, a proibição do terrorismo permaneceu como um fantasma invocado para se reprimir as liberdades políticas dos movimentos populares e das novas gerações. (UTZIG, 2015)

4 Em relação especificamente ao sistema interamericano de direitos humanos, com frequência se fazia referência ao *Norín Catrimán e outros vs. Chile*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Naquele caso, a Corte condenou o Estado chileno pela tipificação vaga do crime de terrorismo, em desrespeito aos princípios da legalidade e da presunção de inocência, resultando na criminalização de movimentos sociais ligados a grupos indígenas. (FRANCE, 2017)

Nessa trilha, o presente texto visa a analisar os fundamentos utilizados no julgamento do caso *Norín Catrimán y Otros vs. Chile*, em maio de 2014, para condenar o Chile pela aplicação da Lei n. 18.314/1984 em relação a atos praticados no curso de manifestações e protestos sociais por parte de membros do Povo Indígena Mapuche. Após apresentar o caso, o trabalho visa a esclarecer que, a despeito dos inequívocos perigos advindos da tipificação do crime de terrorismo a partir de uma norma incriminadora de caráter amplo e aberto, é certo que, no contexto latino-americano, as violações cotidianas a direitos e liberdades constitucionais têm se dado sem a necessidade do recurso à legislação de exceção.

Por isso, observa-se que a edição da legislação antiterror e o risco de sua utilização para o cerceamento de direitos civis e políticos se insere como *mais um* mecanismo de repressão a grupos e indivíduos reputados como perigosos pelo Estado. Assim, na América Latina, em função da priorização da preservação da ordem em detrimento da proteção de direitos e liberdades dos cidadãos, a preocupação com a edição de leis antiterror deve se inserir em uma discussão mais ampla acerca dos fins, fundamentos e limites do exercício do poder coercitivo e punitivo do Estado, e, especialmente de nossa tradição de “autoritarismo penal”.

1. O JULGAMENTO DO CASO NORÍN CATRÍMAN Y OTROS V. CHILE PELA COIDH: O RECONHECIMENTO DA VIOLAÇÃO DE DIREITOS E LIBERDADES EM FUNÇÃO DA APLICAÇÃO DA LEI ANTITERROR

Em 29 de maio de 2014 –, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou unanimemente o Estado Chileno por diversas violações a direitos consagrados na Convenção Americana, em função da utilização da Lei n. 18.314/1984 (Lei Antiterror) para criminalizar a participação política em manifestações de integrantes do povo indígena Mapuche⁵, os quais reivindicavam a recuperação, o

5 “1. Socialmente, el Pueblo indígena Mapuche está organizado en comunidades llamadas Lof, las que están compuestas de grupos familiares y se congregan en varias entidades territoriales. Geográficamente los mapuche se encuentran concentrados en el sur del país, especialmente en las Regiones VIII (Biobío), IX (Araucanía) y X (Los Lagos, de la que en el 2007 se separó la provincia de Valdivia para formar la actual Región XIV de Los Ríos), y también tienen una presencia importante en el área metropolitana de Santiago. Actualmente, la Región VIII (Biobío) se divide en las provincias de Arauco, Biobío, Concepción y Ñuble; y la capital es Concepción; y la Región IX (Araucanía) se divide en las provincias de Cautín y Malleco y la capital es Temuco. Según los datos del censo de 2002, el 4,6% de la población

gozo, o uso e a fruição de terras ancestrais.

As Regiões VIII (*Biobío*), IX (*Araucanía*) e X (*Los Lagos*), situadas ao sul do Chile, foram o palco dos acontecimentos que ensejaram a condenação penal das vítimas. Frente a uma escalada nos conflitos de propriedade nessas regiões⁶, houve uma conseqüente radicalização quanto às medidas de pressão adotadas pelo Povo Mapuche, que procederam a atos como o incêndio de plantações florestais, cultivos e instalações patronais, a ocupação de terras para além das que já estavam em processo de reclamação em curso, a interrupção de vias de comunicação, a destruição de equipamentos, cercas e maquinaria, além de enfrentamentos diretos com o aparato repressor do poder público.

Em decorrência disso, houve um significativo aumento no número de pessoas dessa comunidade indígena (dirigentes e membros) investigadas e julgadas por atos violentos vinculados a manifestações e protestos sociais. Para a maioria dos casos foi aplicada legislação penal ordinária. Para um contingente menor foi acionada a Lei n. 18.314/1984, em função do entendimento de que teriam sido praticados delitos terroristas. Para o período abrangido entre 2000 e 2013, por 19 vezes o Ministério Público chileno formalizou denúncias com base na legislação antiterrorismo. Doze delas estavam vinculadas à luta por reivindicação de terras por parte de membros do Povo Mapuche entre os anos de 2001 e 2002 nas referidas regiões, demonstrando forte tendência à criminalização mais severa dos protestos e manifestações desse grupo.

Nenhum dos atos atribuídos às vítimas (incêndio de área florestal, ameaça de incêndio a caminhão de empresa privada) gerou danos à integridade física de pessoas. Segundo Aniceto Norín

total de Chile se consideraba perteneciente a algún grupo étnico y, dentro de ese porcentaje, el 87,31% (o algo más del 4% de la población total) correspondía al Pueblo indígena Mapuche.” Ver em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf; p. 24, acessado em 18/05/2015.

6 “80. La protesta social en la zona se vio incrementada por el impacto de que, desde finales del siglo XX, se permitiera una mayor explotación por empresas forestales y la construcción de proyectos de desarrollo en parte de las tierras que las comunidades mapuche consideran que constituyen sus territorios ancestrales. Ello trajo como consecuencia que “[l]as cada vez más reducidas tierras comunales se [...] enc[uentren] aisladas dentro de propiedades de particulares, [afectando el] acceso a los bosques que son tradicional medio de subsistencia de los mapuche”. Además, la construcción de ‘grandes proyectos de desarrollo’ en la primera década del siglo XXI, como centrales hidroeléctricas y carreteras, generó una serie de ‘conflictos sociales en torno a los efectos sobre los derechos humanos de los indígenas’. La construcción de la central hidroeléctrica Ralco en la Provincia de Bío Bío, VIII Región, tuvo particular impacto y oposición de las comunidades indígenas por las miles de hectáreas de tierra que serían inundadas y comunidades trasladadas.

81. En el contexto de esa protesta social se incrementó el nivel de conflictividad en dichas regiones. Aparte de las movilizaciones sociales y de otras medidas de presión como la ocupación de las tierras demandadas, se presentaron algunas acciones de hecho y violentas calificadas como ‘graves’ tales como la ocupación de tierras no ligadas a procedimientos de reclamación en curso, incendio de plantaciones forestales, cultivos, instalaciones y casas patronales, destrucción de equipos, maquinaria y cercados, cierre de vías de comunicación y enfrentamientos con la fuerza pública.”

Ver em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf; p. 26, 27, acessado em 21/06/2015.

Catrimán e Pascual Huentenqueo Pichún Paillalao foram condenados a cinco anos e um dia de prisão pela prática do delito de ameaça de incêndio terrorista, sendo-lhes imputadas penas acessórias de inabilitação, as quais cercearam os direitos de liberdade de expressão e os direitos políticos. Juan Ciriaco Millacheo Licán, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia e Patricia Roxana Troncoso Robles foram condenados a dez anos e um dia de prisão pelo delito de incêndio terrorista, acrescido da pena de inabilitação, restringido o exercício de seus direitos políticos. Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, por sua vez, foi condenado a cinco anos e um dia de prisão pelo delito de queima de um caminhão de empresa privada – conduta tipificada como terrorista, art. 2º nº 4 da Lei 18.314, com pena de inabilitação quanto à restrição de direito de liberdade de expressão e quanto ao exercício de seus direitos políticos.

Diante de tais condenações, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que o Chile era responsável pela violação do princípio da legalidade e do direito à presunção de inocência, do princípio da igualdade e da não discriminação, do direito de igual proteção perante a lei e do direito à liberdade pessoal, do direito a recorrer do caso em instância superior, e dos direitos políticos. Ademais, considerou que o Estado violou o direito da defesa de interrogar testemunhas nos casos de Pascual Huentenqueo Pichún Paillalao e Víctor Ancalaf Llaupe; o direito à liberdade de pensamento e de expressão nos casos de Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentenqueo Pichún Paillalao e Víctor Manuel Ancalaf Llaupe; o direito de proteção da família, no caso de Víctor Ancalaf Llaupe.

No que tange as violações mencionadas, algumas questões merecem destaque. A Corte Interamericana compreende que a reserva de identidade para testemunhas (testemunha oculta) - instituto criado sob a alegação de salvaguardar os direitos à vida, à segurança pessoal à liberdade das testemunhas - restringe a fruição do direito que a defesa possui de interrogar essas mesmas testemunhas. Sem conhecer a identidade das testemunhas, a defesa não dispõe de meios para aferir se a declaração dada por elas é verdadeira ou não, tampouco consegue tentar verificar a confiabilidade dessas pessoas, se elas podem ter agido movidas por concepções preconceituosas, ou ainda se há algum grau de inimizade com relação às vítimas.

Esse instituto foi utilizada nos processos de Ancalaf Llaupe, Norín Catrimán e de Pichún Paillalao. Todavia, para a Corte, os processos deveriam respeitar requisitos mínimos para que a reserva de identidade não violasse o direito da defesa. Dever-se-ia observar os princípios de proporcionalidade

e de necessidade como bases para realizar o controle judicial, sendo acionado o instituto apenas como uma medida de exceção, em que fosse verificada situação de risco concreto para a testemunha. Deveria também haver uma análise do quão afetado foi o direito da defesa ao se lançar mão de medidas – e se houve medidas de contrapeso para equilibrar a situação. Ademais, em nenhuma hipótese, a condenação penal poderia estar fundamentada exclusivamente por depoimentos colhidos sob a égide da reserva de identidade de testemunhas – o que ocorreu especificamente no caso de Pichún Paillalao. No caso Víctor Ancalaf Llaupe, por exemplo, não houve motivação particular para o uso da reserva de identidade, mas mera referência aos dispositivos legais aplicáveis. A vítima não teve conhecimento acerca da identidade das testemunhas tampouco teve acesso ao conteúdo de seus depoimentos, não sendo possível o controle de legalidade desses atos, por absoluta falta de conhecimento. Por sua vez, no caso de Norín Catrimán e Pichún Paillalao, havia também a vedação a captar suas imagens por quaisquer meios. Quanto ao fato de as condenações terem sido exclusivamente fundamentadas em depoimentos dessas testemunhas, a conclusão do Tribunal não é a mesma para todos os condenados. Todavia, no caso Norín Catrimán, condenado por ameaça de incêndio terrorista, a responsabilização do autor não se fundou exclusivamente nesse tipo de testemunho. Para a Corte a inexistência de um controle judicial eficaz não foi suficiente para se falar em violação ao artigo 8.2.f da Convenção⁷.

Quanto à violação à liberdade de pensamento e de expressão, Norín Catrimán, Ancalaf Llaupe e Pichún Paillalao foram condenados nas penas acessórias do artigo 9º da Carta Magna chilena. Esse dispositivo constitucional prevê inabilitação por 15 anos para o envolvimento em atividades relativas à difusão de opinião e pensamento.

Artículo 9º - El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos.

Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Los responsables de estos delitos quedarán **inhabilitados por el plazo de quince años** para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; **para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones**; ni podrán ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo. Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley. – grifo nosso.

⁷ **Artigo 8. Das Garantias Judiciais**, 2. Toda pessoa acusada de delito tem o direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.

Los delitos a que se refiere el inciso anterior serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo. – grifo nosso

Diante do fato de não haver uma correspondência proporcional entre a situação do caso sob análise e de estarem as sentenças condenatórias baseadas em legislação que viola garantias processuais e o princípio da legalidade, a Corte Interamericana entendeu descabida a pena acessória que limita e reduz a possibilidade de exercício do direito à liberdade de pensamento e expressão das três vítimas anteriormente mencionadas.

O Tribunal destacou que a hipótese de violação era grave, pois os alvos desse cerceamento de direitos eram lideranças e autoridades tradicionais do povo indígena Mapuche. A criminalização, nesse particular, se traduz em um empecilho à atuação dessas pessoas em suas tarefas de representar a comunidade – que envolve ocupar funções e atuar ativamente em meios de comunicação social para a difusão de opiniões, informações e ideias. Essa violação à liberdade de pensamento e de expressão constituiria um perigoso precedente, pois, para a Corte, emerge daí um potencial de intimidação quanto ao exercício desses mesmos direitos por parte de outros integrantes da mesma etnia. Espriar-se-ia um temor dentro da comunidade que a atuação de membros dessa comunidade será alvo de represálias inibindo a participação de pessoas engajadas em protestos sociais reivindicatórios de direitos – como o direito a terras. Logo, o Tribunal decidiu que o Chile agiu em contrariedade ao artigo 13.1⁸ (analisado em conjunto com o artigo 1.1) da Convenção Americana.⁹

8 **Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão**

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

9 Importante destacar, ainda, que a Corte Interamericana decidiu não caber à mesma pronunciar-se quanto à alegada violação do direito a um juiz ou tribunal imparcial – quatro votos a favor e dois, contra. Decidiu, também, que não cabe emitir pronunciamento quanto à alegada violação do dever de adotar medidas de direito interno no que tange o direito da defesa de interrogar testemunhas.

2. O EXERCÍCIO DO PODER COERCITIVO E PUNITIVO NA AMÉRICA LATINA: A TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA E O “AUTORITARISMO COOL”

O caso *Norín Catríman y otros v. Chile* não constitui em uma incidência singular e isolada de inobservância de direitos e garantias básicas de suspeitos e acusados, que destoaria dos modos características e sentidos que marcam a incidência do sistema penal no contexto latino-americano. Algumas características do exercício do poder punitivo no contexto latino-americano se traduzem em violações sucessivas e cotidianas de direitos individuais e permitem constatar que práticas autoritárias e repressivas são implementadas mesmo sem a utilização de uma legislação declaradamente antiterror ou de exceção.

Nesse passo, a despeito das divergências entre os percursos sócio-históricos dos países da América Latina, é certo que a região, marcada pelo passado colonial e pelo pertencimento posterior à periferia do sistema econômico global compartilha elementos de suas políticas criminais e de segurança que permitem proceder a uma análise conjunta, na qual similitudes e convergências são trazidas à luz e examinadas criticamente (OLMO, 2004)¹⁰. A propósito Eugenio Raul Zaffaroni, em seu diagnóstico dos sistemas penais latino-americanos, destacou o impacto do colonialismo (genocídio e racismo) no sistema penal. Eles estariam marcados pela hipertrofia das funções policiais normalizadoras, a subsidiariedade do encarceramento nos processos de violência institucional, a presença de práticas e discursos subterrâneos, acobertados por uma cultura jurídica legalista e formalista, incapazes de lidar com elementos empíricos da realidade do sistema penal (DUARTE, 2017).

Assim, a despeito da pluralidade dos processos de transição nos diversos países, em que houve um movimento de regimes autoritários para democracias, é possível identificar algumas experiências compartilhadas nesses processos. Em muitos dos casos, verifica-se um passado de regimes autoritários extremamente truculentos em que houve a prática sistemática de terrorismo de Estado, que deram lugar a regimes políticos caracterizados por eleições, mas não necessariamente ainda democracias

¹⁰ No Brasil, a questão é agravada por uma forte presença, na relação entre Estado e sociedade, de uma herança histórica colonial e patrimonialista, onde o moderno se constrói sobre o arcaico, onde as marcas do passado se atualizam num contexto de hegemonia do capital, onde permanece e se recrudescer a ideologia do mando e do favor, resquícios do coronelismo.

consolidadas (DELLI-ZOTTI, 2010, p. 1474). Nesse aspecto, em relação ao Brasil, Milton Santos alerta para o fato de que o país chegou rapidamente à sociedade de consumo, mas não conheceu a construção de uma cidadania fortalecida pela participação na sociedade civil (SANTOS, 2002)

DELLI-ZOTTI propõe, no que é seguido por CAVAROZZI em sua obra *Más allá de las transiciones a la democracia em América Latina*, que a mudança ocorrida da transição e história recentes da maioria dos países dessa região foi um deslocamento de um modelo estatocêntrico a um modelo profundamente neoliberal de livre mercado. Este último modelo seria ainda marcadamente antidemocrático, vez que o Estado ainda se encontrava – e, em muitos casos, se encontra até os dias atuais – em uma relação de dependência com relação aos grupos dominantes privados. Nesse ponto a mídia tem forte papel, pois pode ser usada como mecanismo de submissão e domínio por parte dessas elites que colonizavam – e colonizam – o Estado. Vejamos:

En países donde el Estado nunca se había autonomizado realmente de los grupos dominantes privados (como es el caso de la mayoría de los latinoamericanos), los medios de comunicación ejercen una influencia descomunal sobre los gobernantes (o son directamente sus instrumentos de dominación) y las Fuerzas Armadas jamás fueron sujetadas a la autoridad civil, la tan esperanzadora democracia puede quedar reducida a un conjunto de actos rituales (como las elecciones o la conformación de parlamentos) donde una panoplia de instituciones y reglamentos queda en manos de lobbies o camarillas que los manipulan con un espíritu muchas veces contrario a los objetivos para los que fueron concebidos. (DELLI-ZOTTI, 2010, pp. 1474/1475).

Elemento comum aos países dessa região é o de que suas Forças Armadas não conheciam uma prática de sujeição a uma autoridade civil, o que é algo constitutivo da noção de democracia. Esse é um dos entraves enfrentados até os dias atuais para muitos desses países, nos quais a transição segue em aberto¹¹. Como ressalta Juan Bustos Ramírez (1990) ao se debruçar sobre o estudo das

11 Para exemplificar e explicar um pouco a ideia de transição democrática em aberto: “Cuando examinamos el período de la posttransición, y más específicamente las tendencias de los últimos dos o tres años en Sudamérica y México, resulta evidente que el desenlace de los procesos de democratización está todavía abierto en la mayoría de los casos. Recapitulando los factores que han causado la incertidumbre acerca de las probabilidades de la consolidación democrática, varios de ellos están ligados a la modalidad de resolución de las que podrían ser denominadas como las típicas «cuestiones de la transición». En uno o más de los cinco casos analizados, alguna de las preguntas siguientes resulta relevante: a) ¿Serán las fuerzas democratizantes capaces de elevar los costos para el integrante del ensemble autoritario de intentar el bloqueo de una plena democratización del proceso electoral, en la cual estos últimos combinen una liberalización parcial y la continuidad de las prácticas coercitivas? b) ¿Cómo las prerrogativas de los militares que hayan sobrevivido durante la transición, o incluso las que hayan reemergido después de ella, pueden impedir, o al menos erosionar, la consolidación (empowerment) definitiva de las instituciones de la democracia política?, y c) De acuerdo a lo que Hagopian sugirió en su análisis del caso brasilero (1990), ¿cómo pueden las transacciones realizadas durante la transición —por ejemplo, las que llevaron al refortalecimiento de las redes clientelísticas controladas por políticos tradicionales y oligarquías regionales— debilitar la efectividad y representatividad (accountability) de las instituciones? Sin embargo, la probabilidad de que la

políticas de segurança na América Latina, o exercício do poder coercitivo e punitivo nos países da região é orientado pelas noções de ordem pública e de segurança do Estado, as quais sobrepujam as concepções contrapostas de segurança cidadã e de segurança dos direitos e liberdades dos cidadãos. Assim, em função dessa arraigada ênfase na noção de ordem pública, mesmo após o advento de regimes liberais e democráticos, viabilizam-se discursos e práticas em que as liberdades individuais são restringidas e anuladas com base em fundamentos genéricos como os imperativos de “preservação da ordem”, “defesa da sociedade” e “manutenção da segurança”, todos atrelados a ideais de disciplina, estabilidade e controle social.

Assim, em função da legitimação genérica de necessidade de vigilância, controle, defesa e manutenção da ordem, disseminam-se práticas sistemáticas de repressão e cerceamento de direitos, que nem sequer necessitam de uma legislação declaradamente de exceção ou de uma política criminal declaradamente seletiva para se perpetuarem e se disseminarem. O continuísmo de políticas de segurança estruturadas pela noção de segurança interna, que se orienta à defesa dos interesses do Estado, e não dos direitos dos cidadãos, mantém intactas as práticas organizacionais autoritárias dos períodos ditatoriais, que são objeto de tímidos e escassos questionamentos (COSTA; LIMA, 2015)¹².

Nesse sentido, cabe notar que tais concepções parciais e incompletas de segurança servem para estreitar a distância entre a tradição liberal e as práticas autoritárias, mitigando as distinções “entre o Estado de Direito e o Estado de Polícia ou de prevenção, entre a política do direito penal e a política de ordem pública” (BARATTA, 1997, p. 58). Segmentos marginalizados, concebidos como potencialmente criminosos, emergem então como objetos (e não sujeitos) de uma política de segurança que reflete o convívio harmonioso das doutrinas da defesa social e da segurança interna, ambas alimentadas pelo ideal de manutenção da ordem almejado por meio do silenciamento e da repressão dos inimigos (ZACKSESKI, 2002).

A propósito Bauman demonstra como a insegurança ontológica a que estão submetidos os

democracia se consolide no depende solamente de la modalidad de transición. Al examinar las tendencias recientes en Brasil y la Argentina, como así también en casos como el peruano, se constata que la lista de «cuestiones de la transición» no agota el conjunto de los factores relevantes que influyen sobre el curso y el desenlace de los procesos contemporáneos de democratización” (CAVAROZZI, 1991, p. 90).

12 “Presentemente, a ocorrência de atos terroristas no mundo tem servido como justificativa para a edição de legislações autoritárias, as quais têm cumprido função para a consecução dos mais diversos propósitos. Na esteira dessa política de controle, as leis que tratam da matéria são recheadas de expressões genéricas e criam desejada insegurança jurídica.” (ÁVILA, OLIVEIRA, 2018)

indivíduos numa sociedade neoliberal, especialmente a erosão de direitos e das redes de serviços públicos, aumenta a potencialidade de criar a ilusão de comunidades a partir da expulsão de inimigos. Os laços sociais de afinidade são construídos pelos procedimentos de demonização da diferença. (BAUMAN,2003)

Quanto ao ponto, Zaffaroni (2012, p. 412) alerta que “são poucos os que legitimam a política criminal dominante no planeta e a estimulam”, motivo pelo qual o direito penal do inimigo de Jakobs foi recebido como um escândalo e as tentativas de normatização de leis antiterror são a ele associadas e encaradas com suspeita e desconfiança. Apesar disso, cabe notar que a proposta de Jakobs não apresentou nenhuma grande novidade em relação às práticas já recorrentes, em especial na América Latina, em que o exercício do poder punitivo é marcado pela seletividade e pelo descontrole. No mesmo sentido, as violações de direitos e liberdades verificadas pela CoIDH no caso Norín Catrیمان não se diferenciam das práticas cotidianas dos aparatos repressivos que tem pouco ou quase nenhuma submissão a controles constitucionais.

Nesta região, “o direito penal se degrada a prática sem sustentação teórica” (ZAFFARONI, 2012, p. 412) e, curiosamente, a falta de respaldo acadêmico se torna um motivo de desprezo ou mesmo de orgulho para os seus defensores e operadores políticos, o que consolida o chamado “autoritarismo *cool*” (ZAFFARONI, 2007, p. 74)¹³ e torna despiciendo o recurso à legislação abertamente de exceção.

Na América Latina, contra os indivíduos tidos como perigosos, é recorrente a utilização de medidas de contenção provisória – medidas cautelares, prisões preventivas e provisórias – que se sobrepõem à aplicação da pena como resposta formal à prática de um delito e precedida do devido processo legal. Nessas circunstâncias, as “pessoas indesejadas” cumprem um tempo de prisão longo e muitas vezes desproporcional expostas a toda sorte de violências. A reincidência, na prática, significa a maior vulnerabilidade diante da ação de demarcação das agências de controle, servindo como justificativa técnica para arbitrariedade policial. Se e quando condenadas, essas pessoas por vezes já

13 Expressão trazida por ZAFFARONI (2007, p. 69) para diferenciar de um autoritarismo que ele chama de *velho*. Vejamos sua explicação: “Este novo autoritarismo, que nada tem a ver com o *velho* ou o de entre-guerras, se propaga a partir de um aparato publicitário que se move por si mesmo, que ganhou autonomia e se tornou autista, impondo uma propaganda puramente emocional que proíbe denunciar e que, ademais – e fundamentalmente –, só pode ser caracterizado pela expressão que esses mesmos meios difundem e que indica, entre os mais jovens, o superficial, o que está na moda e se usa displicentemente: é *cool*. É *cool* porque não é assumido como uma convicção profunda, mas sim como uma moda, à qual é preciso aderir para não ser estigmatizado como antiquado ou fora de lugar e para não perder o espaço publicitário.”

cumpriram a pena em sua integralidade.

Em síntese, pode-se afirmar que o poder punitivo na América Latina é exercido mediante medidas de contenção¹⁴ para suspeitos perigosos, ou seja, trata-se, na prática, de um direito penal de *periculosidade presumida*, que é a base para a imposição de penas sem sentença condenatória formal à maior parte da população encarcerada (ZAFFARONI, 2007, p. 71).

A partir dessa noção, podemos localizar que a América Latina vive o que parece ser um paradoxo. Ao mesmo tempo em que nunca nos pensamos sob a legalidade estrita, questões emergentes a partir da ideia de terrorismo e de uma ameaça externa – para trazer o exemplo que vem sendo tratado nesta investigação – trazem uma demanda por uma legislação específica para o tema.

ZAFFARONI parece corroborar com a ideia da existência desse aparente paradoxo em nossa região latino-americana. Isso se dá na medida em que evidencia a distância que há entre os discursos que buscam conferir legitimidade ao sistema penal a partir de uma noção de legalidade. É dizer, recorremos à legalidade estrita – que aplicamos de modo “parcial” e “incoerente”, nas palavras do autor – para dar suporte e legitimidade ao sistema penal, na emergência de questões suscitadas a partir de um discurso de segurança, que traz como um de seus desdobramentos, por exemplo, a questão da legislação especial já suscitada quanto ao caso do terrorismo. E é nesse sentido que em sua obra *Em busca das penas perdidas* o autor nos rememora que

(...) é importante lembrar que, embora não existam construções acabadas de discursos que pretendam suprir a legitimidade do sistema penal com a legalidade do mesmo, deve-se reconhecer que, frequentemente, realiza-se um emprego parcial e incoerente deste tipo de tentativa em nossa região marginal latino-americana, contexto no qual esta espécie de discurso mostra-se particularmente alienante (alheio à realidade) (ZAFFARONI, 2001, p. 20).

A legislação antiterror, que inicialmente parece estar voltada para a salvaguarda de um povo de um país contra ameaças externas acaba por se voltar para dentro. O *Caso Norín Catrimán y Otros Vs. Chile* se apresenta como um exemplo em que essa legislação significou, em grande medida, a criminalização do Povo Mapuche e de demais pessoas envolvidas nas lutas por reivindicação de terras ancestrais. O uso do instituto da A propósito:

Expedientes desta natureza alertam para uma temerária tendência que aponta para a

14 Essa ideia de contenção da pessoa indesejada dialoga diretamente com a noção de inimigo que tem de ser contido, ou neutralizado, trabalhada no capítulo 2 desta investigação.

criminalização sistemática das lutas sociais dos movimentos populares em toda a América Latina. A criminalização aparece também como tendência mundial justificada por malabarismos e discursos jurídicos pelos quais o direito e o sistema de justiça têm sido instrumentalizados para reprimir, intimidar e desencorajar práticas sociais contestatórias, que reivindicam condições básicas de existência, denunciam a promiscuidade entre o mercado e o poder político, constroem o poder popular e tentam desnaturalizar e o neoliberalismo como modelo capaz de dar as respostas estruturais à violência histórica e aos abismos sociais da realidade latino-americana.¹⁵ (NUNES, 2013)

Nesse momento é que se torna mais evidente que esse paradoxo não é real, mas aparente. A aplicação parcial e incoerente da lei, nesse sentido, cumpre uma função, e reforça a incidência seletiva e repressiva do aparato penal diante de grupos sociais tidos como perigosos. A lei, nessa dinâmica, cumpre o papel de robustecer a legitimidade da intervenção penal e se alinha ao discurso autoritário penal que propugna a necessidade de medidas de contenção contra grupos e indivíduos indesejados:

Os *dissidentes* são mais tolerados, ainda que a repressão ao *protesto social* dos excluídos do sistema produtivo tenha aumentado diante a aplicação extensiva de tipos penais e a interpretação restringida de causas de justificação ou de exculpação. Finalmente, os *iguais*, cada vez mais reduzidos em função da polarização de riqueza e da degradação das velhas camadas médias, costumam gozar dos benefícios e garantias dos manuais, nos poucos casos em que são criminalizados (ZAFFARONI, 2007, p. 70/71).

A violência estrutural que se dissemina na América Latina se traduz, portanto, em uma violência institucional, que se reflete, por sua vez, em práticas de violência direta sobre as relações sociais concretas. O recurso à legalidade, nessa dinâmica, é opcional, conforme convenha ou não de acordo com uma demanda de legitimação das práticas repressivas estatais. Em qualquer caso, a espiral de violência atinge, ao fim, o sujeito concreto, ao qual se aplica uma violência pessoal, de caráter físico ou psíquico, que pretende dar solução a conflitos sociais e políticos imediatos, à diversidade de posições políticas, ou aos problemas da pobreza extrema ou da discriminação social (RAMÍREZ, 1990).

Com isso, a intervenção estatal coercitiva é utilizada como *prima ratio*, o que evidencia a substituição das soluções políticas e sociais pela simples violência. Vislumbra-se, por isso, uma expansão do espaço da pena, correlata a uma retração do espaço da política (DIAS NETO, 2005). Com efeito, a aplicação da violência a sujeitos considerados perigosos constitui então uma resposta

15 Disponível em: <http://imapelotas.blogspot.com.br/2013/11/a-legislacao-antiterror-e.html>

repressiva que não propicia a integração social (ou, em por outra ótica, a redução efetiva da violência) e que independe da avaliação sobre dinâmicas sociais. Esta, por sua vez, somente seria possível no espaço da política, no qual se viabiliza a análise coletiva dos problemas e busca de soluções negociadas.

Nessa dinâmica, em uma crise de governabilidade dos Estados nacionais, apela-se em primeiro lugar à intervenção penal, a despeito de seu caráter drástico e contundente, sem aferição de sua eficácia (idoneidade), proporcionalidade e necessidade (subsidiariedade): os problemas sociais deixam de ser politizados e passam a ser policializados.

Não compete mais ao Estado imiscuir-se na economia para fomentar e garantir condições decentes de sobrevivência para a população, devendo sim privatizar todos os setores de sua intervenção, desregular o mercado e promover a mais ampla liberalização financeira e comercial; para favorecer estes objetivos, a mídia - agora o braço armado do império transnacional da produção de tecnologias, equipamentos e dos serviços de telecomunicações - golpeia enfaticamente e procura desmoralizar cotidianamente toda e qualquer irregularidade que se passe no âmbito da administração pública, enaltecendo paralelamente a “eficiência” das gestões privatizadas, reduzindo o noticiário ou mesmo silenciando sobre suas negociações. Como o resultado real dessa espécie de “vale-tudo” econômico é o aumento da marginalização social e do desemprego, com todos os conflitos e tensões que, exprimindo-se também nas incidências criminais, alavancam crescente demanda de repressão policial, estabelece-se um curioso paradoxo, tocando ao “Estado mínimo” exercer um controle social penal máximo. (BATISTA, 1998)

Há que se notar, então, que o déficit da capacidade reguladora do Estado conduz a estratégias de resolução simbólica dos conflitos, para as quais a utilização do direito penal assume papel de destaque. Nesse empreendimento, a legitimação pelo discurso autoritário carente de sustentação teórica convive com o recurso episódico a tentativas de legitimação da repressão pela legalização de medidas de contenção e antecipação da tutela penal, a exemplo da edição de leis antiterrorismo e da sua aplicação a grupos sociais considerados daninhos.

3. A CRIMINALIZAÇÃO DO MST: A LEI DE SEGURANÇA NACIONAL BRASILEIRA E A LEI 13.260 DE 16 DE MARÇO DE 2016 (LEI DE COMBATE AO TERRORISMO).

A Lei nº 13.260/16 regulamentou o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal e passou a prever que pratica crime de terrorismo¹⁶ o agente que praticar qualquer das condutas previstas no caput do art. 2º, desde que haja finalidade específica *de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião.*

A Aprovação da referida lei se insere em um cenário de preocupação com o cumprimento de acordos internacionais firmados pelo Brasil, principalmente em relação a organismos como o do Grupo de Ação Financeira (GAFI), entidade tem como funções o combate ao financiamento do terrorismo e a proteção do sistema financeiro internacional contra crimes dessa natureza (BENITES, 2016), a não adequação às normas do GAFI poderia implicar prejuízos econômicos ao Brasil (ÁVILA, OLIVEIRA, 2018).

A questão da definição de terrorismo permaneceu como principal foco dos debates, e o resultado final foi uma solução de compromisso. O reconhecimento da excludente de ilicitude para movimentos sociais é prova disso. A demanda por mecanismos excepcionais para fazer frente ao terrorismo foi parcialmente atendida. O punitivismo do Congresso Nacional esteve, mais uma vez, em evidência. Entre a apresentação do PL 2016/2015 e a sua aprovação final pela Câmara dos Deputados, tipos penais foram acrescentados ao diploma legislativo, enquanto outros foram ampliados, penas foram aumentadas e mais instrumentos foram conferidos às autoridades policiais e judiciais, principalmente

16 Como notado, o PL 2016/2015 não foi a primeira iniciativa para se introduzir legislação sobre terrorismo no ordenamento brasileiro. Desde 1988 e, principalmente, a partir de 2001, se multiplicaram os esforços para regulamentar de forma mais detalhada o combate ao terrorismo. Afinal, a Lei de Segurança Nacional era considerada, em larga medida, antiquada e insuficiente e a Constituição Federal havia oferecido apenas breve menção ao tema. As referências a terrorismo se fizeram presentes em legislações sobre temas correlatos, como lavagem de dinheiro e criminalidade organizada. Era em resposta ao crescente corpo normativo internacional sobre essas questões que o Brasil reagia, motivado, principalmente, pelos órgãos responsáveis pela representação internacional – MRE e COAF – do país e pela persecução criminal no âmbito doméstico – Ministério Público e Polícia Federal.[...]. Afinal, a Lei Antiterrorismo, como aprovada, contém a definição de terrorismo mais restrita e limitada, entre todas as que já vieram a ser discutidas no Congresso Nacional. Oferecer essa perspectiva talvez tenha se tornado uma das maiores pretensões não-previstas deste trabalho (FRANCE, 2017)

pela referência à Lei de Crimes Hediondos. (FRANCE, 2017) ¹⁷

A fim de ilustrar o argumento acima delineado, observe-se que, assim como o *Caso Norín Catrimán y Otros Vs. Chile* confirma a existência de um autoritarismo penal no Chile, o tratamento dispensado ao Movimento dos Trabalhadores Sem-Terra (MST) reafirma a existência desse mesmo autoritarismo no Brasil, com o uso de estratégias diversas. Quanto a este último, pode-se falar em um primeiro caso marcante envolvendo o Ministério Público do Rio Grande do Sul e o MST por volta dos anos 2007 e 2008, no tocante à aplicação da Lei de Segurança Nacional. Para ULISSES:

O destaque deve-se à grande facilidade com a qual se consegue delinear o papel desempenhado por cada uma das forças sociais nesta vultosa repressão. Mais ainda, por ser a primeira vez que, abertamente, consegue-se visualizar a atuação do judiciário e do ministério público, conjuntamente. Não se pode perder de vista que estas ações se inserem em um contexto de tentativa de desarticulação do movimento a um nível nacional. (2012, p. 144).

A publicização do relatório de n. 1124-100-PM2-2007 da Brigada Militar revelou que o MST havia sido alvo de investigação secreta – tanto seus membros como líderes e dirigentes foram investigados, bem como as atividades realizadas por esse movimento no estado. O objetivo era o de evitar a qualquer custo que o MST alcançasse e ocupasse a fazenda de Coqueiros, localizada em Carazinho. Essa investigação secreta é o tipo de conduta que carrega ranços ditatoriais e evidencia permanências autoritárias no Brasil pós-redemocratização: “nos dias atuais, tal iniciativa contraria até mesmo a Constituição Federal que proíbe a polícia militar de investigar infrações penais e movimentos sociais ou partido político” (ULISSES, 2012, p. 144).

Chegando ao conhecimento do Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul (MPE/RS), este pugnou pela instauração de um procedimento administrativo, que foi aprovado. A decisão, nesse caso, foi no sentido de declarar a ilegalidade do MST, além de ordenar a dissolução do movimento, em franca violação à liberdade de associação, consagrada no art 5º, XVII da Constituição Federal¹⁸.

17 A Lei Antiterrorismo foi, assim, fruto do tortuoso processo de localização das normas internacionais sobre o tema – principalmente as Recomendações do GAFI. Os atores responsáveis pela elaboração do projeto de lei encontravam-se no centro de uma disputa política irreconciliável: de um lado, movimentos sociais (ONGs ligadas a Direitos Humanos, movimentos reivindicatórios do campo e da cidade) eram contrários a qualquer tipo de legislação que fizesse referência a terrorismo. De outro, órgãos públicos ligados à atividade de investigação e persecução criminal (MPF e PF) e à segurança e defesa nacional (Ministério da Defesa/Forças Armadas e GSI/ABIN) reivindicavam uma legislação específica, definindo terrorismo, introduzindo instrumentos de investigação e criando mecanismos institucionais de coordenação das atividades de combate ao terrorismo. (FRANCE, 2017)

18 Voto do juiz-relator, seguido em unanimidade: “Assim, voto no sentido de designar uma equipe de Promotores

(ULISSES, 2012, p. 145) Mais adiante, o MPE-RS apresentou uma Ação Civil Pública para que mais de 300 famílias desocupassem algumas das terras de Carazinho. A ação foi julgada procedente.

Já no ano de 2008 houve um outro momento em que esse movimento social foi demandado judicialmente. Essa foi a vez em que os líderes do MST foram acusados do cometimento de crimes contra a segurança nacional¹⁹. Para além disso, a denúncia do Ministério Público buscou equiparar membros de um movimento social a terroristas, colocar o MST no mesmo patamar de uma organização terrorista. Por essa linha de raciocínio, o simples fato de pertencer àquela organização política de reivindicação de direitos era igualar-se à figura de um terrorista. Isso ocorria, pois

O grande diferencial da denúncia apresentada pelo Ministério Público está no fato de que ela não busca apenas tipificar as condutas dos integrantes do movimento, mas sim marginalizar a própria organização. O crime não é mais apenas um eventual dano patrimonial resultante de alguma ocupação, está para além, está no próprio participar do movimento. Movimento este que é capaz de aliciar pessoas para a obtenção de “fins escusos” como a reforma agrária e mudanças na ordem vigente que “desprivilegia a maior parte da população brasileira”. (ULISSES, 2012, p. 147)

A prisão das lideranças do MST nesse processo foi decretada – os *Habeas Corpus* impetrados pelos representantes dessas partes foram denegados – sob a alegação de que havia indício de autoria e materialidade, sendo que muitas dessas informações do juiz foram retiradas dos relatórios da Brigada Militar.

SCHERER-WARREN, em sua nota técnica denominada *Movimentos sociais de luta pela terra*, desconstrói a ideia de que grupos em organização de rede para reivindicação de direitos seja o mesmo que uma organização terrorista – a autora vai em sentido diverso do que se buscou fazer crer o Ministério Público.

Vejamos abaixo quadro explicativo demonstrando as diferenças de um movimento social de

de Justiça para promover ação civil pública com vistas à dissolução do MST e declaração de sua ilegalidade (...)”, (fl. 110) nítida ofensa ao art. 5º, XVII que prevê a liberdade de associação.”; “cabe ao MP-RS agir agora: Quebrar a espinha dorsal do MST. O momento é histórico no país e se constitui no maior desafio já apresentado à instituição desde o pós-88: a defesa da democracia.”.

19 Eles foram enquadrados em quatro tipos penais previstos na Lei nº 7.170/83 conhecida como lei de Segurança Nacional, quais sejam, Art. 16 - Integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça. Pena: reclusão, de 1 a 5 anos. Art. 17 - Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito. Pena: reclusão, de 3 a 15 anos. Art. 20 - Devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas. Pena: reclusão, de 3 a 10 anos. Art. 23 - Incitar: I - à subversão da ordem política ou social;

uma organização terrorista²⁰

Tipos de redes

Tipos	Visibilidade pública	Estratégia	Objetivos	Empoderamento
MOVIMENTOS SOCIAIS	Esfera pública e transparência	Redes de pressão e de informação públicas	Emancipatórios e democratizantes	Sociedade civil
REDES TERRORISTA	Células clandestinas	Atua através de “nós” / guetos secretos	Coerção violenta e totalitária	Grupos fundamentalistas

Fonte: Ilse Scherer-Warren, 2002²⁶

²⁶ Trabalho apresentado no Seminário Democracy and Recognition: a North-South Debate, Berlim, abril de 2002.

Em segundo momento, SCHERER-MARRER talvez seja capaz de demonstrar em parte o porquê de o MST ser um dos movimentos sociais mais alvo de ataques e tentativas de criminalização. A centralidade que ele ocupa é a tradução de que esse movimento é um dos mais fortes – é catalisador desses encontros –, bem estruturados e relevantes movimentos no Brasil. Trata-se um movimento de extrema importância para o Brasil, fazendo diversas associações (pontuais ou não) com outros movimentos para ajuda mútua em atividades coincidentes de agendas programáticas²¹.

CONCLUSÃO

O que dizem, finalmente, os casos chileno e brasileiro sobre a relação entre Estado de Direito, segurança e liberdade?

Apesar de a análise do caso chileno enfatizar o uso da legislação antiterror, cabe destacar que

20 “Além disso, a tentativa do Ministério Público do RS em comparar o MST à FARC e a redes terroristas deve ser discutida política e academicamente. O seguinte quadro comparativo entre uma rede de movimentos sociais e uma rede terrorista, nos indica como de fato o MST pertence em totalidade ao primeiro tipo de rede política” (p. 12)

21 “Como em toda organização política em rede, nos movimentos sociais também há elos estratégicos, apesar do princípio de horizontalidade defendido e que orienta a organização do movimento em suas linhas gerais. Entretanto, esses elos não se definem por uma hierarquia burocratizada e, sim, por sua função ou legitimidade política dentro da articulação. No caso do FNRA foram apontados como atores políticos estratégicos de destaque os denominados “movimentos de massa”: MST (Movimentos dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra), MMA (Movimento das Mulheres Agricultoras), MPA (Movimento dos Pequenos Agricultores), CONTAG (Confederação dos Trabalhadores na Agricultura), MTL (Movimento Terra, Trabalho e Liberdade), MAB (Movimento do Atingidos pelas Barragens), dentre outros. Há também uma tendência dos atores políticos mais estratégicos do mundo rural atuarem em outros fóruns da sociedade civil de caráter popular. Nesta direção o MST foi reconhecido como o movimento social de maior expressividade política pela quase totalidade dos fóruns nacionais de nossa pesquisa, o que atribui a esse movimento sua legitimidade no seio da sociedade civil organizada, conforme ilustrado através do programa NetDraw/Ucinet” (SCHERER-MARRER, p. 9/10).

a criminalização do MST no Brasil deu-se tanto por meio da Lei de Segurança quanto da legislação comum. Desse modo, as práticas cotidianas de exceção de nosso aparato policial e de outros aspectos de nosso autoritarismo penal têm um potencial de repressão de condutas e de práticas de movimentos sociais que pode ser tanto mais eficaz, quanto menos violador parecer, podendo também impedir a demanda de determinado grupo enquanto político.

É dizer, esse verniz de normalidade e observância da ordem pode ser uma estratégia mais eficaz do que aquela que traz à luz o seu próprio terror. Já no caso chileno, contudo, a condenação dos sete indígenas Mapuche e de uma ativista se deram com base no uso da legislação antiterror. Nesse sentido, a aplicação da Lei Antiterrorismo contra membros de uma comunidade indígena e uma ativista torna a violação mais evidente, uma vez que foi utilizada uma legislação de exceção e excessiva contra uma população marginalizada de determinada sociedade. SANTOS aponta em sentido semelhante ao afirmar que

A criminalização da dissidência na América Latina é ainda mais forte contra os indígenas, como vemos no Peru e no Chile. Existe a intenção de transformar os indígenas nos terroristas do século XXI, como mostram os documentos da CIA. O uso das leis antiterroristas contra os dirigentes indígenas está baseado em uma descaracterização total do conceito de terrorismo, uma vez que isto significa atacar e causar danos a civis inocentes. No caso das lutas indígenas, são ataques contra a propriedade privada para defender outra propriedade, a comunitária e ancestral²².

Pode-se notar aqui, portanto, que o uso dessa legislação específica sobre terrorismo para casos em que ela não seria aplicável chama mais atenção para a violação que a sua mera aplicação é – juntamente com seus desdobramentos.

Se analisarmos esses casos (chileno e brasileiro) em conjunto, outra questão se faz presente: pode-se falar numa forma mínima para o espaço público para que se viabilize a participação popular e o dissenso político?

Ao que tudo indica: sim. Levando-se em consideração o *Caso Norín Catrimán y Otros Vs. Chile*, a responsabilização desse Estado aponta para a afirmação dos procedimentos democráticos de que um país não pode deixar de observá-los. O Chile foi condenado, entre outros motivos, exatamente pelo uso da legislação antiterror como um silenciamento do pensamento divergente. Dentre as várias

22 Entrevista de Boaventura de Sousa Santos. Disponível em: <http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Internacional/America-Latina-bipolar-os-movimentos-se-movem/6/14314>

penas que o Estado imputou às vítimas, houve a de restrição de liberdade de expressão, a liberdade pessoal e restrições quanto aos direitos políticos. Somente com base nessas violações já é possível falar em uma obliteração do dissenso. Entre as vítimas condenadas havia lideranças indígenas, que não poderiam mais exercer suas atividades de representação dos interesses daquela comunidade.

O mesmo se dá com o caso do MST no Brasil. Não se pode falar na garantia do dissenso político quando agentes estatais buscam tratar uma organização política e legítima como uma organização terrorista que, na condição de *inimiga*, tem de ser contida. Lançar mão da Lei de Segurança Nacional – uma herança ditatorial que já deveria ter sido abandonada – é uma busca por eliminar o diferente, não traduz uma disposição democrática de convivência.

Nesse sentido, retomamos o argumento construído a partir de Zaffaroni e de Bustos Ramírez, uma vez que os exemplos trazidos neste artigo exemplificam de que maneira, sob a ótica de primazia da manutenção da ordem pública, a referência central é em primeiro lugar o funcionamento do sistema, em sua organização institucional, autoridade e hierarquia, e não as liberdades e a dignidade da pessoa humana. A pretensão de solução dos conflitos se dá então de maneira precipitada e violenta, evidenciando a pretensão de imposição disciplinar de uma determinada ordem social mediante o uso do aparato policial, que constitui um elemento comum a partir do qual o poder punitivo se articula e se implementa.

No que toca às práticas operacionalizadas por esse discurso, cabe notar que os direitos e garantias individuais são escamoteados a partir do exercício do poder punitivo por meio de medidas de contenção e de prevenção ancoradas na presunção de periculosidade do agente, que se impõem por precaução e não como pena decorrente do devido processo legal. Assim, pode-se constatar que “o poder punitivo na América Latina é exercido mediante medidas de contenção para suspeitos perigosos, ou seja, trata-se, na prática, de um direito penal de periculosidade presumida” (ZAFFARONI, 2007, p. 71).

Nessa trilha, o uso da legislação antiterror se apresenta como mais um mecanismo de ampliação e antecipação da tutela penal direcionada a tais grupos. Contudo, ele não se revela imprescindível, diante da possibilidade de manipulação da legislação penal comum, para o cerceamento seletivo e rotineiro de direitos e liberdades individuais, a perpetuar-se como um instrumento cotidiano de fragilização do Estado de Direito, ancorada nos imperativos genéricos de defesa da segurança e de

manutenção da ordem.

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. In: Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, V. 5/6. ICC. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. Notícia do Direito Brasileiro. Nova Série, nº 6, jul/dez de 1998, Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2000.
- CAVAROZZI, Marcelo. **Código Procesal Penal, Ley, 20.813, 12/10/2000**. <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>> Acessado em: 03/06/2015.
- CAVAROZZI, Marcelo. **Ley, 13.314, 17/05/1984. DETERMINA CONDUCTAS TERRORISTAS Y FIJA SU PENALIDAD**. <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29731>> Acessado em: 03/06/2015.
- CAVAROZZI, Marcelo. **Más allá de las transiciones a la democracia em América Latina**. In: Revista Estudios Políticos. Nueva Época, 1991.
- CHILE. Código Penal, **Ley, 20.844, 12/11/1874**. <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>> Acessado em: 03/06/2015.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Mapuche) vs. Chile**. Sentencia de 29 de mayo de 2014. San José, Costa Rica.
- COSTA, Arthur Trindade M.; LIMA, Renato Sérgio de. **Mudanças Políticas e Transformações no Campo da Segurança Pública no Brasil**. In MACHADO, Bruno Amaral. *Justiça Criminal e Democracia II*. São Paulo: Marcial Pons; Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2015, p. 327-346.
- DELLI-ZOTTI, Guillermo Mira. **Transiciones a la democracia y democratización en América Latina: un análisis desde la historia del presente**. Rey Tristán, Eduardo; Calvo González, Patricia. XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: congreso internacional, 2010, Spain. Universidade de Santiago de Compostela, Centro Interdisciplinario de Estudios Americanistas Gumersindo Busto; Consejo Español de Estudios Iberoamericanos, pp.1456-1475, Cursos y Congresos; 196. <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00531195/document>> Acessado em: 20/06/2015.
- DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança urbana: o modelo da nova prevenção**. São Paulo: Revista dos Tribunais: Fundação Getúlio Vargas, 2005.
- DUARTE, Evandro C. Piza. **Uma dogmática processual penal em crise ou uma dogmática para a crise do processo penal?**. In: Rafael de Deus Garcia. (Org.). *Tecnologia e gestão da prova nos crimes de drogas*. 1ed. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2017, v., p. 9-29.
- FRANCE, Guilherme de Jesus. **As Origens da Lei Antiterrorismo: Os tortuosos caminhos da localização das normas internacionais de combate ao terrorismo no Brasil**. Dissertação (Mestrado

em História, Política e Bens Culturais) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017.

OLIVEIRA, Caroline Canuto Soares de; ÁVILA, Flávia de. **Lei antiterrorismo no Brasil: releituras sobre totalitarismo a partir de Giorgio Agamben e Hannah Arendt**. Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, vol. 10, núm. 2, 2018 Universidade Federal Fluminense, Brasil.

OLMO, Rosa del. **A América Latina e sua criminologia**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

RAMÍREZ, Juan Bustos. **La Seguridad Ciudadana em Latinoamerica**. Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle. N. 21-22, vol. XIII, 1990, p. 11-24

SANTOS, Boaventura de Sousa. **América Latina bipolar: os movimentos se movem**. [20/06/2008]. Local de publicação: Carta Maior <<http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Internacional/America-Latina-bipolar-os-movimentos-se-movem/6/14314>> Acessado em: 17/06/2015. Tradução de entrevista concedida a Raphael Hoetmer em Lima, Peru, durante a Cúpula dos Povos, em maio.

SANTOS, Milton. **O Espaço do Cidadão**. São Paulo: Studio Nobel, 2002.

SCHERRER-WARREN, Ilse. **Movimentos sociais de luta pela terra** (nota técnica para CGEE-GSI). NPMS/UFSC.

ULISSES, Laís Soares. **Panorama da criminalização dos movimentos sociais no Brasil: suas diversas facetas e o emblemático caso da aplicação da Lei de Segurança Nacional no Rio Grande do Sul**. Arquivo Jurídico, v. 2, n. 2, jan/jun 2012.

UTZIG, Mateus do Prado. **A proibição da tortura na constituinte de 1987-88- entre demandas por justiça e reconciliação nacional**. Dissertação de mestrado, programa pós-graduação em direito da Universidade de Brasília. 2015.

ZACKSESKI, Cristina. **A guerra contra o crime: permanência do autoritarismo política criminal latino-americana**. In: Vera Regina Pereira de Andrade. (Org.). *Verso e Reverso do Controle Penal*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, v. 2, p. 123-132.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan. 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.