

VI SEMINÁRIO

INTERINSTITUCIONAL E INTERNACIONAL PARA A EFETIVAÇÃO
DOS DIREITOS HUMANOS NA CONTEMPORANEIDADE

DIREITOS HUMANOS EM FOCO:

CONTRIBUIÇÕES E DESAFIOS APÓS
35 ANOS DA PROMULGAÇÃO
DA CONSTITUIÇÃO DE 1988



DIREITOS HUMANOS EM FOCO:

CONTRIBUIÇÕES E DESAFIOS APÓS 35 ANOS DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

[APRESENTAÇÃO](#)

[ORGANIZADORES](#)

[COMISSÃO
CIENTÍFICA](#)

[AUTORES](#)

[SUMÁRIO POR EIXO
TEMÁTICO](#)

[SÍNTESE DOS
ARTIGOS](#)

[FALE CONOSCO](#)

ISBN: 978-65-89539-18-6

CRB



9 786589 539186

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A532 VI Seminário Interinstitucional e Internacional para a Efetivação dos Direitos Humanos na Contemporaneidade: Direitos Humanos em Foco: contribuições e desafios após 35 anos da promulgação da Constituição de 1988 / organização de Marcelo Pereira de Almeida ... [et al.]. – Petrópolis, RJ: UCP, 2024.
550 f.

E-Book.

ISBN: 9786589539186

Evento realizado nos dias 13 e 14 de novembro de 2023 e sediado pelo Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro (UnilaSalle-RJ).

1. Direitos Humanos. 2. Direitos Fundamentais. 3. Educação e Direito. I. Barbosa, Tatiana Trommer. II. Abreu, André Luiz Miranda. III. Salles, Sérgio de Souza. IV. Salles, Denise Mercedes Nunes Nascimento Lopes. V. Pinto, Adriano Moura da Fonseca. VI. Filpo, Klever Paulo Leal VII. Almeida, Nicole Rivello Fortes de. VIII. Araújo, Letícia Pereira de. IX. Silva, Lilia Nunes. X. Título

CDD: 342.085

Bibliotecária responsável: Alexandra D. de Campos - CRB7 / 5075

ORGANIZADORES

MARCELO PEREIRA DE ALMEIDA, TATIANA TROMMER BARBOSA, ANDRÉ LUIZ MIRANDA DE ABREU, DENISE MERCEDES NUÑEZ NASCIMENTO LOPES SALLES, SERGIO DE SOUZA SALLES, KLEVER PAULO LEAL FILPO, NICOLE RIVELLO FORTES DE ALMEIDA, ADRIANO MOURA DA FONSECA PINTO, LILIA NUNES SILVA E LETÍCIA PEREIRA ARAÚJO.

VI SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL E INTERNACIONAL PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA CONTEMPORANEIDADE

DIREITOS HUMANOS EM FOCO: CONTRIBUIÇÕES E DESAFIOS APÓS 35 ANOS DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Retornar

Petrópolis – Rio de Janeiro

UCP

2024

ORGANIZADORES



MARCELO PEREIRA DE ALMEIDA

Pós- Doutor em Direito Processual pela UERJ. Pós- Doutorando em Direito pela Universidade de Burgos (Espanha). Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. Professor Adjunto de Direito Processual da UFF (graduação e Doutorado PPGDIN), Professor de Direito Processual Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professor Permanente do PPGD (mestrado) da UCP. Coordenador da Pós-graduação em Direito Civil e Processual Civil do Unilasalle/RJ; Coordenador adjunto do Curso de Direito do Unilasalle/RJ; Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual do Unilasalle/RJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil (IBDP), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC). Advogado.

E-mail: mpalmeida04@yahoo.com.br; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0245213114864531>.



TATIANA TROMMER BARBOSA

Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho/Brasil (2001). Pós-graduada em Direito Previdenciário pela Universidade Gama Filho/Brasil (2005) e pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá (1994). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ (1988). Coordenadora e Professora de Direito Penal do Curso de Direito da UNILASALLE-RJ. Professora de Direito Penal e Advogada Orientadora do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Presbiteriana Mackenzie-Rio. Advogada especializada na área Criminal e Previdenciária.

E-mail: tatiana.trommer@lasalle.org.br; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9793348402708923>



ANDRÉ LUIZ MIRANDA DE ABREU

Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Coordenador Adjunto do Curso de Direito da Unilasalle-RJ. Professor na UNILASALLE-RJ. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ, Curso de Pós-Graduação em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Professor do MBA do IBMEC-RJ. Pesquisador visitante do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht - Hamburgo/Alemanha. Membro do núcleo docente estruturante da UNILASALLE-RJ. Parecerista da Revista Conhecimento e Diversidade (ISSN 1983-3695) e Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil. Líder do Grupo Coexistir (Núcleo Institucional de Estudos em Direito Civil Constitucional da Unilasalle-RJ).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9747124262791074>



DENISE MERCEDES NUÑEZ NASCIMENTO LOPES SALLES

Doutora em Ciência Política pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos da UERJ. Mestre em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro. Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) na Linha Fundamentos da Justiça e dos Direitos Humanos do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Católica de Petrópolis. Presidente da Comissão Própria de Avaliação do UniLaSalle/RJ. Editora da Revista Conhecimento & Diversidade (ISSN 2237-8049). Membro do Comitê Científica da Revista Democracia Actual, da Colômbia. Editora Associada da Journal of Teleological Science. Parecerista dos seguintes periódicos acadêmicos: Opinião Pública (ISSN 1807-0191), REMHU (ISSN 1980-8585), Synesis (ISSN 1984-6754), Revista Brasileira de Políticas Públicas e Internacionais - RPPI (ISSN 2525-5584) e Lex Humana (ISSN 2175-0947). Membro do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1594102305404307>



SERGIO DE SOUZA SALLES

Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2005). Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2000). Bacharel e Licenciado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1998). Editor da Universidade Católica de Petrópolis desde 2009. Pró-Reitor de Graduação da Universidade Católica de Petrópolis (2020-2021). Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação da Universidade Católica de Petrópolis (2016-2021). Coordenador Geral de Pesquisa e Pós-Graduação da UCP entre 2014 e 2015. Coordenador Adjunto do Programa de Mestrado em Direito da UCP entre 2012 e 2015. Membro da Comissão Científica do Centro de Estudos Globais da Universidade Aberta de Portugal (CEG-UAb).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3449303767051626>

ORGANIZADORES



KLEVER PAULO LEAL FILPO

Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UCP e da UFRRJ.

E-mail: klever.filpo@yahoo.com.br; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1619725989694017>



NICOLE RIVELLO FORTES DE ALMEIDA

Mestranda do Programa de Pós-graduação em Educação da Universidade Federal Fluminense - UFF, pesquisadora do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Gestão e Políticas Públicas Educacionais - NUGEPPE/UFF.

E-mail: nicolerfa@id.uff.br; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8686228223958889>



ADRIANO MOURA DA FONSECA PINTO

Doutor em Direito pela Universidad de Burgos-Espanha. Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense (PPGJA). Especialista em História do Direito, Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade Cândido Mendes. Mestrando em Administração e Desenvolvimento Empresarial na Universidade Estácio de Sá. Professor Permanente e Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Estácio de Sá. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. Professor do Centro UniLasalle do Rio de Janeiro. Advogado. Membro do Comitê Científico da e Coordenador Internacional para o Brasil da Conferência Universitária para el Estudio de La Mediación y el Conflicto CUEMYC (Espanha). Consultor Internacional de la FACPYA - Universidad Autónoma de Nuevo Leon (México). Coordenador e autor de obras jurídicas. Voluntário e Presidente do Conselho Fiscal da Casa Ronald McDonald-RJ. Sócio fundador da Moura Pinto Advocacia. Sócio fundador do Instituto de Direito, Processo e Justiça IDPJUS. Membro da Academia Rotária de Letras da Cidade do Rio de Janeiro ABROL-RIO. Membro fundador do Observatório de Mediação e da Arbitragem do PPGD da Universidade Estácio de Sá. Coordenador do Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade Estácio de Sá. Membro da Comissão de Estudos em Processo Civil da OAB-RJ.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1075614134778073>



LILIA NUNES SILVA

Doutoranda no Programa de Pós-Graduação Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (PPGDIN/UFF). Mestra em Direito (Universidade Católica de Petrópolis), Especialista em Direito Processual (Universidade Federal de Juiz de Fora) e Direito Material e Processual do Trabalho (Faculdade Damásio de Jesus). Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica do Centro Universitário Estácio Juiz de Fora. Advogada.

E-mail: lilianunes@id.uff.br; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1765941139958947>.



LETÍCIA PEREIRA ARAÚJO

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Unilasalle do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Público, Previdenciário e Direito de Trânsito pela Faculdade Legale do Estado de São Paulo. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Advogada. ORCID 0000-0002-6454-6606.

E-mail: leticiaapa@id.uff.br; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8231532195654026>

COMISSÃO CIENTÍFICA

A Comissão Científica foi presidida pelo Prof. Dr. Marcelo Pereira de Almeida, Unilasalle-RJ/UCP e composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Jardelino Menegat, Unilasalle-RJ;

Profa. Dra. Denise Mercedes Nuñez Nascimento Lopes Salles, Unilasalle-RJ/UCP;

Prof. Dr. Sergio de Souza Salles, Unilasalle-RJ/UCP;

Prof. Dr. Wagner de Mello Brito Unilasalle-RJ;

Prof. Dr. Jeancezar Ditzz de Souza Ribeiro Unilasalle-RJ;

Prof. Dr. Klever Paulo Leal Filpo, UCP;

Prof. Dr. Adriano Moura da Fonseca Pinto, UNESA;

Prof. Dr. Sergio Antônio Câmara, Unilasalle-RJ;

Prof. Dr. Ubirajara da Fonseca Neto, EMERJ;

Prof. Dr. Alexandre Catharina, UNESA;

Profa. Larissa Clare Pochmann da Silva, UNESA;

Dra. Profa. Dra. Nuria Belloso Martin, UBU;

Prof. Dr. Fernando García-Moreno Rodríguez, UBU;

Prof. Dr. Antônio Pereira Gaio Junior, UFRRJ.



📍 Rua Benjamim Constant, 213, Centro –Petrópolis /RJ
☎️ (24) 2244-4046
🌐 www.ucp.br/
📺 www.youtube.com/@catolicadepetropolis

Reitor

Pe. Pedro Paulo Carvalho Rosa

Vice-Reitor

Marcelo Vizani Calazans

Pró-Reitor Administrativo

Anderson de Souza Cunha

Pró-Reitor Administrativo Adjunto

Carlos Henrique Freire Lisboa



📍 Rua Gastão Gonçalves, 79. Santa Rosa/Niterói. CEP: 24240-030
☎️ 0800 709 3773 ou (21) 2199-6642
🌐 <https://www.unilasalle.edu.br/rj>
📺 <https://www.youtube.com/@UniversidadeLaSalle>

Reitor

Ir. Jardelino Menegat

Vice-Reitor

Ir. José Ribamar dos Santos Silva

Pró-Reitora Acadêmica

Regina Helena Giannotti

Pró-Reitor de Desenvolvimento

Henry J. Kupty



📍 Rua Presidente Pedreira, nº 62, Ingá – Niterói/RJ
☎️ (21) 2629 9653/9655
🌐 www.ppgdin.uff.br
📺 www.youtube.com/@ppgdinuff

Coordenador

Dr. Plínio Lacerda Martins

Vice-Coodenador

Dr. Edson Alvisi Neves

APRESENTAÇÃO

Com grande alegria, apresentamos este livro que reúne, na forma de artigos, o resultado dos debates realizados no VI SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL E INTERNACIONAL PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA CONTEMPORANEIDADE, sob a temática “Direitos Humanos em Foco: contribuições e desafios após 35 anos da promulgação da Constituição de 1988”, organizado pelo Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro, por meio do Curso de Direito, juntamente com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis e o Programa de Pós-Graduação em Direito, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense. O evento contou ainda com o apoio e participação de universidades e instituições de educação e pesquisa nacionais e internacionais, como a Universidade Federal Fluminense (UFF), a Universidad Autónoma de Nuevo León (MX), a Universidad de Burgos (ES), o Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESA, o Grupo de Pesquisa Processo Civil e Desenvolvimento da UFRRJ, o Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), a Escola de Mediação do Estado do Rio de Janeiro (EMEDI) e a Fundação Escola Superior do Ministério Público (FEMPERJ).

Estruturado em formato de painéis, com palestras sobre temas que permeiam a efetivação dos direitos humanos, foi possível proporcionar um diálogo interdisciplinar entre o Direito e outras áreas das ciências humanas, além dos grupos de trabalho dedicados à apresentação e debate de pesquisas acadêmicas. A comissão organizadora publicou os resumos aprovados e apresentados nos grupos de trabalho nos anais do evento, e os artigos completos resultantes das pesquisas apresentadas a partir dos resumos são disponibilizados nesta obra, no formato de artigos.

Os textos aqui reunidos foram elaborados por pesquisadores de diversas áreas das ciências humanas que participaram do Seminário, estando o livro dividido em seções temáticas correspondentes aos grupos de trabalho, que exploraram diferentes aspectos relacionados à efetivação dos direitos humanos na contemporaneidade, incluindo temas como direito à liberdade de expressão, direitos sexuais e reprodutivos, direitos das comunidades tradicionais, direito à educação inclusiva, métodos de resolução de conflitos, entre outros. Os artigos presentes no livro oferecem uma visão abrangente das pesquisas e discussões realizadas durante o evento, além de propor reflexões sobre o estado atual da efetivação dos direitos humanos no Brasil e em outros países. Os textos são frutos de pesquisas, reflexões teóricas, estudos empíricos e análises críticas sobre a realidade social, política e jurídica contemporâneas.

A importância de se manter e ampliar os espaços de discussão e amadurecimento sobre acesso à justiça, preservação a isonomia e defesa de grupos sociais vulneráveis se mostra fundamental para se garantir a efetivação dos direitos humanos, visando encontrar caminhos que possibilitem a todos, independentemente de sua condição social, acesso à políticas públicas e mecanismos jurídicos eficazes, de sorte a permitir que se construa uma sociedade mais justa e igualitária, fortalecendo a democracia e o estado de direito.

O acesso à justiça revela-se como um pilar essencial dos direitos humanos, pois visa garantir as pessoas a reivindicação e proteção de seus direitos, principalmente os mais vulneráveis. No entanto, barreiras como a falta de informação, o custo elevado de políticas públicas, a morosidade do sistema de justiça e a discriminação, ainda impedem que muitos tenham esse acesso. Ampliar os debates sobre esses obstáculos e buscar soluções inclusivas e eficazes mostra-se essencial para a construção de uma sociedade mais inclusiva.

Na mesma perspectiva, a busca pela promoção da igualdade necessita de maior atenção nos debates contemporâneos. Desigualdades de gênero, raça, etnia, orientação sexual, identidade de gênero, entre outras, persistem em diversos ambientes da sociedade. Espaços de diálogo que abordem essas questões são essenciais para conscientizar a sociedade sobre as desigualdades existentes e promover políticas públicas que visem a redução dessas disparidades. A inclusão de vozes diversas e representativas nesses debates é fundamental para que as soluções propostas sejam realmente eficazes e transformadoras.

A garantia de direitos, que incluem a proteção contra violações e abusos, a promoção da dignidade humana e a garantia de condições mínimas para uma vida digna, precisam ser constantemente reafirmadas e defendidas. Em tempos de crise, seja ela econômica, política ou sanitária, essas garantias são frequentemente ameaçadas. Debater e monitorar a efetivação desses direitos é uma forma de lançar luzes em temas sensíveis sobre reconhecimento e efetivação de direitos.

Este livro é uma referência fundamental para estudantes, professores e pesquisadores das áreas de Direito e Ciências Humanas, além de todos que se interessam por direitos humanos e justiça social. A expectativa é que a obra enriqueça os debates e discussões sobre a efetivação dos direitos humanos, especialmente em um momento em que a defesa desses direitos se torna cada vez mais urgente e necessária.

Boa leitura!

Prof. Dr. Marcelo Pereira de Almeida

A U T O R E S

Aila de Lima Teixeira Jardim - E-mail: aila.jardim@soulasalle.com.br.

Alexandre de Castro Catharina - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4302536084183986>.

Ana Luiza Ferreira Martins - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3070829127712890>.

André Ricci de Amorim - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0876276465920510>.

Anna Carolina Fonseca - Lattes: <https://lattes.cnpq.br/9545884996925117>.

Anna Luiza Massarutti Cremonesi - E-mail: annaluiza.cremonesi@uel.br.

Antonio Eduardo Ramires Santoro - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9190879263950156>.

Becca da Silva Carnavale - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9232379199347570>.

Carolina C. Bittencourt Silva Arruda - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5249681018296832>.

Cláudio C. Bezerra Pinto Coelho - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5728294395538567>.

Cecilia Silva Guimarães - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9800919881382080>.

Cleber da Cruz Cunha - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0558241776280636>.

Eduardo Azeredo Rodrigues - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4380881605765966>.

Fernando Gama de Miranda Netto - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0832019587284612>.

Fidelis Chaves Rangel - Lattes: <https://lattes.cnpq.br/6177863141181839>.

Gésner Lopes Ferraz Silva - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6389466193139327>.

Giovana Andrade de Oliveira - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0651310119363476>.

Jéssica da Costa Barros de Freitas - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2604030376478480>.

João Bernardo Silva Mendonça - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4125702069091109>.

Jury Lima Tavares - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9052860651179670>.

Júlia Gomes Turon - Email: juliaturon@soulasalle.com.br.

Jussara Seia Ferreira - Lattes : <http://lattes.cnpq.br/3247114861039434>.

Larissa Maria de Souza - Lattes: <https://lattes.cnpq.br/2630785902894504>.

Larissa de Moraes Ferreira Campos - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6320381680205309>.

Larissa Xavier Vieira - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3496797829840859>.

Leonardo Vieira de Almeida - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1620626657585056>.

Letícia Pereira de Araujo - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8231532195654026>.

Letícia Vilar Correia - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1934271079251685>.

Lília Nunes Silva - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1765941139958947>.

A U T O R E S

Lorraine Queiroz Nogueira - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7124325901365798>.

Luísa Ferreira Medina Trindade - E-mail: luisa.trindade@soulasalle.com.br.

Manoela dos Santos Ribeiro - E-mail: manoela.ribeiro@soulasalle.com.br.

Marcelo Pereira de Almeida - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0245213114864531>.

Maria José Marcos - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2529070997752064>.

Maria Luiza Ferreira Souza da Silva - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2653205687015891>.

Mariana Avila Barbosa - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0013300344846529>

Mariana Brito Simões - E-mail: prof.marianabritosimoes@gmail.com

Mariana Dias Ribeiro Martins - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0761485721805013>.

Marianna da S. F. C. e Carvalho de Araujo - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9187295675309560>

Milla Benicio Ribeiro de Almeida Câmara - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9263988405842947>.

Mônica Alves de Carvalho Cunha - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8631823453444524>.

Patrícia Ayub da Costa - E-mail: patricia.ayub@uel.br.

Paulo Araújo Vasconcelos - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7147543223518611>.

Pedro Goularte Faleiro - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4986214116421935>.

Rayssa de Souza Gargano - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3444187532590658>.

Robert Lee Segal - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4414245882882253>.

Rodrigo Machado Gonçalves - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6074988147923888>.

Ronaldo dos Santos Silva Junior - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8665557065714986>.

Ruth Loureiro de Carvalho - Lattes: <https://lattes.cnpq.br/3901082257177644>.

Sérgio Antônio Câmara - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0441928814304615>.

Stefanie Grabas Hauaji Saadi - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0054226951924535>.

Vanessa Dupheim - Lattes: <https://lattes.cnpq.br/5375099402770624>.

Victor Hugo Ferreira Barbosa - Lattes: <https://lattes.cnpq.br/1173898416097811>.

Yasmyn Correia Sattam - E-mail: yasmyn.sattam@soulasalle.com.br.

SUMÁRIO



Clique no botão para ser direcionado à página desejada

APRESENTAÇÃO

Eixo Temático: Direito Sistemico

A DIFERENÇA ENTRE OS PRECEDENTES VINCULADOS PELA *RATIO DECIDENDI* E PELA TESE, PARA JURISDIÇÃO COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS
Jéssica da Costa Barros de Freitas; Marcelo Pereira de Almeida

[Visão geral](#)[Artigo Completo](#)

Eixo Temático: As diferentes perspectivas no contexto dos Direitos Humanos

A INTERFACE TEÓRICA DA BIOÉTICA E DOS DIREITOS HUMANOS
Mariana Brito Simões

[Visão geral](#)[Artigo Completo](#)

O NOVO PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA E O IMPACTO NO DÉFICIT HABITACIONAL DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO
Mariana Dias Ribeiro Martins; Iury Lima Tavares

[Visão geral](#)[Artigo Completo](#)

Eixo Temático: Precedentes, processos coletivos e estruturais e inteligência artificial na efetivação de Direitos Humanos

USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A RESPOSTA POR “ALUCINAÇÃO”: ASSIMILAÇÃO OU CRIAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS POR FORNECIMENTO DE DADOS INCORRETOS?
Letícia Pereira de Araujo

[Visão geral](#)[Artigo Completo](#)

DEEPFAKES E O PRENÚNCIO DO DIREITO DE IMAGEM DA PESSOA FÍSICA: DO UPGRADE NA DESINFORMAÇÃO À INSEGURANÇA JURÍDICA.
Lorraine Queiroz Nogueira; Larissa de Moraes Ferreira Campos

[Visão geral](#)[Artigo Completo](#)

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: UMA ANÁLISE ACERCA DA APLICABILIDADE NO JUDICIÁRIO
Rayssa de Souza Gargano

[Visão geral](#)[Artigo Completo](#)[Retornar](#)

SUMÁRIO



Clique no botão para ser direcionado à página desejada

Eixo Temático: Precedentes, processos coletivos e estruturais e inteligência artificial na efetivação de Direitos Humanos

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS PARA A INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Ana Luiza Ferreira Martins; Anna Carolina Fonseca; Giovana Andrade de Oliveira; João Bernardo Silva Mendonça; Marcelo Pereira de Almeida

Visão geral

Artigo Completo

DO CABIMENTO DO IDPJ NO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL E O TEMA REPETITIVO 1209

Marcelo Pereira de Almeida; Carolina Costa Bittencourt Silva Arruda; Paulo Araújo Vasconcelos

Visão geral

Artigo Completo

PERSPECTIVAS SOBRE LEGITIMIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS

Marcelo Pereira de Almeida; Ruth Loureiro de Carvalho

Visão geral

Artigo Completo

Eixo Temático: Educação e Direitos Humanos

PEDAGOGIA DECOLONIAL NO ENSINO SUPERIOR: APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DE ATIVIDADES ACADÊMICAS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES ÉTNICO-RACIAIS

Cecilia Silva Guimarães

Visão geral

Artigo Completo

Eixo Temático: Políticas Criminal e Penitenciária. Direitos Material e Processual Penal Contemporâneos frente aos Direitos Humanos

(RES)SOCIALIZAÇÃO A PARTIR DA LEITURA: UMA QUESTÃO DE RESISTÊNCIA AO MODELO PRISIONAL DESUMANIZADOR BRASILEIRO

Antonio Eduardo Ramires Santoro; Rodrigo Machado Gonçalves; Ronaldo dos Santos Silva Junior; Marianna da Silveira Figueiredo Carvalho e Carvalho de Araujo

Visão geral

Artigo Completo

Retornar

SUMÁRIO



Clique no botão para ser direcionado à página desejada

Eixo Temático: Direitos Fundamentais e Métodos Processuais

MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Fernando Gama de Miranda Netto; Marcelo Pereira de Almeida; Mariana Avila Barbosa

Visão geral

Artigo Completo

METODOLOGIA DE JULGAMENTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROPOSTA NO ARE 1309642: UMA ANÁLISE A PARTIR DO MODELO DEMOCRATIZANTE DE PROCESSO

Alexandre de Castro Catharina

Visão geral

Artigo Completo

O RACISMO AMBIENTAL E A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DO DIREITO A UMA VIDA DIGNA: O CASO DO LIXÃO DE JARDIM GRAMACHO

Vanessa Dupheim; Fidelis Chaves Rangel; Larissa Maria de Souza

Visão geral

Artigo Completo

ACESSO À JUSTIÇA E A MOROSIDADE PROCESSUAL JURÍDICA BRASILEIRA: REFLEXOS NO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Alexandre de Castro Catharina; Leonardo Vieira de Almeida; Maria Luiza Ferreira Souza da Silva; Pedro Goularte Faleiro

Visão geral

Artigo Completo

Eixo Temático: Métodos consensuais de solução de conflitos na efetivação de direitos humanos

UM ESTUDO SOBRE ACESSO À JUSTIÇA E ADVOCACIA COLABORATIVA NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

Robert Lee Segal

Visão geral

Artigo Completo

MEDIAÇÃO DE CONFLITOS ENQUANTO FERRAMENTA DE FORTALECIMENTO DA CIDADANIA À LUZ DO PRINCÍPIO DO EMPODERAMENTO

Stefanie Grabas Hauaji Saadi

Visão geral

Artigo Completo

A MEDIAÇÃO COLETIVA COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS QUE ENVOLVEM DIREITO À SAÚDE E ENTES PÚBLICOS

Anna Luiza Massarutti Cremonesi; Patricia Ayub da Costa

Visão geral

Artigo Completo

O CASO UFRJ X CANECÃO E A MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA: REPENSANDO A ABORDAGEM DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Jussara Seia Ferreira

Visão geral

Artigo Completo

Retornar

SUMÁRIO



Clique no botão para ser direcionado à página desejada

Eixo Temático: Direitos Humanos e Grupos Sociais Vulneráveis

ANÁLISE DAS ADVERSIDADES ENFRENTADAS POR PESSOAS TRANS EM CONCURSOS PÚBLICOS

Letícia Vilar Correia; Victor Hugo Ferreira Barbosa; André Ricci de Amorim

Visão geral

Artigo Completo

A FACE DA VIOLÊNCIA TRANSFÓBICA NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA DE PESSOAS TRANS E TRAVESTIS NO PAÍS QUE MAIS ASSASSINA PESSOAS TRANS NO MUNDO

Becca da Silva Carnavale

Visão geral

Artigo Completo

Eixo Temático: Direitos Sociais e Direito do Trabalho

ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS: ANÁLISE DO ARTIGO 507-A DA CLT À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Larissa Xavier Vieira; Cláudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho; Gésner Lopes Ferraz Silva

Visão geral

Artigo Completo

NOVOS MODELOS DE NEGÓCIO DA ERA TECNOLÓGICA E OS IMPACTOS DA UBERIZAÇÃO DO TRABALHO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOCIAIS

Líliá Nunes Silva; Maria José Marcos

Visão geral

Artigo Completo

Eixo Temático: Teoria e História do Direito

DEMOCRACIA DELIBERATIVA NA ERA DIGITAL: IMPASSES E DILEMAS

Milla Benicio Ribeiro de Almeida Câmara; Sérgio Antônio Câmara

Visão geral

Artigo Completo

HANNAH ARENDT E AS BASES KANTIANAS DA PLURALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Luísa Ferreira Medina Trindade; Sérgio Antônio Câmara

Visão geral

Artigo Completo

Retornar

SUMÁRIO



Clique no botão para ser direcionado à página desejada

Eixo Temático: Governança pública, direito fundamental à boa administração e direitos humanos

O PLANEJAMENTO SOCIAL E SUA ESSENCIALIDADE PARA EFETIVAÇÃO DA BOA ADMINISTRAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Eduardo Azeredo Rodrigues; Aila de Lima Teixeira Jardim

Visão geral

Artigo Completo

A OBSERVÂNCIA DA NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E O RESPEITO A DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA QUESTÃO DE GOVERNANÇA PÚBLICA E BOA ADMINISTRAÇÃO.

Cleber da Cruz Cunha; Mônica Alves de Carvalho Cunha

Visão geral

Artigo Completo

DESAFIOS NA GESTÃO DE LICITAÇÕES PARA INFRAESTRUTURA SOCIAL E SUAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Eduardo Azeredo Rodrigues; Júlia Gomes Turon; Manoela dos Santos Ribeiro; Yasmyn Correia Sattam

Visão geral

Artigo Completo

Retornar

APRESENTAÇÃO DOS ARTIGOS



A DIFERENÇA ENTRE OS PRECEDENTES VINCULADOS PELA *RATIO DECIDENDI* E PELA TESE, PARA JURISDIÇÃO COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Jéssica da Costa Barros de Freitas; Marcelo Pereira de Almeida

Sumário: Introdução; 1. Civil law e common law; 2. A aproximação dos sistemas; 3. O princípio da isonomia; 4. Os precedentes vinculantes; 5. Casos binários e os hard cases; 6. As teses no direito brasileiro; Considerações Finais; Referências

RESUMO: O presente trabalho pretende discutir a diferença entre a *Ratio Decidendi* e as Teses, como precedentes vinculantes, para, a partir disso, analisar como elas devem influenciar nas soluções de conflitos da sociedade atual. Para isso, em primeiro lugar, analisa-se os contextos sociais dessa sociedade plural atual. Em seguida, a pesquisa se debruça sobre as diferenças e semelhanças entre a *Ratio Decidendi* e as Teses, passando para o entendimento de como e em qual situação cada tipo de precedente vinculante citado deve ser utilizado.

A INTERFACE TEÓRICA DA BIOÉTICA E DOS DIREITOS HUMANOS

Mariana Brito Simões

Sumário: Introdução; 1. Bioética e suas classificações; 2. Bioética e sua natureza: da zetética jurídica; 3. Direitos Humanos; 4. Relação entre ética e direito; 5. Justificantes teóricas entre a bioética e os Direitos Humanos; 6. Justificantes da interface entre bioética e direitos humanos; 7. Conteúdo da interface entre bioética e Direitos Humanos; 8. Dignidade humana ontológica e suas divisões; 9. Bens éticos básicos e invioláveis; Considerações Finais; Referências

RESUMO: O artigo tem como escopo analisar a interface teórica da bioética e dos direitos humanos. Abordando o significado de bioética, direitos humanos, relação entre ética e direito, as justificantes teóricas, a interface e o conteúdo da interface: dignidade humana ontológica e bens éticos básicos e invioláveis. O problema é como se dará a inserção dos direitos humanos na bioética? Utilizando-se de autores como: Habermas, Fernandez e Dworkin para trabalhar as questões filosóficas de intersecção, bem como Garrafa, Heloíza Helena, Maria de Fátima Sá e Adorno para explicar a Bioética e por fim, Donnolly, Finnis, Correias e Nino para compreender os direitos humanos. Tanto a bioética como os direitos humanos têm o condão de proteger direitos morais inscritos em documentos internacionais, como direitos naturais ou inatos do ser humano.

O NOVO PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA E O IMPACTO NO DÉFICIT HABITACIONAL DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO

Mariana Dias Ribeiro Martins; Iury Lima Tavares

Sumário: Introdução; 1. A moradia na cidade do Rio De Janeiro; 2. A discussão envolvendo moradia ou propriedade – o mito da função social; 3. O programa minha casa minha vida – PMCMV; 4. O déficit habitacional e política compensatória; Considerações Finais; Referências

RESUMO: As políticas públicas habitacionais possuem como um de seus objetivos impactar significativamente no déficit habitacional. Nesse sentido, apresenta-se o Programa Minha Casa Minha Vida como uma dessas políticas, que possui considerável impacto e relevância social diante de sua execução de mais de uma década no país. Por isso, considerando uma nova realidade, com o retorno do programa com uma nova legislação, maior orçamento e em um novo governo, é necessário compreender acerca da sua execução nos últimos anos para tecer as devidas considerações e críticas suficientes à sua implementação nesse novo contexto. Nesse sentido, o recorte espacial utilizado no presente artigo é a cidade do Rio de Janeiro, com a análise de dados disponibilizados pela Secretaria Municipal de Habitação. Portanto, busca-se contrapor o impacto do PMCMV com o déficit habitacional na cidade do Rio de Janeiro a partir dos objetivos e efeitos jurídicos e sociais relacionados ao Direito à Moradia.

Retornar

Sumário

APRESENTAÇÃO DOS ARTIGOS



A USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A RESPOSTA POR “ALUCINAÇÃO”: ASSIMILAÇÃO OU CRIAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS POR FORNECIMENTO DE DADOS INCORRETOS?

Letícia Pereira de Araujo

Sumário: Introdução; 1. Utilização da inteligência artificial para informação automatizada e a sua associação com os precedentes judiciais; 2. As atuais ferramentas de inteligência artificial utilizada pelos tribunais; 3. A “Alucinação” da inteligência artificial e os seus perigos; Considerações Finais; Referências

RESUMO: Com o crescente uso da Inteligência Artificial, inclusive nos Tribunais, este estudo propõe analisar a viabilidade de mecanismos destinados a identificar processos representativos e sua subsequente aplicação a casos dependentes, mesmo quando o sistema gera uma “alucinação”, ou seja, um julgamento fictício. A pesquisa utiliza a técnica de análise de discurso para coletar dados textuais, empregando uma abordagem qualitativa. Os resultados são analisados com base no conteúdo temático e normativo. O estudo contextualiza o uso de Inteligência Artificial nos tribunais e em seguida, destaca os riscos associados à alucinação induzida pela Inteligência Artificial.

DEEPFAKES E O PRENÚNCIO DO DIREITO DE IMAGEM DA PESSOA FÍSICA: DO UPGRADE NA DESINFORMAÇÃO À INSEGURANÇA JURÍDICA.

Lorraine Queiroz Nogueira; Larissa de Moraes Ferreira Campos

Sumário: Introdução; 1. Direitos da personalidade: imagem; 2. O fenômeno da Deepfake; 3. Ranking da Deepfake e a responsabilização; Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo visa explorar o fenômeno da deepfake no vasto universo da inteligência artificial e compreender como essa ferramenta tecnológica impacta diretamente nos direitos da personalidade - em especial no direito de imagem - aplicada em diversos âmbitos e situações do cotidiano. O enfoque da pesquisa se pauta na responsabilidade civil, através da análise das lacunas existentes na legislação vigente que abrem margens para a impunidade diante da imprevisão legal de crimes e violações provenientes do uso desmedido da tecnologia em face da ausência de celeridade da elaboração legislativa em comparação ao avanço digital.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: UMA ANÁLISE ACERCA DA APLICABILIDADE NO JUDICIÁRIO

Rayssa de Souza Gargano

Sumário: Introdução; 1. Histórico da Inteligência Artificial; 2. Avanços e unificação de modelos de IA; Considerações Finais; Referências

RESUMO: A presente pesquisa tem como objetivo analisar quanto ao uso da inteligência artificial no Judiciário, mais precisamente acerca da implementação unificada de um modelo de depósito de IA que tem influenciado a análise e o recebimento dos processos eletrônicos, bem como verificação dos pormenores que fizeram com que a tecnologia fosse implementada nos Tribunais. Assim, será realizado um contexto evolutivo sobre os avanços do uso tecnológico que nos levaram até o modelo atual de depósito de Inteligências no Judiciário e como tem sido a adesão de novas tecnologias por este órgão.

Retornar

Sumário

APRESENTAÇÃO DOS ARTIGOS



FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS PARA A INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Ana Luiza F. Martins; Anna C. Fonseca; Giovana A. de Oliveira; João B. S. Mendonça; Marcelo P. de Almeida

Sumário: Introdução; Metodologia; 1. Contextualização e aspectos materiais da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro; 2. Fundamentos constitucionais para a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica; 3. Fundamentos legais para a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica; Considerações Finais; Referências

RESUMO: A presente pesquisa, em um primeiro momento, observará os aspectos materiais da Desconsideração da Personalidade Jurídica, inclusive abordando breve perspectiva histórica. Em seguida, abordará os princípios constitucionais que respaldam a necessidade da instauração do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, bem como os princípios legais para tanto. A pesquisa foi pautada pelo método dedutivo, com o foco em fomentar a discussão acerca do Tema 1.209 do STJ que abrange os Recursos Especiais 2.039.132, 2.013.920, 2.035.296, 1.971.965 e 1.843.631. Esse tema do Superior Tribunal de Justiça trata acerca da compatibilidade, ou incompatibilidade, do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, previsto no CC/02, com o rito próprio da Execução Fiscal, disciplinado por lei própria. Livros e textos acadêmicos sobre o tema, teses de doutorado e mestrado, artigos científicos, jurisprudências e doutrinas foram utilizados para possibilitar a elaboração do artigo.

DO CABIMENTO DO IDPJ NO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL E O TEMA REPETITIVO 1209

Marcelo Pereira de Almeida; Carolina C. Bittencourt S. Arruda; Paulo Araújo Vasconcelos

Sumário: Introdução; 1. Fundamentos legais expressos para a aplicação; 2. Responsabilidade tributária x desconsideração da personalidade jurídica; 2.1. Responsabilidade tributária deriva da lei; 2.2. Posicionamento crítico; 2.2.1. IDPJ como meio jurídico hábil para apurar a responsabilidade sem dívida; 2.2.2. Impossibilidade de certificar a responsabilidade tributária no bojo do processo executivo fiscal sem a instauração de prévio incidente cognitivo em contraditório; 3. Impropriedades da decisão interlocutória constitutiva da responsabilidade tributária; Considerações Finais; Referência.

RESUMO: O presente trabalho direciona a discussão do cabimento (ou não) do incidente de desconsideração da personalidade jurídica nos processos de execução fiscal. Desenvolve-se pela metodologia de pesquisa parcialmente exploratória, com levantamento bibliográfico e documental pertinentes ao tema, as quais serão utilizadas como referencial teórico para a exposição dos principais argumentos contra e a favor da aplicação do incidente a esses processos. Ao término do trabalho, concluiu-se pelo cabimento do incidente no rito especial, uma vez que há dispositivos legais que preveem sua aplicação às execuções fiscais; é possível sua aplicação por analogia, diante da ausência de procedimento específico para a responsabilização tributária no curso do processo; e é proibido imputar responsabilidade ao terceiro que não figura na Certidão de Dívida Ativa sem prévio contraditório.

PERSPECTIVAS SOBRE LEGITIMIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS

Marcelo Pereira de Almeida; Ruth Loureiro de Carvalho

Sumário: Introdução; 1. A mudança de concepção da tutela individual para a tutela coletiva; 2. A legitimidade nas ações coletivas; 3. a legitimidade ativa das associações no processo coletivo; 4. Considerações sobre os projetos de lei para alteração da lei de ação civil pública; Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente trabalho aborda a temática da legitimidade ativa no processo coletivo, tratando especialmente da legitimação das associações. As divergências doutrinárias, o tratamento do tema no direito estrangeiro, bem como o tratamento dado pelo Poder Legislativo acerca do tema viabilizaram o presente trabalho. A problematização se faz relevante, uma vez que há projetos de lei que visam alterar a legitimação dos entes no processo coletivo, restringindo principalmente a atuação das associações civis. O objetivo do trabalho é analisar a legitimidade coletiva no ordenamento jurídico brasileiro, perquirindo a natureza jurídica dessa legitimação, e refletir as implicações dos Projetos de Lei na atuação dos entes legitimados, principalmente no que tange às associações.

Retornar

Sumário

APRESENTAÇÃO DOS ARTIGOS



Acesso rápido: clique sobre o tema para ser direcionado à página

PEDAGOGIA DECOLONIAL NO ENSINO SUPERIOR: APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DE ATIVIDADES ACADÊMICAS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES ÉTNICO-RACIAIS

Cecilia Silva Guimarães

Sumário: Introdução; Metodologia; 1. Pedagogia Decolonial; 2. Ensino superior, teorias raciais e pedagogia decolonial; 3. Atividades acadêmicas no âmbito das relações étnico-raciais; Considerações Finais; Referências

RESUMO: O presente artigo tem como principal objetivo apresentar o desenvolvimento da Pedagogia Decolonial no Ensino Superior a partir de atividades acadêmicas realizadas no Centro Universitário La Salle - RJ. Para tanto serão identificados os conceitos de colonialidade, decolonialidade e próprio conceito de pedagogia decolonial. A Semana Internacional de Africanidades e o Encontro Internacional dos Povos Originários das Américas serão apresentados e brevemente analisados como propostas que contribuem para o desenvolvimento de práticas pedagógicas decoloniais e para a formação integral de toda comunidade acadêmica.

(RES)SOCIALIZAÇÃO A PARTIR DA LEITURA: UMA QUESTÃO DE RESISTÊNCIA AO MODELO PRISIONAL DESUMANIZADOR BRASILEIRO

Antonio E. R. Santoro; Rodrigo M. Gonçalves; Ronaldo dos S. S. Junior; Marianna da S. F. C. e C. de Araujo

Sumário: Introdução; 1. Do suplício ao cárcere-fábrica: o presídio moderno enquanto espaço de concentração e exploração dos "indesejáveis"; 2. Estado democrático de direito e execução penal: a dignidade, a "ressocialização" e a educação enquanto direito violado dentro e fora do cárcere; 3. A leitura, a educação e a literatura no espaço carcerário como esperança e resistência ao modelo desumanizador prisional brasileiro; Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente trabalho é fonte da pesquisa iniciada para a elaboração da monografia intitulada "(Res)socialização pela Leitura: Perspectivas de uma Execução Penal Democrático-Humanizadora", apresentada em 2022 ao Curso de Direito do Centro Universitário La Salle/RJ. A partir das reflexões a respeito da redução da pena pela leitura para promover a ressocialização dos apenados, no âmbito da Resolução Nº 391/2021 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e sua adequação na perspectiva de um Estado Democrático de Direito, pretende-se dar seguimento aos estudos realizados sobre as práticas educacionais e literárias no cárcere, considerando os desafios para sua prática, tomando como base uma análise crítica acerca da estrutura do cárcere e da execução penal brasileira. Apoiando-se em uma metodologia analítica-qualitativa-jurídico-pedagógica e um viés qualitativo-bibliográfico-exploratório, visa, portanto, sob a forma dogmático-analítica, propiciar o reconhecimento dessas políticas sociais e educativas enquanto resistência e instrumento para a ruptura com práticas executórias penais que ainda perpetuam perversos modelos de punições inquisitoriais e da perspectiva da abertura de portas para a (re)inserção desses sujeitos, através da leitura e do estudo, superando mitos que (re)produzem imaginários igualmente indignos desde a figura do apenado, também responsáveis por diversos preconceitos a respeito da implementação dessas medidas, e, ao mesmo tempo, pontuar avanços já realizados, a partir da demonstração da sua repercussão no cotidiano do espaço prisional.

MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Fernando Gama de Miranda Netto; Marcelo Pereira de Almeida; Mariana Avila Barbosa

Sumário: Introdução; 1. Busca pela efetividade na execução; 2. Responsabilidade Patrimonial; 3. Posição do STJ; 4. Posição do STF: ADI 5941/DF; Considerações Finais; Referências

RESUMO: Visando combater a morosidade e acúmulo de ações, a jurisdição aumenta seus poderes de coerção nas execuções de pagar quantia, conhecidas como o gargalo dos procedimentos judiciais, e causa de insatisfação dos jurisdicionados que, apesar de possuírem um direito garantido, não recebem o bem da vida pretendido. Contudo, é questionável até que ponto os direitos da personalidade podem ser atingidos para proteger o direito ao crédito.

Retornar

Sumário

Sumário



Continuação... Assim, o artigo questiona se as medidas executivas atípicas adotadas nas execuções de prestações pecuniárias são constitucionais e se houve uma troca da responsabilidade patrimonial por um procedimento atípico pautado em meios coercitivos pessoais. Para isso, foi realizado um diálogo entre as correntes doutrinárias a favor e contra a utilização do art. 139, IV, nas execuções de pagar quantia, bem como a análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto.

METODOLOGIA DE JULGAMENTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROPOSTA NO ARE 1309642: UMA ANÁLISE A PARTIR DO MODELO DEMOCRATIZANTE DE PROCESSO

Alexandre de Castro Catharina

Sumário: Introdução; 1. Breves considerações sobre precedentes judiciais no CPC/15; 2. Procedimentos concentrados para formação de precedentes judiciais; 3. O julgamento do ARE 1309642 e o desenvolvimento de uma metodologia democratizante para formação de precedentes judiciais; Considerações Finais; Referências

RESUMO: O trabalho propõe uma reflexão sobre a metodologia de julgamento adequada para formação de precedentes judiciais. A instituição de precedentes judiciais obrigatórios no CPC/15 exige a construção gradativa de uma teoria da decisão judicial, na prática judiciária brasileira, que possibilite o aperfeiçoamento contínuo das técnicas de formação, aplicação e revisão dos provimentos jurisdicionais vinculantes. Entretanto, é essencial estabelecer procedimentos decisórios democratizantes que proporcione a construção dialógica dos precedentes judiciais. O diálogo entre órgãos judiciais e a participação efetiva dos sujeitos processuais e interessados é imprescindível não somente para formação dos precedentes judiciais, mas principalmente nos procedimentos de revisão e superação. Diante da premissa acima, o trabalho tem como objetivo analisar a metodologia de julgamento empregada no ARE 1.309.642 e se essa metodologia pode ser aplicada nos demais procedimentos concentrados para formação, revisão e superação de precedentes. O estudo conclui que a referida metodologia é perfeitamente aplicável, de lege lata, nos mencionados procedimentos decisórios. A abordagem do estudo é indutiva e a metodologia de pesquisa utilizada é qualitativa-documental, mais especificamente por meio da análise de decisões judiciais.

O RACISMO AMBIENTAL E A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DO DIREITO A UMA VIDA DIGNA: O CASO DO LIXÃO DE JARDIM GRAMACHO

Vanessa Dupheim; Fidelis Chaves Rangel; Larissa Maria de Souza

Sumário: Introdução; 1. A origem do termo "Racismo Ambiental"; 2. Os direitos fundamentais e o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; 3. O princípio 10 da ECO 92 e a manifestação de representante do Brasil na COP 26; 4. O caso concreto - aterro metropolitano de Jardim Gramacho; 5. Do salário percebido pela atividade exercida e as consequências do trabalho laboral em área insalubre; 6. A representatividade civil organizada: os catadores de lixo deste estudo de caso; 7. A interface poder público e racismo ambiental neste estudo de caso: a Resolução CG/FPC nº 02/2012; 8. A relação de trabalho frente a cidadania; 9. Da desativação do lixão de Jardim Gramacho e a indenização recebida pelos catadores com o fim do suposto aterro sanitário; Considerações Finais; Referências

RESUMO: O Direito analisado pelo prisma do racismo ambiental em suas fases de elaboração jurídica, na condição de violação/concretização de direitos fundamentais e garantia a um trabalho digno. Salientamos objetivos específicos: estabelecer um parâmetro conceitual e histórico para o termo "racismo ambiental" no Brasil, com base na legislação e na doutrina, identificar os direitos fundamentais neste caso concreto relacionado ao racismo ambiental; relacionar os principais atores e/ou instituições que atuaram/atuem no caso do Lixão citado e as eventuais responsabilidades; compreender a forma como se dá a polarização/multipolarização no contexto; relacionar os principais conflitos/demandas



Continuação... existentes e os meios adequados para a sua solução (judiciais ou extrajudiciais), indicar os caminhos a serem trilhados para alcançar uma vida digna em prol da população em análise. A problemática das Cooperativas e Associações de trabalhadores se fez presente e o campo das disputas entre Poder Público e políticas jurídicas funcionam como objeto de análises pela pesquisa quantitativa, qualitativa e empírica. Um vasto referencial com alguns destaques como: Ana Paula de Barcellos, Henri Acselrad, Júlia Di Spagna. E como conclusão parcial desta pesquisa, importância de se refletir sobre direitos fundamentais nos dias de hoje, principalmente para o povo brasileiro que vive numa realidade de enormes contrastes sociais.

ACESSO À JUSTIÇA E A MOROSIDADE PROCESSUAL JURÍDICA BRASILEIRA: REFLEXOS NO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Alexandre de C. Catharina; Leonardo V. de Almeida; Maria Luiza F. S. da Silva; Pedro G. Faleiro

Sumário: Introdução; 1. Acesso à Justiça; 1.1 Breve consideração sobre princípios; 1.2 Acesso à Justiça como princípio; 1.3 Conceito de acesso à justiça pela via do Poder Judiciário; 2. Obstáculos do acesso à justiça; 3. A Morosidade do poder judiciário em relação ao processo; 3.1 Do caso a ser narrado; Considerações Finais; Referências

RESUMO: Este artigo aborda a questão crucial do acesso à justiça e da morosidade processual no contexto brasileiro. Começando por conceituar o acesso à justiça como um direito fundamental e um valor supremo na sociedade, exploramos os obstáculos que os cidadãos brasileiros enfrentam ao tentar acessar o sistema judiciário. Tais desafios incluem a falta de recursos financeiros, a escassez de informações acessíveis e a complexa burocracia que permeia o sistema. Além disso, discutimos a problemática da lentidão do poder judiciário em relação ao andamento dos processos, ressaltando seu impacto negativo no devido processo legal e na efetividade da justiça. Para ilustrar a complexidade do sistema judiciário brasileiro, apresentamos um caso exemplar. Este estudo utiliza uma metodologia qualitativa empírica, baseada na análise de entrevistas e observações diretas no ambiente judiciário, a fim de capturar em profundidade as experiências e percepções da realidade do sistema judiciário brasileiro. Em conclusão, enfatizamos a necessidade premente de buscar soluções para tornar o acesso à justiça mais efetivo e ágil, contribuindo assim para uma compreensão mais profunda dos desafios enfrentados pelo sistema judiciário brasileiro e incentivando a reflexão sobre possíveis melhorias no acesso à justiça no país.

UM ESTUDO SOBRE ACESSO À JUSTIÇA E ADVOCACIA COLABORATIVA NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

Robert Lee Segal

Sumário: Introdução; 1. Acesso à Justiça: uma releitura conceitual; 2. Um olhar ético sobre a advocacia na mediação de conflitos; 3. Entre a autonomia e a obliteração dos sujeitos; Considerações Finais; Referência

RESUMO: Nas duas últimas décadas, tem-se observado um incremento das formas consensuais de resolução de disputas, viabilizadas, no âmbito do Poder Judiciário, graças a implementação de uma legislação que versa sobre o tema. Nesse contexto, a mediação de conflitos se apresenta como um meio ou método de autocomposição, motivando análises, reflexões e práticas que inclusive ensejam (re)pensar o papel dos advogados. Em vista disso, o objetivo desse artigo é propor uma análise sobre a atuação dos advogados na mediação de conflitos, tendo a ética colaborativa como norteadora, a partir de um trabalho de caráter qualitativo, mediante uma revisão de literatura especializada, aplicada à sociedade brasileira. À guisa de uma conclusão, pode-se notar como a atuação dos advogados pode tanto contribuir para o acesso à justiça, numa perspectiva colaborativa, como reduzir esse mesmo acesso e até mesmo inviabilizar a autonomia de seus próprios clientes na satisfação de seus interesses e necessidades.

APRESENTAÇÃO DOS ARTIGOS



Acesso rápido: clique sobre o tema para ser direcionado à página

MEDIAÇÃO DE CONFLITOS ENQUANTO FERRAMENTA DE FORTALECIMENTO DA CIDADANIA À LUZ DO PRINCÍPIO DO EMPODERAMENTO

Stefanie Grabas Hauaji Saadi

Sumário: Introdução; 1. O paternalismo estatal no tratamento dos conflitos; 2. Mediação de conflitos: do paternalismo à autonomia; 3. Empoderamento das partes para a construção da autonomia e o fortalecimento da cidadania; Considerações Finais; Referências

RESUMO: A presente pesquisa, de natureza qualitativa, explora o instituto da mediação de conflitos enquanto ferramenta de fortalecimento da cidadania à luz do princípio do empoderamento. No contexto do novo paradigma de justiça em que as decisões judiciais podem ser substituídas por decisões legitimamente construídas pelas pessoas envolvidas em conflito, busca-se compreender de que forma a sociedade, culturalmente dependente do Poder Judiciário, é capaz de tomar suas próprias decisões com autonomia. Em uma revisão de literatura, é analisado o conceito de empoderamento, sob a perspectiva do modelo transformativo de mediação em cotejo com o Manual de Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça. Explora-se ainda o conjunto de técnicas que podem ser adotadas pelo mediador no sentido de estimular o empoderamento dos participantes. Observa-se que, independentemente do modelo adotado, o empoderamento concretiza a autonomia da vontade e potencializa uma cidadania ampla, por meio da participação efetiva da sociedade na esfera pública.

A MEDIAÇÃO COLETIVA COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS QUE ENVOLVEM DIREITO À SAÚDE E ENTES PÚBLICOS

Anna Luiza Massarutti Cremonezi; Patricia Ayub da Costa

Sumário: Introdução; 1. Direito à saúde como direito humano fundamental; 1.1. Evolução e reconhecimento do direito à saúde; 1.2. Direito à saúde e vulnerabilidade social; 2. A mediação como mecanismo de acesso à justiça; 2.1. Princípios e fundamentos da mediação; 2.2. Mediação em disputas envolvendo entes públicos; 3. Impactos da mediação na saúde pública e políticas públicas; Considerações Finais; Referências

RESUMO: O estudo aborda a mediação coletiva como método de pacificação em litígios envolvendo o direito à saúde e entidades públicas, focando na efetivação do acesso à justiça. A pesquisa justifica-se pela necessidade de métodos consensuais que resguardem a dignidade dos envolvidos, especialmente em disputas sensíveis como as de saúde pública, bem como que contribuam com a taxa de descongestionamento do Poder Judiciário. Adota-se uma metodologia qualitativa com revisão de literatura e análise legislativa, explorando como a mediação pode ser um caminho viável para resolver conflitos, promovendo resoluções negociadas, mais rápidas e menos custosas. Os resultados indicam que a mediação influencia positivamente na efetividade do direito humano à saúde, na redução da litigiosidade e na gestão de recursos públicos de forma mais eficiente. Além disso, contribui para o desenvolvimento e reformulação de políticas públicas, tornando-as mais adequadas às necessidades sociais. Assim, a mediação funciona como uma estratégia valiosa para a pacificação de conflitos coletivos e o aprimoramento da administração pública, em especial no âmbito da saúde.

Retornar

Sumário

APRESENTAÇÃO DOS ARTIGOS



Acesso rápido: clique sobre o tema para ser direcionado à página

O CASO UFRJ X CANECÃO E A MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA: REPENSANDO A ABORDAGEM DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Jussara Seia Ferreira

Sumário: Introdução; 1. O Caso UFRJ X Canecão; 2. Métodos autocompositivos de solução de controvérsias: evolução normativa da mediação no Brasil; 2.1. Conciliação e mediação: diferenças; 2.1.1 Conciliação; 2.1.2 Mediação; 2.2. Evolução normativa da mediação no Brasil; 3. O uso da mediação no âmbito da administração pública: pontos e contrapontos; Considerações Finais; Referências

RESUMO: Considerando a crescente litigiosidade no Brasil e a morosidade do sistema judicial, O presente artigo propõe uma reflexão sobre o uso da mediação como alternativa para resolver conflitos envolvendo a Administração Pública, A partir do caso UFRJ X CANECÃO. A pesquisa destaca a ineficiência do processo judicial tradicional diante da complexidade e demora em casos que envolvem entidades públicas. Aponta-se a necessidade de uma nova mentalidade, favorecendo soluções que satisfaçam todas as partes, com destaque para a mediação, que promove diálogo e busca entender as raízes do conflito. Com abordagem da evolução legislativa brasileira, evidencia as deficiências do sistema judicial e traz à lume a necessidade de reinterpretar os princípios que regem a atuação pública, o que permite concluir que a mediação pode ser uma alternativa viável, promovendo eficiência e alcançando objetivos almejados, desde que seja adequadamente planejada, institucionalizada e preservada em seus elementos essenciais. A metodologia utilizada envolveu a análise de legislação, jurisprudência e estudos de caso, além de revisão bibliográfica sobre mediação e administração pública.

ANÁLISE DAS ADVERSIDADES ENFRENTADAS POR PESSOAS TRANS EM CONCURSOS PÚBLICOS

Letícia Vilar Correia; Victor Hugo Ferreira Barbosa; André Ricci de Amorim

Sumário: Introdução; 1. Vulnerabilidade Social; 2. Panorama Histórico; 3. Precedentes Judiciais; 4. Ações Afirmativas; Considerações Finais; Referências

RESUMO: O trabalho em questão possui como objetivo a análise das adversidades enfrentadas pelas pessoas trans principalmente em relação aos concursos públicos. Para tanto, evidenciou-se a vulnerabilidade social enfrentada por pessoas trans advindas da discriminação relacionada à identidade de gênero, apresentando uma abordagem panorâmica crítica e histórica do processo de reconhecimento dessa vulnerabilidade. Do mesmo modo, a utilização de casos concretos também contribui para demonstrar a importância das ações afirmativas nesse contexto, com destaque às cotas. Por fim, utiliza-se a metodologia da pesquisa bibliográfica, por meio de análise doutrinária referente ao tema, bem como do ordenamento jurídico brasileiro e seus precedentes.

A FACE DA VIOLÊNCIA TRANSFÓBICA NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA DE PESSOAS TRANS E TRAVESTIS NO PAÍS QUE MAIS ASSASSINA PESSOAS TRANS NO MUNDO

Becca da Silva Carnavale

Sumário: Introdução; 1. O marginalizado ao reconhecido: a luta histórica das travestis por direitos de cidadania; 2. Lutando contra o apagamento: o papel histórico das travestis; 3. Desafios e conquistas: o estado brasileiro como agente de proteção e promoção social a corpos trans e travestis; Considerações Finais; Referências

RESUMO: Este artigo coloca em análise a violência experimentada por corpos trans e travestis, a partir de um conjunto de vieses históricos, filosóficos e a realidade brasileira. As reflexões do artigo nos possibilitam traçar uma elucidação do tipo de violência que faz do Brasil o país que mais assassina pessoas trans e travestis no mundo. A produção científica objetivou através da pesquisa bibliográfica doutrinária, com levantamento de dados teóricos e documentais,

Sumário

Retornar

Sumário

APRESENTAÇÃO DOS ARTIGOS



Acesso rápido: clique sobre o tema para ser direcionado à página

Continuação... explicitar as formas de atuação do Estado brasileiro para conter a violência física, psicológica, sexual e de gênero a que estão submetidas este segmento populacional, além de demonstrar com base nos dados coletados a nível nacional, se estas formas de atuação perpetradas por parte do Estado brasileiro, estão sendo efetivas, através da implementação de políticas públicas de proteção social, tendo como objetivo promover a cidadania de corpos trans e travestis.

ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS: ANÁLISE DO ARTIGO 507-A DA CLT À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Larissa Xavier Vieira; Cláudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho; Gésner Lopes Ferraz Silva

Sumário: Introdução; 1. Direito do trabalho e a arbitragem nos dissídios individuais; 2. Arbitragem como mecanismo de solução de conflitos; 3. Análise do artigo 507-A da Consolidação das Leis do Trabalho; 4. Requisito econômico e a cláusula compromissória arbitral; Considerações Finais; Referências

RESUMO: O presente artigo se propõe analisar a arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas à luz do princípio da proteção. Os objetivos da pesquisa visam investigar os critérios para adoção da arbitragem aos dissídios individuais, analisar a manifestação de vontade do trabalhador na assinatura do contrato da cláusula compromissória arbitral e, por fim, estudar a disponibilidade dos direitos trabalhistas e a natureza jurídica desses direitos. Para desenvolvimento da investigação, utilizou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo e como método de procedimento a pesquisa bibliográfica, a partir da leitura de autores que discutem o tema da presente pesquisa. Conclui-se, pela indisponibilidade dos direitos sociais trabalhistas e a necessidade de averiguar os interesses protegidos pela adoção dessa possibilidade de resolução de conflito nos dissídios individuais.

NOVOS MODELOS DE NEGÓCIO DA ERA TECNOLÓGICA E OS IMPACTOS DA UBERIZAÇÃO DO TRABALHO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOCIAIS

Líliá Nunes Silva; Maria José Marcos

Sumário: Introdução; 1. Economia de compartilhamento: precarização das relações laborais como modelo de negócio; 2. Uberização das relações laborais no direito convencional e comparado; 3. Posicionamento dos tribunais superiores brasileiros em relação à uberização: repercussões no âmbito trabalhista, previdenciário e nos Direitos Humanos; Considerações Finais; Referências

RESUMO: O tema de pesquisa é a natureza da relação de trabalho havida entre a Uber e seus motoristas, perquirindo se há autonomia nos serviços prestados ou se trata-se de uma relação de natureza subordinada, a ensejar o reconhecimento da relação de emprego, considerando o disposto no ordenamento jurídico brasileiro. O trabalho discute as repercussões no âmbito trabalhista, previdenciário e seus impactos para a efetivação dos direitos humanos. Tem relevância a pesquisa realizada, pois suscita reflexões sobre o impacto da Quarta Revolução nas relações de trabalho. A pesquisa, de cunho analítico e crítico, sob perspectiva comparada, desenvolve-se com a análise das medidas legislativas existentes em âmbito nacional; levantamento bibliográfico sobre a temática, por meio de livros e artigos científicos e; análise jurisprudencial compreendida no período entre 2017 e 2023. No que toca ao direito comparado, é feito um cotejamento da jurisprudência produzida no campo de interesse nos Estados Unidos, Portugal, Reino Unido e França.

Retornar

Sumário

APRESENTAÇÃO DOS ARTIGOS



Acesso rápido: clique sobre o tema para ser direcionado à página

DEMOCRACIA DELIBERATIVA NA ERA DIGITAL: IMPASSES E DILEMAS

Milla Benício Ribeiro de Almeida Câmara; Sérgio Antônio Câmara

Sumário: Introdução; 1. A democracia deliberativa de Habermas; 2. Novos espaços de deliberação; Considerações Finais; Referências

RESUMO: Esta pesquisa tem como principal objeto as instâncias decisivas para a deliberação democrática, no contexto da sociedade contemporânea, sendo esta marcada pela preponderância de ferramentas e ambientes digitais. Para tanto, propõe-se uma releitura do conceito de deliberação formulado por Jürgen Habermas no século XX, à luz dos atuais dilemas impostos pelos novos arranjos comunicacionais. Tal debate se justifica, na medida em que aumenta a demanda por participação direta na política, ao mesmo tempo em que a internet se estabelece como um novo meio para que esse desejo se concretize. Assim, é essencial questionarmos quando e como a participação, de fato, fortalece o exercício da cidadania.

HANNAH ARENDT E AS BASES KANTIANAS DA PLURALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Luísa Ferreira Medina Trindade; Sérgio Antônio Câmara

Sumário: Introdução; 1. Vulnerabilidade Social; 2. Panorama Histórico; 3. Precedentes Judiciais; 4. Ações Afirmativas; Considerações Finais; Referências

RESUMO: O Holocausto, um dos eventos mais marcantes e perturbadores do século XX, deixou uma marca permanente na história da humanidade. Analisado por pensadores proeminentes como Hannah Arendt, esse genocídio perpetrado pelo regime nazista durante a Segunda Guerra Mundial resultou na perda de milhões de vidas, principalmente de comunidades judaicas, além de outros grupos considerados indesejáveis. A magnitude do sofrimento humano e a brutalidade sistemática desencadearam uma profunda reflexão sobre a necessidade de proteger os direitos fundamentais de todos os indivíduos. Neste artigo, investigamos como a ruptura do totalitarismo, exemplificada pelo regime nazista e o Holocausto, implica na ausência de salvaguardas legais que tradicionalmente garantiriam os direitos e liberdades dos cidadãos. Esta lacuna cria um ambiente no qual o poder do regime se torna absoluto e a arbitrariedade prevalece sem restrições. Hannah Arendt identifica essa ruptura como um ponto crucial na dinâmica totalitária, pois não apenas mina as bases legais da sociedade, mas também degrada a própria condição humana diante do poder opressivo do Estado. Este evento, conforme descrito por Arendt, catalisou a urgência e a importância da institucionalização dos Direitos Humanos, transformando-os em um pilar central do ordenamento jurídico internacional. Para avançar nesse propósito, exploraremos o conceito de Humanidade sob a ótica de Arendt e sua conexão com a filosofia kantiana da universalidade dos princípios morais. Este estudo visa contribuir para uma compreensão mais profunda das implicações históricas, legais e filosóficas do Holocausto, além de destacar a importância contínua da proteção dos direitos humanos em todo o mundo.

O PLANEJAMENTO SOCIAL E SUA ESSENCIALIDADE PARA EFETIVAÇÃO DA BOA ADMINISTRAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Eduardo Azeredo Rodrigues; Aila de Lima Teixeira Jardim

Sumário: Introdução; 1. A boa administração como essencial à administração pública; 2. A Sustentabilidade; 3. O planejamento social e seu impacto; Considerações Finais; Referências

RESUMO: O presente trabalho se propõe a analisar a influência do Direito Administrativo e o planejamento social para que se tenha uma boa aplicabilidade do direito fundamental da boa administração e, por consequência, a concretização dos direitos humanos, através do estudo das Leis que tratam acerca das licitações, bem como o recente Decreto nº 11.430/2023. Além disso, será possível observar como o planejamento social é essencial para que os direitos dos cidadãos estejam assegurados.

Retornar

Sumário

Sumário

APRESENTAÇÃO DOS ARTIGOS



Acesso rápido: clique sobre o tema para ser direcionado à página

A OBSERVÂNCIA DA NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E O RESPEITO A DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA QUESTÃO DE GOVERNANÇA PÚBLICA E BOA ADMINISTRAÇÃO.

Cleber da Cruz Cunha; Mônica Alves de Carvalho Cunha

Sumário: Introdução; 1. O Processo administrativo disciplinar e a Constituição Federal de 1988; 2. O processo administrativo e sua estruturação legal; 3. O processo administrativo disciplinar e a governança pública: uma abordagem discursiva; Considerações Finais; Referências

RESUMO: O Brasil, com o renascimento jurídico ocorrido com a Constituição Federal de 1988, reestruturou-se como uma República Democrática de Direito, o que traz em seu bojo uma série de compromissos vinculados a esta formatação estatal, incluindo vetores amplos como a dignidade da pessoa humana, e o reconhecimento de princípios garantidores, firmados como fundamentais, como a segurança. O conceito de segurança, enquanto princípio, garantia e direito fundamental, abrange diversos aspectos concretos da vida societária, estando, entre eles, a segurança jurídica, ao qual se vincula o princípio do devido processo legal, que, por sua vez, abrangeria os processos judicializados, como o processo penal e o processo civil, bem como os processos administrativos, sobretudo o processo administrativo disciplinar. O objetivo deste trabalho é, assim, analisar a natureza jurídica do processo administrativo disciplinar, e sua importância prática como balizador desse ramo processual, bem como sua vinculação com a governança pública e a concretização da segurança jurídica enquanto direito fundamental, o que se buscará através de uma revisão bibliográfica que terá como norte a obra “O princípio da eficiência à luz da teoria dos princípios: aspectos dogmáticos de sua interpretação e aplicação”.

DESAFIOS NA GESTÃO DE LICITAÇÕES PARA INFRAESTRUTURA SOCIAL E SUAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Eduardo Azeredo Rodrigues; Júlia Gomes Turon; Manoela dos Santos Ribeiro; Yasmyn Correia Sattam

Sumário: Introdução; 1. Cidades grandes; 2. Cidades pequenas; 3. Crítica na efetivação das licitações atingindo o princípio da eficiência e a concretização dos Direitos Humanos; 4. Caso concreto: Deputado Daniel Soranz e seu projeto de lei para compras e vendas na saúde através da plataforma marketplace; Considerações Finais; Referências

RESUMO: Este artigo tem o intuito de analisar os desafios na gestão da infraestrutura social, agravados pela desigualdade e políticas públicas, em conformidade com o princípio da segregação de funções da nova Lei de Licitações. A Lei nº 14.133/2021, implementada em abril de 2021, unifica Leis anteriores relacionadas a licitações públicas e introduz princípios como a segregação de funções, que divide responsabilidades entre servidores administrativos durante as fases do processo licitatório. Nas cidades grandes, destaca-se o pregão como modalidade de licitação amplamente utilizada, oferecendo eficiência e economia de tempo. Nas cidades pequenas, a nova Lei proporciona exceções para municípios com até 20 mil habitantes, permitindo flexibilidade em relação às exigências de licitação. No entanto, é crucial que esses municípios estejam cientes das mudanças trazidas pela nova Lei e estejam preparados para se adaptar, investindo em capacitação para os profissionais envolvidos em licitações. O texto também aborda a complexidade das políticas públicas, a necessidade de eficiência e sustentabilidade nos processos licitatórios e as iniciativas do deputado Daniel Soranz para melhorar a gestão na área da saúde, incluindo a proposta de um sistema de compras simplificado e a taxação de produtos prejudiciais à saúde para promover hábitos mais saudáveis na população.

Retornar

Sumário

A DIFERENÇA ENTRE OS PRECEDENTES VINCULADOS PELA *RATIO DECIDENDI* E PELA TESE, PARA JURISDIÇÃO COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Jéssica da Costa Barros de Freitas¹
Marcelo Pereira de Almeida²

Eixo Temático: GT1: Direito Sistemico.

RESUMO

O presente trabalho pretende discutir a diferença entre a *Ratio Decidendi* e as Teses, como precedentes vinculantes, para, a partir disso, analisar como elas devem influenciar nas soluções de conflitos da sociedade atual. Para isso, em primeiro lugar, analisa-se os contextos sociais dessa sociedade plural atual. Em seguida, a pesquisa se debruça sobre as diferenças e semelhanças entre a *Ratio Decidendi* e as Teses, passando para o entendimento de como e em qual situação cada tipo de precedente vinculante citado deve ser utilizado.

Palavras-chave: Jurisdição, Precedentes Vinculados, Resolução de conflitos.

INTRODUÇÃO

Em decorrência da pluralidade das sociedades contemporâneas, o legislador hoje se utiliza mais de conceitos vagos para integrar as cláusulas gerais. Tal forma de legislar permite ao juiz decidir com menos previsibilidade e mais autonomia, o que pode colocar em risco o princípio da isonomia.

Diante disso percebe-se que o sistema jurídico Civil Law, utilizado no Brasil, não consegue abarcar todos os conflitos sociais da atualidade, uma vez que, *a priori*, é necessário fazer uma previsibilidade dos possíveis conflitos para, posteriormente, estabelecer o sistema

¹ Graduanda do curso de Direito da Unilasalle - RJ. E-mail: jessica.freitas@soulasalle.com.br Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2604030376478480>

² Pós- Doutor em Direito Processual pela UERJ. Pós- Doutorando em Direito pela Universidade de Burgos (Espanha). Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. Professor Adjunto de Direito Processual da UFF; Professor do PPGDIN da UFF (doutorado); Professor de Direito Processual Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Professor Permanente do PPGD (mestrado) da UCP; Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual do Unilasalle/RJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil (IBDP), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC). Advogado. E-mail: mpalmeida04@yahoo.com.br – Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0245213114864531>.

de regras que disciplinará as condutas sociais. Logo, não são os precedentes que antecedem as regras.

É exatamente diante dessa pluralidade social e desse lapso legal que o sistema Civil Law admite, que o Direito é chamado a adquirir um movimento Tentacular por sobre essa sociedade. Ou seja, fazendo uma analogia com o polvo e seus tentáculos, o Direito tem a vocação de disciplinar todos esses inúmeros conflitos e contextos sociais que apenas o sistema de regras legisladas não conseguiria. (Alvim, 2019).

Sucedese que, uma vez que o judiciário atua, de fato, “criando Direito”, a jurisprudência precisa ser estável. Ou seja, certas decisões judiciais, com carga normativa, não podem ser alteradas drasticamente pelos tribunais. Isso porque, se é norma, tem que ser estável, uniforme, principalmente obedecer ao princípio da isonomia.

E é nesse contexto que se identifica os precedentes vinculantes, que são a própria Lei interpretada por um tribunal superior. Destarte a necessidade de se pensar como esses precedentes vinculam e quando utilizá-los como base para decidir os conflitos sociais atuais.

1. *CIVIL LAW E COMMON LAW*

É preciso ter em mente que os países que possuem como sistema jurídico o *Common Law*, as suas regras de conduta vão sendo construídas a partir dos precedentes, de forma muito natural. Diferentemente, aqui no Brasil, como em outros países de *Civil Law*, *a priori*, se estabelece o sistema de regras para disciplinar a conduta.

Sendo assim, os modelos jurídicos *civil law e common law*, formando dois sistemas profundamente distintos, consoantes às circunstâncias em que surgiram se desenvolveram. O conceito de “*civil law*” deriva da influência que o Direito Romano exerceu sobre os países da Europa Continental e suas colônias, pois o direito local cedeu passagem quase que integralmente aos princípios do Direito Romano, dando ensejo à elaboração de leis, códigos, constituições:

E, por isso, a expressão Civil Law, usada nos países de língua inglesa, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito da Roma antiga e que, desde então, tem-se desenvolvido e se formado nas universidades e sistemas judiciários da Europa Continental, desde os tempos medievais;

portanto, também denominado sistema Romano-Germânico. (VIEIRA, 2007, p. 270).

Já a locução “*common law*” tem como significado etimológico o “direito comum”, sendo utilizado no contexto da Inglaterra. (David, 2002) O direito era “comum”, pois vinha dos Tribunais de Westminster, cujas decisões vinculavam toda a Inglaterra, em oposição aos direitos particulares de cada tribo. (Ramires, 2010).

Nestes contextos culturais é possível identificar o marco de encontro entre estas duas grandes tradições jurídicas que se formaram na Idade Média: romano-canônica na Europa continental de tradição romanística e *common law* na Inglaterra, indiretamente influenciada pelo direito romano, em virtude do ambiente cultural existente no período de sua formação. (Barreiro; Paricio, 2010).

Ocorre que, apenas em uma sociedade muito simples e muito estável, a conduta de seus membros poderá ser determinada apenas pela Lei. Diante disso, observa-se nas sociedades contemporâneas, que são plurais, a impossibilidade de prever todas as realidades possíveis de ocorrer. Logo, o Direito tem a vocação de disciplinar todos esses inúmeros conflitos e contextos sociais dessa sociedade plural. (Alvim, 2019).

Destarte, o direito demonstrou ser história viva, por isso a ideia de aprisioná-lo em textos, ainda que bem escritos torna-se inaplicada e incoerente. Ademais, Paolo Grossi esclarece que a codificação exerce função de controle e vinculação ao poder político, inclusive para o direito privado caracterizado pela liberalidade das partes, pois traz de maneira declarada a estatalidade do direito. Portanto, o Estado firmou-se como único ente capaz de “transformar em jurídica uma norma estatal”, situando o direito unicamente como voz do Estado. (Grossi, 2006).

Contudo, Marinoni atenta que o fenômeno na codificação em si não é o responsável pela diferenciação entre *common law* e *civil law*. O *common law* também tem intensa produção legislativa, entretanto, a diferença entre os dois sistemas está na importância que se dá para as leis e códigos em cada um deles. (Marinoni, 2009).

Salienta-se que não é o fato de ter códigos ou não que define o modelo jurídico adotado, a distinção é feita a partir do entendimento do que é código que cada um possui. Por exemplo, no *common law* os códigos não pretendem abster a interpretação da lei. Tal afirmativa se

sustenta empiricamente quando, se houver um conflito entre uma lei codificada e uma criada pela *common law*, ficará a encargo do juiz interpretar qual das duas deve ser aplicada. (Marinoni, 2010).

2. A APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS

As transformações sociais abrem espaço para relações mais complexas, com maior mobilidade social, que acarretam modificações axiológicas também. Em decorrência disso, aumentou-se o acesso à justiça e com este também os casos trazidos ao Judiciário passaram a ter desdobramentos mais complexos, crescendo a necessidade de atenção à atuação dos juízes nos casos concretos. (Wambier, 2010).

Por conseguinte, ocorre um diálogo jurídico entre *common law e civil law*, que se influenciam mutuamente, refletindo no direito brasileiro o que se pode denominar “*commonlawlização*”. Tal ideia expressa a grande importância que vem sendo atribuída à jurisprudência e decisões judiciais, além da demonstração do crescimento do prestígio à função criadora do juiz. (Porto, 2006).

Ainda no contexto da criatividade judicial, Mauro Cappelletti em sua obra “Juízes Legisladores?”, após apresentar as diferenças entre os sistemas supracitados, conclui que é evidente o aumento da criatividade jurídica nos países de *civil law* da mesma forma que ocorre no *common law*, sendo as diferenças cada vez mais brandas entre ambos, resultando no que Cappelletti denomina “convergência evolutiva”. (Cappelletti, 1993).

Outrossim, Cappelletti discorre que a adoção de um sistema de controle judiciário de constitucionalidade, que em muito se diferencia das cortes superiores tradicionalmente criadas no sistema romano-germânico, também provoca a aproximação dos modelos, principalmente quando observado o efeito *erga omnes*, que, segundo Cappelletti, garante a eficácia do precedente vinculativo nas decisões das cortes constitucionais. (Cappelletti, 1993).

Portanto, levando em consideração as consequências que esta aproximação proporciona no direito brasileiro, convém observar as implicações decorrentes na prática jurídica dos modelos de justiça em que se aplica a *civil law*, bem como alguns dos reflexos de tal interferência no direito baseado na *common law*, isso dentro da denomina “globalização judicial”.

Destarte, em decorrência desse fato, hoje o legislador se utiliza mais de conceitos vagos para integrar as cláusulas gerais. Assim, essa forma de legislar permite que o juiz decida com menos previsibilidade e mais autonomia, colocando em risco o princípio da isonomia.

3. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Por outro lado, pode-se perceber, como um movimento contínuo dessa maior autonomia do juízo que, a pauta de conduta do jurisdicionado não provém somente da Lei, e sim de uma atividade conjunta do legislador e do judiciário. Por óbvio, porque apenas a Lei não seria o suficiente para a atuação do judiciário diante da pluralidade contemporânea.

Sucedese que, uma vez que o judiciário atua, de fato, “criando Direito”, a jurisprudência precisa ser estável. Ou seja, certas decisões judiciais, com carga normativa, não podem ser alteradas drasticamente pelos tribunais. Isso porque, se é norma, tem que ser estável, uniforme, principalmente para obedecer, exatamente, o princípio da isonomia e segurança jurídica.

O Estado Contemporâneo, ao buscar a proteção jurídica social, precisa garantir a segurança e a igualdade jurídicas para minimizar os conflitos de interesses, favorecer a distribuição equitativa dos direitos e atenuar as relações de poder e dominação. (Cambi, 2016).

Por essa razão, é indispensável a composição de um sistema processual fundado em valores constitucionais que possibilitam aos jurisdicionados, de fato, acessarem aos direitos que lhes são garantidos pelo ordenamento jurídico. As transformações sociais, pensadas nos valores éticos e emancipatórios contidos na Carta Magna, exigem que o processo seja pensado sob o parâmetro de uma cidadania plena, ativa e solidária. (Cambi, 2016).

A composição do sistema processual que justifique o caráter institucional democrático tem seu fundamento mais elementar no princípio do devido processo legal (art. 5.º, LIV, da CF/1988). Princípio tão indispensável que deu origem aos demais princípios processuais. 34 A sistemática da Constituição atribui ao devido processo legal a insígnia de garantia-síntese do direito ao justo processo, composto de meios e de resultados a serem, minimamente, assegurados para que a justiça seja efetivada. (Cambi, 2016).

Os aspectos subjetivo e objetivo do devido processo legal vinculam tanto os particulares, que se sujeitam ao monopólio da jurisdição, quanto o Estado, em que os interesses

não podem se sobrepor à vontade soberana da Constituição. Visto que o processo pode produzir efeitos concretos nas relações sociais, a sua condução pela perspectiva republicana e democrática é indispensável para se respeitar tanto os direitos e deveres fundamentais quanto para cumprir o princípio da separação harmônica e independente dos poderes. (Cambi, 2016).

O devido processo legal resulta da soma das garantias processuais de proteção aos interesses individuais e coletivos (como as da inafastabilidade da jurisdição, do juiz natural, da isonomia, do contraditório e da ampla defesa), que limitam o poder do Estado na atividade jurisdicional. (Cambi, 2016).

A garantia do devido processo legal está assegurada no princípio da isonomia, em que um dos principais efeitos é o respeito aos precedentes judiciais. A observância dos precedentes é um meio de efetivação da igualdade, ao se garantir as justas expectativas de segurança jurídica, incidentes ao comportamento estável e uniforme dos juízes e dos tribunais frente a aplicação das normas jurídicas.

A distinção entre dignidade e ruína do ordenamento jurídico vai depender da coerência com que ele é aplicado. Nessa lógica, quem está sob o mano da justiça não podem ficar desprotegido contra os voluntarismos judiciais. Exatamente por isso, é indispensável o cumprimento estrito do dever constitucional de motivação das decisões (art. 93, IX, da CF; art. 489 do CPC), se fazendo necessária a busca por patamares razoáveis de congruência entre os entendimentos sobre determinados argumentos ou fatos jurídicos entre os tribunais. A consolidação de uniformidade, em caminho regular e duradouro, garante a resolução isonômica das controvérsias, ao invés de alimentar os casuísmos judiciários. (Cambi, 2016).

E é nesse contexto que se identifica os precedentes vinculantes. Em relação a essência dos precedentes preservarem a isonomia das situações jurídicas semelhantes, há de se mencionar a explicação de Ronald Dworkin:

Se o governo de uma comunidade obrigou o fabricante de carros defeituosos a indenizar uma mulher que se feriu por causa desse defeito, então este fato histórico deve oferecer alguma razão para que este mesmo governo exija, de um empreiteiro que causou prejuízo econômico devido ao trabalho malfeito de seus empregados, que compense os danos decorrentes. Podemos testar o peso dessa razão não perguntando se a linguagem da decisão anterior, devidamente interpretada, exige que o empreiteiro pague indenizações, mas perguntando se é justo que o governo, depois de intervir do modo como fez no primeiro caso, recuse sua ajuda no segundo. (Dworkin, 1999).

O sistema de precedentes vinculantes tem embasamento constitucional, no art. 5.º, caput, da Carta Magna, devendo o tratamento isonômico significar tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades. A igualdade garantida pela Constituição Federal lança-se sobre o Direito Processual Civil, onde os litigantes, por meio de um contraditório equilibrado e efetivo (arts. 9.º e 10 do CPC), têm resguardado oportunidades equivalentes de influir a formação do convencimento judicial, sem prejuízo da adoção de técnicas processuais diferenciadas que possam promover o tratamento igualitário, com o cuidado à medida das desigualdades, para provimento do equilíbrio essencial à efetivação do direito ao justo processo. (Cambi, 2016).

Sendo assim, a aplicação de precedentes judiciais está estruturada nesse equilíbrio isonômico, que assegura às partes os meios processuais fundamentais à promoção de seus interesses, mas, ao mesmo tempo, incentiva a distribuição racional do ônus do tempo do processo, para coibir defesas abusivas ou meramente protelatórias, que postergam indevidamente a tutela jurisdicional. (Cambi, 2016).

4. OS PRECEDENTES VINCULANTES

Na conjunção dos precedentes, o termo *stare decisis* em grande enquadramento. A mesma tem sua origem na expressão latina “*stare decisis et non quieta movere*”, ou seja, “mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido”. Em decorrência, é possível observar que esse termo se relaciona com a definição de uma doutrina de precedentes vinculantes. Desta forma, as decisões dos tribunais em casos anteriores vinculavam a aplicação do direito lá constituído, com a finalidade de manter a análise já realizada pelo Judiciário como precedente para futuras decisões. (Sabino, 2010).

A doutrina do *stare decisis* evoluiu a partir de um hábito das Cortes do reino inglês, que se reuniam para debater os casos mais complexos, que se tornavam referência para julgamentos posteriores. (Crocetti; Drummond, 2010). Progressivamente as decisões avocaram um papel vinculante, sendo que somente no século XIX que foi estabelecida a obrigatoriedade de observância aos precedentes, quando a Câmara dos Lordes assumiu o caráter vinculativo das suas próprias decisões nos casos *Beamish v. Beamish* em 1861, como bem destaca Sérgio Gilberto Porto:

Assim, foram lançadas as bases para o desenvolvimento da ideia do precedente vinculante (*rectius: stare decisis*) que representa, em linhas gerais, a possibilidade jurídica de que o juízo futuro declare-se vinculado a decisão anterior, em face da identidade de casos. De sorte que, ‘*Standing by a decision* (firmar numa decisão)’, representa a tarefa de decidir uma questão de direito de modo uniforme em casos materialmente idênticos. Na proposta clássica, encerra a ideia: *stare decisis et non quita movere*, ou, deixe-se a decisão firmada e não altere-se as coisas que foram assim dispostas, ou, ainda, ficar com o que foi decidido e não mover o que está em repouso. (Porto, 2006, p. 778).

Sendo assim, aplica-se o *stare decisis* a todos os casos em que houver identidade entre as demandas, a partir do pressuposto que causas iguais merecem soluções idênticas. Logo, havendo identidade de causas, haverá vinculação ao precedente, afim de garantir isonomia jurisdicional.

Isto posto, conclui-se que o cerne da *common law* é formado com baseado na experiência e não apenas na lógica abstrata que antecede ao fato. A evidência de que a experiência constitui fonte primordial do direito está no prestígio adquirido pelo precedente jurisdicional, que assegura a vinculação a casos futuros. Ou seja, de acordo com Porto, “os efeitos da coisa julgada ultrapassam as partes e o objeto discutido em determinada e passam a ser aplicados a um universo em que haja casos de situação jurídica idêntica ou assemelhada”. (Porto, 2006).

Todavia, Marinoni discorre que não se deve confundir a doutrina de *stare decisis* com o próprio sistema *common law*, uma vez que o *common law* foi formado pelos costumes gerais e existiu por vários séculos antes de surgir o *stare decisis* ou precedente vinculante. Desta maneira, o *stare decisis* é apenas um elemento presente dentro do modelo jurídico baseado na *common law*. (Marinoni, 2010).

Na Inglaterra o sistema *common law* é mais inexorável, sendo o princípio de aplicação de precedentes tão rígido, que até 1966 a *House of Lords*, órgão máximo no Poder Judiciário do Reino Unido, não podia modificar suas próprias decisões. Atualmente essa extrema rigidez foi flexibilizada, ressalvadas as diferenças entres os diferentes países desta cultura, pois há previsão de possibilidade de afastamento do precedente para a criação de um novo. (Wambier, 2009).

No Brasil, os precedentes vinculantes são a própria Lei interpretada por um tribunal superior. Ademais, no artigo 489, §1º, CPC, o próprio legislador reconhece a atuação do judiciário na criação do Direito, em que disserta que o juiz pode fundamentar sua decisão em um precedente.

Agora, já ultrapassado esses entendimentos, como então, vinculam os precedentes? Os precedentes vinculam quando eles servem de base para decidir outros casos posteriores, iguais ou semelhantes, a eles. Destarte, existem 2 casos diferentes em que pode-se identificar essa igualdade, que gera a necessidade de aplicação do precedente.

5. CASOS BINÁRIOS E OS *HARD CASES*

O primeiro deles é quando os casos são idênticos, não comportam variações de entendimentos. A doutrina os chama de casos binários, pois são circunstâncias que geram como resposta apenas SIM ou NÃO, são as questões de massa.

O segundo tipo de casos que também podem ser considerados para a aplicação de precedentes, são os casos considerados iguais quanto à luz Direito. Ou seja, embora os fatos sejam diferentes, há uma identidade substancial que leva a necessidade de eles serem decididos por um mesmo princípio jurídico, à luz da mesma *Ratio Decidendi*.

Essa diferença entre os dois casos é muito relevante, porque apenas o primeiro caso, caso binário, é sujeito à uniformização por meio de repetitivos e dos IRDR (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas). Só esse caso deve ensejar legitimamente a elaboração de teses jurídicas. Ora, isso porque não dá para redigir Teses para o segundo tipo de casos, também chamados pela doutrina de *Hard Cases*, porque os mesmos dependem de cada caso concreto a ser analisado.

De certo, é necessário tratar os casos parecidos de forma parecida (*treat like cases alike*). Isso impõem aos sujeitos processuais os ônus argumentativos de um processo democrático no qual os direitos fundamentais vinculam também os seus intérpretes. (Cambi, 2016).

Ademais, é necessário fazer a distinção entre os precedentes e a jurisprudência. Esta se refere a uma espécie de coletânea constante e uniforme dos tribunais sobre determinado ponto de Direito, elemento que auxilia o trabalho do intérprete sem o substituir ou dispensar. Eduardo

Cambi, em seu artigo “Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para a aplicação dos precedentes judiciais” discorre sobre essa diferença:

A diferença entre jurisprudência e precedente não é apenas semântica, mas, inicialmente, quantitativa. O precedente faz normalmente referência a uma decisão de um caso particular, enquanto a jurisprudência costuma abranger uma pluralidade de decisões de casos concretos. Ainda assim, frequentemente a quantidade condiciona a qualidade, permitindo identificar também uma diferença qualitativa entre as duas figuras. O precedente não se resume a tratar de várias decisões exemplificativas da opinião dos tribunais, mas de decisões racionalmente vinculantes, antes de tudo, para o próprio órgão que decidiu nos casos análogos futuros. (Cambi, 2016).

Agora, na vinculação dos juízes aos precedentes, mesmo que o precedente constitui uma regra universalizável, útil a ser critério de decisão no caso sucessivo pela analogia entre os fatos do caso de referência e os fatos do caso em análise, essa analogia precisa ser afirmada ou excluída pelo juiz do caso em análise, conforme sua avaliação sobre os elementos de afinidade ou diferenciação do caso pretérito, através de uma minuciosa escrutinação do caso em análise e pretérito. (Cambi, 2016).

Sendo assim, o raciocínio utilizado na aplicação do precedente ao caso sucessivo é fundado na análise dos fatos que compõem tanto o processo em exame quanto daquele caso originário. Caso essa análise justifique a aplicação ao segundo caso da *ratio decidendi* adotada ao primeiro, o precedente é eficaz e, portanto, vincula o juiz. Percebe-se que, quando presentes essas condições, apenas um só precedente é suficiente para fundamentar a decisão do caso sucessivo. (Cambi, 2016)

Destarte, por lógica percebe-se que compreensão do precedente só é possível à luz dos fatos, e o seu respeito depende da equivalência do caso em análise aos mesmos fatos que sustentam as decisões pretéritas. Portanto, o que justifica essa leitura comparativa é assegurar a isonomia entre as decisões emanadas do Poder Judiciário. Em seu artigo, Eduardo Cambi apresenta sobre a necessidade de o julgador identificar a *ratio decidendi* para não cair em uma mera reprodução mecânica de emendas de julgados, e dessa forma, não alcançar uma decisão congruente com os fatos apresentados na lide:

A vinculação de precedentes exige do julgador assumir o seu ônus argumentativo, devendo proceder a localização racional das inspirações encontradas nos fatos pretéritos, que levaram a tomada de determinada

decisão, sobre os fatos identificados no novo caso em análise. Não se pode esconder o uso de precedentes sobre linhas meramente quantitativas ou enunciativas, não bastando a mera reprodução mecânica de ementas de julgados. É preciso ir além e examinar os casos julgados e sob julgamento sob a perspectiva da argumentação jurídica, fazendo a distinção entre *ratio decidendi e obter dictum*. (Cambi, 2016).

À vista disso, conclui-se que essa diferenciação não pode ser meramente teórica, isso porque assume uma relevância na prática jurídica, quando o julgador fundamenta as decisões judiciais. Sua compreensão teórica e sua aplicação prática é um dos maiores desafios para o correto funcionamento do sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro. (Cambi, 2016).

6. AS TESES NO DIREITO BRASILEIRO

No contexto do processo de globalização e convergência dos regimes jurídicos, faz-se necessário um direito ágil e pronto para solucionar novos problemas a cada dia. O mundo jurídico cada vez mais se inclina para a utilização de regras e princípios como forma de impedir a “ossificação” do direito. (Grossi, 2009).

É neste cenário que aumenta a preocupação em preservar o núcleo fundamental da globalização judicial: o direito privado. Com o número de relações jurídicas aumentando e tais relações cada vez mais complexas, o suporte jurídico precisa estar preparado e calcado numa forte base principiológica, sem, no entanto, amarrar-se normativamente. (Grossi, 2009).

Adota se as Teses no Direito brasileiro por duas razões, a primeira delas é a necessidade de tornar operativo e eficiente o sistema de precedentes, imprimindo a esse sistema uma certa dose de automação.

A segunda razão é porque essa adoção de Teses, na verdade, corresponde a um “vício” nos países de *Civil Law*. Isso porque nesses países o juiz decide de acordo com o enunciado normativo, ou seja, se aquele caso que ele vai julgar se encaixa ou não naquele enunciado. Percebe-se que é exatamente o que ele faz quando decide baseado na Lei, no enunciado da Lei. Em outras palavras, os precedentes tendem a ser aplicados como um texto de Lei nos países *Civil Law*, em decorrência dessa *forma mentis* do operador judiciário.

Ora, o trabalho com os precedentes nos países *Common law* não é como se faz aqui no Brasil com as Teses, de criar um “banco de Teses”, eles estudam cada caso, analisando a *Ratio Decidendi* que os motivou.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As Teses funcionam, de fato facilitam a aplicação dos precedentes quando se trata de IRDR, Repetitivos, RE avulsos (que seriam julgados por repetitivos extraordinários, se ainda existissem), casos idênticos, binários, que não há variação.

Agora, a *Ratio Decidendi* é relevante quando intenta-se saber a aplicabilidade do precedente a casos que são análogos a ele, não idênticos. Ainda mais, a *Ratio Decidendi* é encontrada por um processo bastante refinado, e não pode ser aprisionada em uma Tese sob a pena de extrair-se uma simplificação forçada. Assim, a fixação da Tese, em um caso que não a comporta é perigosa, dando a impressão de que o caso é simples, quando na verdade não é.

Destarte, quando da aplicação dos precedentes nos *Hard Cases*, não há o que se falar em utilização de Teses, urge-se pela aplicação de um precedente vinculado pela *Ratio Decidendi*. De forma análoga, um *hard case* não pode ser compilado em uma Tese.

Assim, os precedentes vinculantes trazem uma melhor performance do judiciário, mais previsibilidade e um país mais confiável, todavia, devem ser utilizados de forma correta e com os devidos respeitos a cada tipo de caso.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa. **Modulação: Na Alteração da Jurisprudência Firme ou na de Precedentes Vinculantes**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 2019.

BARREIRO, A. Fernández; PARICIO, Javier. **Historia del derecho romano y su recepción europea**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Vinícius Gonçalves. Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para a aplicação dos precedentes judiciais. **Direito Jurisprudencial. Revista de Processo**, REPRO, volume 260. Revista dos Tribunais. Outubro de 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 1993.

CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. Formação Histórica, Aspectos do Desenvolvimento e Perspectivas de Convergência das Tradições de Common Law e de Civil Law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A Força dos Precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. Salvador: Juspodium, 2010.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução por Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GROSSI, Paolo. Globalização, Direito, Ciência Jurídica. Traduzido por Arno Dal Ri Júnior **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 10, n. 1, p. 153-176, jan./jun. 2009. Disponível em: Acesso em: 15 agosto 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45- 50, junho 2009.

_____. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SABINO, Marco Antonio da Costa. O Precedente Judicial Vinculante e sua Força no Brasil. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 85, p. 51-72, abril 2010.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da Lei e de Precedentes: civil law e common law. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 99, v. 893, p.33-45, março 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; Dantas, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro**. Revista dos Tribunais. 2019.

A INTERFACE TEÓRICA DA BIOÉTICA E DOS DIREITOS HUMANOS

Mariana Brito Simões¹

Eixo Temático: GT2: As diferentes perspectivas no contexto dos Direitos Humanos

RESUMO

O artigo tem como escopo analisar a interface teórica da bioética e dos direitos humanos. Abordando o significado de bioética, direitos humanos, relação entre ética e direito, as justificantes teóricas, a interface e o conteúdo da interface: dignidade humana ontológica e bens éticos básicos e invioláveis. O problema é como se dará a inserção dos direitos humanos na bioética? Utilizando-se de autores como: Habermas, Fernandez e Dworkin para trabalhar as questões filosóficas de interseção, bem como Garrafa, Heloiza Helena, Maria de Fátima Sá e Adorno para explicar a Bioética e por fim, Donnolly, Finnis, Correias e Nino para compreender os direitos humanos. Tanto a bioética como os direitos humanos têm o condão de proteger direitos morais inscritos em documentos internacionais, como direitos naturais ou inatos do ser humano.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Bioética. Bens éticos básicos. Dignidade Humana.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é explicar a relação entre Bioética e Direitos Humanos, demonstrando o panorama das implicações que envolvem a conjuntura do referencial dos direitos humanos com a bioética.

No entanto, é necessário explicar o surgimento de ambos os institutos no tempo e no espaço geográfico. Inicialmente, a bioética se iniciou com as pesquisas nos campos nazistas de concentração. Neste período, houve vários relatos que médicos nazistas se utilizavam das pessoas dos campos de concentração para pesquisas humanas bárbaras, as quais eles não possuíam autorização, se utilizou de parâmetros éticos para os casos de pesquisas envolvendo seres humanos e evolução tecnológica. Esses mesmos médicos nazistas, posteriormente, foram levados a julgamento no Tribunal de Nuremberg e condenados pelos crimes cometidos, esses por violação dos direitos humanos. E este

¹ Advogada. Mestra em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Presidente da Comissão de Bioética e Biodireito da OAB Niterói. Integrante do Grupo de Pesquisa IA e Direito da PUC/RS. E-mail: prof.marianabritosimoes@gmail.com

marco mostra o início dos Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nota-se, então, que o surgimento de ambos os institutos possui a mesma nascente ou fato histórico.

No tocante à bioética, cabe salientar que essa disciplina tem tanto fundamento na filosofia, como também na ética. Quando se fala da primeira, utiliza-se do ramo da zetética jurídica, isto é, que faz os questionamentos; quando se refere à última, se está no campo da ética aplicada, que usa a ética normativa aplicada aos casos concretos. Já em 1927, Fritz Jahr mencionou o termo bioética em um artigo que escreveu para a Revista Kosmos. Contudo, a bioética só teve destaque na década de 60, com o médico oncologista Potter. A ética biomédica surgida nos Estados Unidos não apresentava a dignidade humana em sua fundamentação principiológica, mas sim, essencialmente, o princípio do respeito pelas pessoas, inserto no Relatório Belmont, que formalizou em um documento os princípios trazidos pelos autores, e, após, por meio da obra de Beauchamp e Childress, tornou-se amplamente notorizado como princípio da autonomia.

A Bioética e os Direitos Humanos compartilham finalidade similar, a de buscar meios de amoldar determinadas condutas humanas e integrá-las a uma pauta de valores e bens que a sociedade entende como essenciais para convivência humana pacífica e condições dignas de vida – entendidos como bens éticos básicos. Foram os acontecimentos da Segunda Guerra que impulsionaram a busca por barreiras éticas e valorativas para o agir humano, dentre elas se encontram a Bioética e os Direitos Humanos, pois ao visualizar, as condutas de guerra com pesquisas foram violadoras de direitos humanos.

Dado que a relação entre Bioética e Direitos Humanos é comprovada, contudo, envolta por críticas, uma vez que os contornos dessa intersecção entre os dois campos ainda não se encontram satisfatoriamente configurados, estudos que objetivem investigar a atual conformação dessa interface e as formas de a compreendê-la. Pois a conjugação da Bioética e dos Direitos Humanos acarreta importantes consequências para os dois campos do conhecimento, em nível teórico e pragmático. Sob a perspectiva teórica, na esfera bioética, investigar a penetração dos Direitos Humanos. No viés prático, concorrer para que a introdução do referencial dos Direitos Humanos no campo bioético se consolide.

Para a análise da inserção dos Direitos Humanos no campo da Bioética, se usa a linguagem daquele para sua reflexão teórica dentro da Bioética. E para percorrer este caminho, é necessário abordar: a Bioética Teórica, a Bioética Institucional e a Bioética Normativa.

Os métodos utilizados foram o descritivo e comparativo. Demarcando conceitualmente bioética e direitos humanos. Analisando a problemática da universalidade dos direitos humanos. Trazendo o arcabouço das três teorias adotadas, se iniciando pela Bioética Teórica, buscando as justificantes para a defesa da interface entre bioética e direitos humanos; já que esse último possui linguagem universal adequada à bioética global, salvaguardando bens éticos. Quanto ao conteúdo, o estudo do objeto compartilhado pelos institutos.

Quanto à Bioética Institucional, foca-se nos órgãos e instâncias de produção bioética. Desta forma, houve análise da produção documental de instâncias internacionais de produção bioética.

E por fim, se investigou a interface à luz da Bioética Normativa que é definida como o conjunto de normas de natureza principiológica, constituídas pelo diálogo de construção de consensos que visam a regulação de questões éticas ligadas à Medicina, Ciências da Vida e Biotecnologias.

O problema que será abordado no trabalho tange a análise como se dará a inserção do referencial dos Direitos Humanos na Bioética. Adotando como referencial teórico, os seguintes autores: Beauchamp e Childress; Van Potter; Maria de Fátima Sá e Bruno Torquato; Heloisa Helena Barboza; Volnei Garrafa; Baker; Andorno; Vicente Barreto; Beyleveld; Meirelles e Cançado.

1. BIOÉTICA E SUAS CLASSIFICAÇÕES

O termo bioética foi mencionado a primeira vez em 1927 por Fritz Jahr quando escreveu seu artigo para a revista *Kosmos – Bioethk*. Ele era um filósofo alemão que defendia a bioética integrativa, isto é, de interação entre os seres humanos e os demais seres vivos. No entanto, o termo só se tornou mundialmente conhecido a partir de 1960 quando Van Potter, médico oncologista norte-americano, citou o mesmo termo em seu

artigo – *Bioethcs: a bridge to the future*². Neste contexto, Potter deu enfoque mais à bioética biomédica (Sá e Torquatto, 2021).

Beauchamp e Childress são chamados de pais da bioética Principlista, ou seja, eles foram os pioneiros a enumerar princípios bioéticos em seu livro *Principles of Biomedical Ethics*³ que são aplicados até o dia de hoje. São eles: Beneficência, fazer sempre o bem; Maleficência, não fazer o mal; Justiça, maximizar os benefícios com o mínimo de custo e Autonomia é o poder de decisão da pessoa, de se autogovernar. Existe também o Princípio da Responsabilidade e para citá-lo, é necessário se falar de outro filósofo alemão, Hans Jonas, que em sua obra *O Princípio Responsabilidade*, desenvolveu uma ética para a civilização tecnológica, visando gerações presentes e futuras.

Sob o signo da tecnologia, no entanto, a ética tem a ver com ações (não mais de sujeitos isolados) que têm uma projeção causal, sem precedentes na direção do futuro, acompanhadas por uma consciência prévia que, mesmo incompleta, vai muito além daquela outrora existente. Ajunte-se a isso a magnitude bruta dos impactos de longo prazo e também, com frequência, a sua irreversibilidade. Tudo isso desloca a responsabilidade para o centro da ética, considerando-se aí os horizontes espaço-temporais que correspondem àqueles atos (Jonas, 2006, p. 22).

Hans Jonas apresenta o imperativo: age de tal maneira que os efeitos de tua atuação sejam compatíveis com a permanência de uma vida humana autêntica. Deflagrando que o autor tem preocupação com as consequências do progresso tecnológico. Por fim, cabe ressaltar que todos esses princípios estão formalizados no Relatório de Belmont.

No Brasil, nasce com Volnei Garrafa a bioética interventiva cuja acepção é de fomento dos países em desenvolvimento em políticas públicas. Ele propôs a construção de uma visão macro, ampliada e concretamente comprometida com o social, mais crítica, politizada e interventiva com o objetivo claro de diminuir as disparidades constatadas. Esse conceito de Bioética Interventiva se afilia ao Princípio de Justiça, no sentido de justiça distributiva quanto à saúde e meio ambiente, principalmente para as sociedades dos países em desenvolvimento por suas disparidades socioeconômicas e sanitárias.

² Bioética: uma ponte para o futuro (tradução livre).

³ Princípios de Ética Biomédica (tradução livre).

Portanto, a bioética estuda os aspectos éticos das práticas dos profissionais da saúde e da biologia, avaliando suas implicações na sociedade e relações entre os homens e entre esses e outros seres vivos.

2. BIOÉTICA E SUA NATUREZA: DA ZETÉTICA JURÍDICA

É preciso destacar que há confusão entre os termos bioética e biodireito, sendo considerados sinônimos. Desta feita, trata-se de duas ordens normativas distintas – Moral e Direito. Entende-se esse como ordem pragmática de solução de conflitos, pode ser investigado por uma perspectiva dogmática, isto é, verdade absoluta. Já a Moral atua no universo jurídico como ordem normativa auxiliar, dá subsídios para a formulação e aplicação do Direito, sem com ele se confundir. A bioética tem relevância para o Direito, pois faz parte da zetética jurídica. Isso quer dizer que se opõe à dogmática, fazendo questionamentos, qualquer paradigma pode ser investigado (Sá e Torquatto, 2021).

Assim, a bioética integra a ética geral, constituindo-se objeto de estudo e questionamento da Filosofia. Como campo da filosofia, a bioética é transdisciplinar, pois não se detém nos pressupostos e limites colocados pelas áreas do saber. Por isso, é holística e universal. A bioética faz questionamentos transdisciplinares, abertos, infinitos, ainda que partindo de premissas provisórias e precárias. O discurso bioético aborda o conflito por perspectivas diferentes e complementares que outras áreas do conhecimento oferecem, como a Medicina, a Biologia, a Filosofia, a Ecologia, a Teologia, a Psicologia, a Sociologia e a Economia (Romeo Casabona, 2017).

O Vicente de Paulo Barreto define como: “o ramo da Filosofia Moral que estuda as dimensões morais e sociais das técnicas resultantes do avanço do conhecimento nas ciências biológicas”.

Heloísa Helena Barboza enunciou de que forma simples, poderia se dizer que a bioética é a ética da vida, mas seria muito pobre essa definição, pois bio significa vida em todas as suas formas. Outro princípio que reforça esse entendimento é o de reverência à vida defendido por Albert Schweitzer que em suas obras - *Ética do respeito à vida – Cultura e Ética e Decadência e regeneração da cultura*. Schweitzer define, nessas obras, suas bases filosóficas:

O homem não será realmente ético, senão quando cumprir com a obrigação de ajudar toda a vida à qual possa acudir, e quando evitar de causar prejuízo a nenhuma criatura viva. Não perguntará então por que razão esta ou aquela vida merecerá a sua simpatia, como sendo valiosa, nem tampouco lhe interessará saber se, e a que ponto, ela for ainda suscetível de sensações. A vida como tal lhe será sagrada. Ele não arrancará folhas de árvores; não cortará flores; cuidará em não pisar em nenhum bicho. Nas noites de verão, ao trabalhar à luz da lâmpada, preferirá manter as janelas fechadas e respirar um ar viciado, a ver inseto após inseto cair na mesa com as asas queimadas.

Além disso, deve-se analisar os espectros da ética. Existem três acepções: metaética, ética normativa e ética aplicada. A metaética é conceitual e explica definições da própria ética; a normativa tem questionamentos substantivos quanto a qualidade se é bom ou não, como também se a conduta é pertinente, certa ou errada. E por fim, a ética aplicada aplica a ética normativa ao caso concreto (Barboza,2003).

Assim, deve-se entender que a bioética traz os questionamentos aos avanços bio ou tecnológicos, como também da ética aplicada.

3. DIREITOS HUMANOS

Não se pretende trazer as discussões teóricas acerca do conceito de direitos humanos neste trabalho, se apresentará o entendimento consolidado diante do tempo. Neste ponto será adotado o entendimento de Fernández, da fundamentação jusnaturalista, que entende que os Direitos Humanos são concebidos como direitos naturais, da fundamentação historicista, como direitos históricos e para a ética, como direitos morais.

A fundamentação jusnaturalista é a mais consolidada no tempo. Nessa concepção pode-se adotar duas vertentes: o ontológico ou o deontológico. O primeiro entende-se como a ciência do ser do Direito e o segundo, que é o conjunto de valores que servem de base para a avaliação do próprio fenômeno jurídico, constituindo os princípios jurídicos que legitimam o Direito Positivo. O jusnaturalismo deontológico contemporâneo tem três premissas: os Direitos Humanos se fundamentam no Direito Natural; os Direitos Naturais se baseiam na natureza humana e os Direitos Naturais são princípios supra positivos e objetivamente válidos (Fernandez, 1984).

A fundamentação historicista considera os Direitos Humanos como direitos históricos, que contextualizam escolhas sociais de uma determinada época em ambientes

particularizados. Sendo assim, são históricos, variáveis, relativos e de origem social. A maior fundamentação dos Direitos Humanos é nas necessidades humanas que surgiram em diferentes contextos sociais e históricos. Há também a fundamentação com a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Fernandez, 1984).

A fundamentação ética proposta por Fernández traz as interrelações: os Direitos Humanos e a dignidade humana; e Direitos Humanos como direitos morais. Essa fundamentação ética ou axiológica fundamenta a origem dos Direitos Humanos em fenômenos pré-jurídicos. No entanto, a fundamentação ética não afasta a jusnaturalista, pois entende a influência que os Direitos Humanos exerceram nos documentos, como também a historicista, porque fatores históricos são condicionantes do surgimento dos Direitos Humanos.

Segundo Fernández (1984, p.127) “os direitos humanos são exigências imprescindíveis para a vida digna. A natureza moral influencia no aspecto de não serem apenas de caráter jurídico, mas de natureza ética e valorativa”. Portanto, os Direitos Humanos são direitos morais, pois somam as exigências éticas ou valorativas ao caráter jurídico. A única fundamentação ética que vale para todos os Direitos Humanos é a de dignidade humana.

Donelly (2003) afirma que os Direitos Humanos são direitos que se tem somente pelo fato de ser humano. Caracterizam-se por serem inalienáveis e universais. Cabe ressaltar que antes de tudo, os Direitos Humanos são direitos e não somente valores abstratos, mas com eles não se confundem. O mesmo autor ainda reforça que os Direitos Humanos têm uma raiz axiológica, à medida que estão intrinsecamente ligados aos valores cuja realização é o seu fim. Nino (2005) define os Direitos Humanos como princípios morais.

Dessa forma, é inconteste que os Direitos morais possuem uma dupla face: jurídica e moral. Por isso, são considerados direitos jurídicos, pois constam em documentos e contém valores que são prévios na sociedade em relação ao reconhecimento estatal.

Por fim, Habermas (2001) enuncia que os Direitos Humanos “possuem a cabeça de Janus, voltada tanto para a moral quanto para o direito”. Logo, os Direitos Humanos

compõem-se de duas características: seu conteúdo moral e a formalização em documentos jurídicos.

4. RELAÇÃO ENTRE ÉTICA E DIREITO:

A relação entre ética e direito é uma temática complexa e fundamental para a compreensão da sociedade e das normas que a regem. Embora ética e direito estejam interligados, possuem características distintas que os diferenciam, ao mesmo tempo em que compartilham algumas semelhanças.

A ética é um conjunto de princípios, valores e normas que orientam o comportamento humano, baseando-se no senso de certo e errado, na moralidade e na busca pelo bem comum. Ela está relacionada com a consciência individual e coletiva, e seus fundamentos podem variar de acordo com a cultura, a religião, a filosofia e outros aspectos contextuais. A ética não é imposta externamente, mas sim internalizada e seguida de forma voluntária.

Por outro lado, o direito é um sistema de normas jurídicas estabelecidas pelo Estado para regular as relações entre os indivíduos e garantir a ordem social. Essas normas são formalizadas em leis, códigos, regulamentos e jurisprudências, e sua aplicação é obrigatória e coercitiva. O direito é externo aos sujeitos e tem como objetivo principal manter a justiça e a harmonia na convivência humana.

Apesar de suas distinções, ética e direito estão intrinsecamente ligados e influenciam-se mutuamente. Ambos buscam promover a justiça, a equidade e o respeito aos direitos humanos. Tanto a ética quanto o direito têm como finalidade a promoção do bem-estar social e a proteção da dignidade e dos interesses dos indivíduos.

Uma das principais similaridades entre ética e direito é a busca pelo cumprimento de normas e princípios que regulem o comportamento humano. Ambos estabelecem padrões de conduta que devem ser seguidos para garantir a convivência pacífica e o respeito mútuo. Além disso, tanto a ética quanto o direito têm como base a noção de justiça e igualdade, buscando garantir que todos sejam tratados de forma justa e equitativa perante a lei.

No entanto, também existem diferenças significativas entre ética e direito. Enquanto a ética é mais abrangente e flexível, podendo variar de acordo com as diferentes interpretações e contextos culturais, o direito é mais formal e rígido, sendo estabelecido de forma oficial e impondo sanções aos que o desrespeitam. Além disso, a ética está relacionada com os valores morais e a consciência individual, enquanto o direito é uma criação da sociedade e do Estado, refletindo as normas e os interesses vigentes em determinado tempo e lugar.

Em suma, ética e direito são duas dimensões essenciais da vida em sociedade, complementando-se e influenciando-se mutuamente. Enquanto a ética orienta o comportamento humano com base em princípios morais e valores pessoais, o direito estabelece normas jurídicas obrigatórias para garantir a ordem e a justiça social. Ambos são indispensáveis para a construção de uma sociedade mais justa, ética e democrática.

5. JUSTIFICANTES TEÓRICAS ENTRE A BIOÉTICA E OS DIREITOS HUMANOS

Para a análise das justificantes teóricas entre Bioética e Direitos Humanos, precisa-se verificar as especificidades de cada ramo. Inicialmente, a Bioética é parte da ética aplicada de natureza moral e suas normas não possuem coerção. Os Direitos Humanos quando inseridos em tratados possuem natureza coercitiva com sua efetivação em documentos internacionais.

As prescrições bioéticas são usualmente produzidas por órgãos cujas funções são de natureza ética e os mecanismos de revisão e alteração são menos formais para acompanhar os avanços biotecnológicos, além disso, pluralidade de abordagens por juntar pensamentos filosóficos, correntes teóricas por sua natureza transdisciplinar. De outro lado, os Direitos Humanos tendem para o universalismo das normas, sendo universais e indivisíveis.

Quanto aos atores sociais, a Bioética apresenta resoluções para dilemas morais a partir da avaliação ética por meio de coletivos agrupados para essa função, como exemplo temos: as comissões nacionais, comitês de pesquisa e comitês de ética hospitalar. Esses atores prescrevem ações em Bioética e não são necessariamente vinculados ao Estado, nem suas normas envolvem necessariamente a relação entre indivíduo e Estado.

Os sujeitos dos Direitos Humanos são os indivíduos e o Estado e derivam de organismo supraestatal composto por Estados, porque sempre há participação Estatal na formação das suas normas. Quanto à titularidade dos Direitos Humanos atribui-se às pessoas humanas detentoras de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

A Bioética, por meio de duas declarações da UNESCO: a de genética humana e a de Bioética e Direitos Humanos, incorpora a necessidade de proteção do genoma humano e da biodiversidade, cujos titulares são a humanidade e também traz a titularidade de direitos das futuras gerações, foco da Declaração Universal das Futuras Gerações da UNESCO. Para a Bioética, trabalha-se com o respeito ao sujeito difuso, o que dificulta a aproximação dos Direitos Humanos, pois esses trabalham com a ideia de Estados e a pessoa humana com sujeitos de direito internacional.

Outra diferença refere-se ao conteúdo das normas. As normas de Direitos Humanos preveem de forma inovadora direitos, os titulares têm o poder de demandar em face de quem os viola. Já a Bioética emprega a linguagem obrigacional que atrela princípios, pois são concretizados por prescrições de cunho mais concreto e deontológico, determinando que se faça ou deixe de fazer algo, portanto, obrigações morais. As regras de obrigações se entrelaçam com os Direitos Humanos e os princípios bioéticos, mediante caminhos paralelos – a linguagem dos direitos e prescrições deontológicas. Assim, os Direitos Humanos e a Bioética, mesmo chegando à proteção de bem ético equivalente, o fazem por meio de direitos e obrigações.

6. JUSTIFICANTES DA INTERFACE ENTRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS

Neste ponto, tem-se o objetivo de justificar e apresentar fundamentação de cunho prático para aproximar a Bioética dos Direitos Humanos. Existem duas justificativas para essa interconexão: o recurso aos Direitos Humanos como parâmetro ético que sustenta a construção de uma Bioética Global e o sistema global de tutela dos Direitos Humanos que podem ser usados como fundamento para defesa de princípios e valores éticos. A primeira ajuda para prescrições éticas universalmente para atender as problemáticas em geral e a segunda, quer auxiliar os órgãos e os meios de monitoramento para a efetivação dos Direitos Humanos.

A Bioética Global e os Direitos Humanos funcionam como parâmetro axiológico compartilhado. A primeira justificante é alicerçada nos Direitos Humanos terem uma linguagem ética universal que se apresentam de grande valia para o enfrentamento das questões da Bioética Global. A globalização aumentou os dilemas bioéticos, como por exemplo clonagem, bioterrorismo e pesquisa com seres humanos. E esses dilemas não dizem respeito a apenas um país, é de aplicação internacional. Por isso, precisa de uma abordagem global da Bioética.

Ela se apoia nas demandas globais, merecem respostas globais, porque os países isoladamente não conseguirão achar respostas para dilemas decorrentes da globalização tecno e biotecnológica. Essas questões e dilemas bioéticos precisam ser respondidos por parâmetros éticos internacionais. Em vista disso, reconhece-se a necessidade de uma pauta valorativa universal para a Bioética Global. Nesse ponto, encaixa-se os Direitos Humanos por serem um conjunto de normas éticas aceitas na comunidade internacional, revelando-se ser o melhor parâmetro axiológico universal a ser adotado pela Bioética Global.

A Bioética Global tem alicerce constituído nos princípios dos Direitos Humanos que se amoldam aos contextos culturais por seus parâmetros axiológicos. Enfatiza-se que a linguagem dos Direitos Humanos fornece uma plataforma mínima para a vida digna devido ao seu valor ético e objetivo universal (Knowles, 2003).

7. CONTEÚDO DA INTERFACE ENTRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS

A Interface entre a Bioética e os Direitos Humanos justifica-se pela linguagem desses últimos que desempenha no cenário da sociedade internacional mecanismos jurídicos de defesa dos bens éticos básicos. Ambos possuem um conteúdo duplo de intersecção: a dignidade humana e os bens básicos e invioláveis. Dessa forma, discorrerá sobre o princípio da dignidade humana pelo viés bioético e os bens éticos básicos.

8. DIGNIDADE HUMANA ONTOLÓGICA E SUAS DIVISÕES

O princípio da dignidade humana sob o viés bioético internacional, chama-se de dignidade ontológica da dignidade humana e tem respaldo em quatro instrumentos

jurídicos, são eles: Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa (1997) e três Declarações da UNESCO: Declaração Humana sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos (1997), Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos (2003) e a Declaração sobre Bioética e Direitos Humanos (2005).

A noção ontológica foi adotada em âmbito global e possui dois sentidos: dignidade ontológica e ética. A primeira é intrínseca à pessoa humana, é propriedade das pessoas, capaz de distingui-los dos outros seres e de lhes determinar a essência. É o valor que se revela em toda pessoa apenas pelo fato de existir, é incomensurável e estática.

Hanna Arendt (2006, p.562) classifica a dignidade ontológica como “qualidade essencial do homem”. A autora ainda reforça que mesmo perdendo todos os direitos, a dignidade permanece válida e real mesmo que existisse apenas um ser no planeta.

Segundo Adorno (1998, p.35) a dignidade ética não tem a ver com o ser, mas sem com seu atuar. É aferível pelo comportamento humano quando alguém age dignamente. Ela é relacional, pois envolve as relações sociais e a avaliação da interação comportamental.

A Declaração Universal sobre Genoma Humano e Direitos Humanos em seu art. 1º reconheceu a dignidade humana intrínseca ao afirmar que o genoma humano é a base da unidade fundamental.

Com os efeitos decorrentes dos avanços biotecnológicos, a noção de dignidade se expande para alcançar a coletividade. Por consequência, reconhece-se a dignidade intrínseca da humanidade, futuras gerações ou grupo de indivíduos. A dignidade humana tem um local especial nas Declarações da UNESCO, principalmente, na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos no seu primeiro princípio.

9. BENS ÉTICOS BÁSICOS E INVOLÁVEIS

Serão analisadas as teorias dos autores Correias (1994) sobre os bens bioéticos, a tipologia da valoração desenvolvida por Dworkin (2003) e a teoria sobre bens e valores básicos desenvolvida por Finnis (2000). Inicialmente, cabe dizer que se usará o termo bens conforme Correias preceitua, mas será demonstrado pela teoria de Finnis que não há distinção entre bens e valores.

Para Correias (1994), os seres humanos têm inclinações que são próprias dos seres humanos presentes em tempos e espaços culturais. Essas inclinações podem ser identificadas de acordo com traços fundamentais ou notas constitutivas da natureza humana. O ser humano se desloca para os objetos que têm o condão de satisfazer ou preencher essas inclinações que se intitulam bens. Exemplificando, a saúde é um bem para a sobrevivência, a racionalidade é a inclinação para o bem conhecimento. Esses bens que preenchem as inclinações são eticamente bons. O autor ainda reforça que para se atingir esses bens precisa-se da cooperação humana ou interrelação.

Para Dworkin (2003), as coisas possuem valor independentemente das pessoas lhe atribuírem. O autor enuncia que as coisas possuem valor independente do apreço que elas trazem, isto é, elas possuem um valor intrínseco. Dito isso, as coisas são intrinsecamente valiosas, sendo incrementavelmente valiosa, pois ao se agregar valor, elas possuem mais valor e valores sagrados ou invioláveis que são incomensuráveis.

Finnis (2000) elenca os bens básicos: vida, conhecimento, experiência estética, sociabilidade, racionalidade prática, religião e jogo. São aspectos basilares para o bem-estar humano. Os bens básicos se desdobram em formas ou objetivos do agir humano. No entanto, este trabalho não tenta exaurir a lista de bens básicos, pois sabe-se que outros autores enumeram outras nomenclaturas.

Os bens básicos são atrelados à realidade humana que geram bem-estar ao ser humano. Na Bioética, os bens básicos são aqueles considerados invioláveis, pois independem de avaliação subjetiva e decorrem de um processo histórico-cultural, sendo inestimáveis ao ser humano.

Os bens bioéticos são aqueles básicos e invioláveis, existentes mesmo independentemente de valoração subjetiva e a partir do processo histórico-cultural. Classificam-se como básico, pois a Bioética traz dilemas referentes à vida, à dignidade da pessoa humana ou da própria humanidade. Logo, não são instrumentais e são propósitos da vida humana.

O Direitos Humanos são normas jurídicas e morais que carregam os bens básicos da humanidade. Eles são necessariamente normas de cunho axiológico, pois tem como finalidade proteger, através da sua estrutura jurídica, os bens básicos da pessoa humana.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, se tem o rol de bens básicos subjacentes: liberdade, segurança. Igualdade e justiça, ratificando a carga axiológica dos Direitos Humanos.

Segundo Adorno (1998) a associação entre Bioética e Direitos Humanos se ancora no fato que as atividades biomédicas estão relacionadas com os bens básicos do Direito Humano – direito à vida e à integridade física. A Declaração Universal dos Direitos Humanos traz um conjunto de bens básicos e invioláveis, ligados à vida e sua forma digna. A Bioética tem prescrição de condutas éticas relacionadas à vida e sua dignidade. Ambos tutelam bens éticos absolutamente necessários para a pessoa e sua vida digna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com este trabalho, se chegou às conclusões preliminares que: apresentou-se cinco formas de compreensão da conexão entre Bioética e Direitos Humanos. Os dois campos têm finalidade de prescrição de condutas sociais; a aplicação na Bioética do referencial dos Direitos Humanos se dá por meio de seu emprego na interpretação e complementação de Princípios Bioéticos, assim como na avaliação de políticas e programas de saúde pública; os direitos humanos e a bioética devem balizar necessariamente e em harmonia as práticas referentes à pesquisa envolvendo seres humanos; os direitos humanos indicam o limite mínimo de proteção a ser adotado pelos princípios bioéticos e o referencial dos direitos humanos atua como discurso universal para a construção de parâmetros globais em bioética.

REFERÊNCIAS

- ANDORNO, R. **Bioética y dignidad de la persona**. Madrid: Tecnos; 1998, p.35.
- _____. **Biomedicine and international human rights**: in search of a global consensus. Bull World Health Organ. Genebra.p. 80(12).2002.
- ARENDRT, H. **Origens do Totalitarismo**. 6ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.562.
- BAKER, R. **Bioethics and Human Rights**: a Historical Perspective. Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics. Cambridge University Press. 2001 verão; 10(3): 241-63.

BARBOZA, HH. Os princípios do Biodireito. In: Barboza HH, Meirelles JML, Barreto VP, editores. **Novos temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar; p.49-81, 2003.

BARRETO, V. Bioética, Biodireito e Direitos Humanos. In: Lobo Torres, R, coordenador. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 577p.

BEAUCHAMP, TL. Introduction to ethics. In: Beauchamp TL; Walters, L, editores. **Contemporary issues in Bioethics**. Belmont: Thompson; p.1-33, 2003.

BEAUCHAMP, TL; CHILDRESS, JF. Universal principles and universal rights. In: Exter AD, editor. **Human Rights and Biomedicine**. Antuerpia: Maklu; p. 49-67, 2009.

BEYLEVELD, D; BROWNSWORD, R. **Human Dignity in Bioethics and Biolaw**. Oxford: Oxford University Press; 2002.

CANÇADO, Trindade AA. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris; 2003.

CORREAS, CIM. **Filosofia del Derecho: el derecho y los Derechos humanos**. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1994.

DONOLLY, J. **Universal Human Rights: in theory and practice**. 2ª ed. Nova York: Cornell University Press, 2003, p. 23.

DWORKIN, R. **Domínio da vida**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERNANDEZ, E. **Teoria de la justicia y los Derechos humanos**. Madrid: Editorial debate, 1984.

FINNIS, J. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 2000.

GARRAFA, V; PORTO, D. Multi-inter-transdisciplinariedad, complejidad y totalidad concreta en bioética. In: Garrafa V, Kottow M, Saada A. **Estatuto epistemológico de la Bioética**. Cidade do México: UNESCO; 2005.

_____. Bioética de Intervención. In **Tealdi, JC (org.). Diccionario Latino-americano de Bioética**. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2008, p.161 -164.

GARRAFA, V. **Inclusão social no contexto político da Bioética**. Revista Brasileira de Bioética. 2005; 1 (2):122-132.

HABERMAS, J. **A Constelação pós-nacional**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

KNOWLES, LP. The língua franca on human rights and the rise of a Global Bioethics. Cambridge: Quartely of Healthcare Ethics, 2001, p. 253-263.

MEIRELLES, JML. Bioética e Biodireito. In: Barboza HH, Barreto VP, editores. **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar; 2001. p. 85 – 97.

NINO, CS. **Ética y Derechos Humanos**. Buenos Aires: Astrea, 2005.

POTTER, VR. Bioética global e sobrevivência humana. In: Barchifontaine CP, Pessini L, organizadores. **Bioética: alguns desafios**. São Paulo: Loyola; 2001. p. 337-47.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 5ª ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

O NOVO PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA E O IMPACTO NO DÉFICIT HABITACIONAL DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO

Mariana Dias Ribeiro Martins¹
Iury Lima Tavares²

GT 2: As diferentes perspectivas no contexto dos Direitos Humanos.

RESUMO

As políticas públicas habitacionais possuem como um de seus objetivos impactar significativamente no déficit habitacional. Nesse sentido, apresenta-se o Programa Minha Casa Minha Vida como uma dessas políticas, que possui considerável impacto e relevância social diante de sua execução de mais de uma década no país. Por isso, considerando uma nova realidade, com o retorno do programa com uma nova legislação, maior orçamento e em um novo governo, é necessário compreender acerca da sua execução nos últimos anos para tecer as devidas considerações e críticas suficientes à sua implementação nesse novo contexto. Nesse sentido, o recorte espacial utilizado no presente artigo é a cidade do Rio de Janeiro, com a análise de dados disponibilizados pela Secretaria Municipal de Habitação. Portanto, busca-se contrapor o impacto do PMCMV com o déficit habitacional na cidade do Rio de Janeiro a partir dos objetivos e efeitos jurídicos e sociais relacionados ao Direito à Moradia.

Palavras-chave: PMCMV. Política Habitacional. Financeirização da Moradia. Déficit habitacional.

INTRODUÇÃO

O presente artigo se trata de um ensaio expositivo sobre o Programa Minha Casa Minha Vida e como tem sido sua execução nos últimos anos na cidade do Rio de Janeiro e o seu respectivo impacto no déficit habitacional.

Assim, este se justifica pela necessidade de compreender o que o programa foi capaz de realizar até o presente momento para que se possa fazer as críticas necessárias para a sua efetiva melhoria, considerando a sua reativação pelo Governo Federal. Desta forma, sob a perspectiva da análise tanto da contraposição do PMCMV com o déficit habitacional, será possível validar o seu impacto, quanto dos institutos jurídicos que

¹ Doutora em Direito Público e Evolução Social pela UNESA, marianadribeiro@yahoo.com.br, <http://lattes.cnpq.br/0761485721805013>.

² Graduando em Direito no Centro Universitário IBMR, iurylimatavares@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/9052860651179670>.

assentaram a organização social no passado e dos que buscam superar os desafios brasileiros no que diz respeito às políticas habitacionais e ao direito à moradia.

A metodologia utilizada é a bibliográfica a partir da exposição das obras jurídicas e sociais além dos dados técnicos do Ministério da Economia e da Secretaria Municipal da Habitação da Cidade do Rio de Janeiro.

Dessa forma, para explorar os objetivos citados busca-se expor a evolução jurídica, histórica e social do direito à moradia para tratar do funcionamento da dicotomia patrimônio-moradia construída através da singular formação social brasileira, suficiente para expor e explorar o funcionamento do PMCMV na cidade do Rio de Janeiro e seus efeitos analisando, por fim, o seu efetivo impacto político e social no déficit habitacional.

1. A MORADIA NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO

Primeiramente, busca-se definir os conceitos de moradia. Assim, sob a acepção jurídico-constitucional, moradia é um direito fundamental de 2ª geração, portanto, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito que visa a concretização da igualdade social (Moraes, 2023). Ainda, sob a acepção humana definida pela ONU, pode ser considerado como um direito universal e essencial a vida de todas as pessoas, e assim, tão somente um espaço ocupado por uma pessoa. Nesse sentido, representa sob a ótica do ordenamento pátrio um bem jurídico extrapatrimonial inerente às condições e necessidades do ser humano.

Dessa forma, um espaço ocupado por um sujeito na cidade do Rio de Janeiro possui diversas características objetivas e subjetivas para que seja possível mensurar as condições em que se encontra, se é uma moradia digna, preenche requisitos e pode ser considerada efetiva no que diz respeito ao que está positivado ou se não é uma moradia digna e representa um desafio a ser superado, no caso em análise, pela cidade do Rio de Janeiro.

Assim, os requisitos objetivos para mensurar as condições de moradia, de acordo com o Comentário Geral nº 4 das Nações Unidas em seu Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais são: segurança da posse, habitabilidade, disponibilidade

de serviços, infraestrutura e equipamentos públicos, localização, economicidade, acessibilidade e adequação cultural. Portanto, o preenchimento desses critérios totalmente é o que deve ser utilizado para inferir se a moradia é digna ou não ou, ainda, o quão digna ela é a medida que os requisitos forem parcialmente preenchidos.

Por outro lado, os requisitos subjetivos vão de encontro às questões particulares de cada cidade que dizem respeito a sua formação, como o impacto dos efeitos da escravidão, a história de ocupação territorial por determinado grupo e as ações políticas de reordenamento territorial.

Por conseguinte, outro critério necessário é da origem das condições de moradia na cidade do Rio de Janeiro que passa por duas premissas iniciais (i) como iniciou-se a relação do homem com o território no Brasil; (ii) qual a relação da terra com a escravidão.

Por fim, um terceiro aspecto diz respeito a como o direito à moradia constitucional e infraconstitucional é entendido pela sociedade e julgado pelo poder judiciário. Para tanto, torna-se importante tratar da dicotomia moradia-propriedade que por vezes se confunde. Diante do exposto, a análise desses critérios é o ponto de partida inicial para que se possa compreender de onde vem os problemas que são reproduzidos até hoje em que o Programa Minha Casa Minha Vida se apresenta como uma das ferramentas para solucioná-los.

2. A DISCUSSÃO ENVOLVENDO MORADIA OU PROPRIEDADE – O MITO DA FUNÇÃO SOCIAL

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a teoria dos direitos fundamentais edifica-se sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana (Barroso, 2005). Analogamente, sustenta-se o direito à moradia como extensão do princípio da dignidade da pessoa humana.

Contudo, apesar dessa elevação do *status* da constituição federal com o advento dos direitos fundamentais instituídos como cláusulas pétreas no nosso ordenamento jurídico, numa análise pautada na primazia da realidade tanto da aplicação dos institutos pelo poder judiciário quanto nos reflexos destes na sociedade os conceitos de moradia e propriedade se confundem.

Nesse sentido, o desenvolvimento capitalista no Brasil não seguiu o modelo consagrado na literatura especializada (Martins, 2010). Para tanto, é necessário analisar a quebra de paradigma da exploração do homem e da terra para que seja possível compreender efetivamente de onde a singularidade social do Brasil, no que diz respeito à moradia, surge.

Portanto, a mudança da servidão negra para os trabalhadores assalariados faz com que os produtos e as suas formas de produção na sociedade tenham se mantido os mesmos alterando-se apenas a organização social. Por outro lado, a mudança da forma de aquisição e exploração da terra, em paralelo com ascensão e queda do regime escravocrata, foi responsável tanto pela criação quanto pela manutenção dessa mesma organização social presente até hoje.

Isso, porque, historicamente, a formação brasil-colônia se dá a partir da premissa de ocupação da terra e exploração do homem para que a sociedade se desenvolvesse e, conseqüentemente, custeasse a coroa portuguesa. Contudo, as revoluções liberais do continente europeu somado à vinda da família real, influenciaram diretamente na dinâmica da organização social no Brasil, sobretudo, no que diz respeito aos ideais abolicionistas.

Assim, o século XIX no Brasil foi marcado tanto por legislações abolicionistas, até que se tenha editado a Lei nº 3.353 de 1888 que efetivamente aboliu formalmente o regime escravocrata no Brasil, quanto por legislações protecionistas visando proteger a construção sistemática construída até aquele momento, como exemplo pertinente ao recorte do presente artigo temos a Lei nº 601 de 1850, a lei de terras, responsável por modificar o paradigma de aquisição e transmissão da terra que até então era de exploração para o de compra e venda.

Nessa esteira, depreende-se o impacto da utilização do direito como instrumento de dominação e manutenção de privilégios, isso porque, se por um lado o escravo recém liberto possuía em tese a liberdade formal, por outro, não tinha condições dignas de exercer moradia sobre um determinado local através das formas regulamentadas pela lei, considerando que toda a transmissão de terra a partir daquele marco só poderia ser realizada através da compra e venda, ou seja, com dinheiro.

Portanto, a formação da cidade do Rio de Janeiro, assim como muitas outras brasileiras, se deu através da ocupação irregular e periférica de territórios precarizados, diante da qual se compreende a formação (e manutenção) das favelas e, conseqüentemente, das mazelas geradas pelo déficit habitacional até o presente momento.

Dessa forma, construir e morar em cidades implica necessariamente viver de forma coletiva (Rolnik, 1994), logo, para que se possa compreender os efeitos do direito à moradia, sobretudo, os impactos de políticas habitacionais, é necessário analisar o coletivo que compõe o objeto do estudo e como ele se desenvolveu ao longo do tempo.

Diante do exposto, justifica-se a confusão entre moradia e patrimônio através da evolução jurídica e histórica brasileira, pois, se considerarmos que o direito foi utilizado como ferramenta de proteção da propriedade adquirida através dos processos de exploração do homem e da terra, promover moradia digna para toda a população confronta diretamente com esses interesses de quem já possui o patrimônio e, assim, evidencia-se o porquê da confusão entre o direito patrimonial e o direito extrapatrimonial tanto na sociedade quanto no ordenamento jurídico, como será exposto a seguir.

3. O PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA – PMCMV

O Programa Minha Casa Minha Vida é uma política habitacional nacional, portanto, de competência concorrente entre os entes federativos, sob direção do poder executivo federal vinculado à Secretaria Nacional de Habitação pasta do Ministério das Cidades e é regulado pelas leis nº 11.977/09 e nº 14.620/23. Assim, possui como objetivos:

Art. 2º, Lei nº 14.620:

- I.- reduzir as desigualdades sociais e regionais do País;
- II.- ampliar a oferta de moradias para atender às necessidades habitacionais, sobretudo da população de baixa renda e nas regiões de maiores déficits habitacionais, nas suas diversas formas de atendimento;
- III.- promover a melhoria de moradias existentes, inclusive com promoção de acessibilidade, para reparar as inadequações habitacionais;
- IV.- estimular a modernização do setor habitacional e a inovação tecnológica com vistas à redução dos custos e prazos de produção e entregas, à sustentabilidade ambiental, climática e energética e à melhoria da qualidade da produção habitacional, com a finalidade de ampliar o atendimento habitacional;

V.- apoiar o desenvolvimento, o fortalecimento e a ampliação da atuação dos agentes públicos e privados responsáveis pela promoção do Programa;

VI.- fortalecer o planejamento urbano e a implementação de ações e métodos de prevenção, mitigação, preparação e resposta contra desastres naturais;

VII.- ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda;

VIII - fortalecer o acesso à infraestrutura e a equipamentos públicos urbanos, inclusive os educacionais e os culturais, nas proximidades das novas unidades habitacionais;

IX - gerar emprego e renda em uma economia estruturada em bases sustentáveis;

X- estimular e facilitar a implantação de infraestrutura de conectividade e dos serviços de telecomunicações e internet para reduzir as lacunas digitais, culturais e informacionais.

Portanto, com uma nova lei que versa sobre objetivos, diretrizes, formas de obtenção dos objetivos, financiamento e custeio, escala de prioridade das famílias, limitações e competências bem como altera outras leis que regulam outras áreas que afetam o direito à moradia bem como o seu respectivo custeio ou formas de financiamento.

Nesse sentido, essas atualizações legais dizem respeito ao período do último ano (2023-2024). Dessa forma, evidencia-se uma atual preocupação político-administrativa em aprimorar a estrutura legal que regulamenta a execução do programa para os próximos anos. Para tanto, é importante avaliar como funcionou o programa até aqui na cidade do Rio de Janeiro.

Assim sendo, o PMCMV possui um sistema de subsídio direto, proporcional à renda das famílias, assim, além de promover unidades habitacionais, o Programa busca impactar a economia através dos efeitos multiplicadores gerados pela indústria da construção privilegiando o setor privado como agente promotor da política habitacional de interesse social.

Assim, sem excluir os não citados, um dos principais objetivos do programa é combater o déficit habitacional através da ampliação da oferta de moradias visando atender a necessidade da população, sobretudo da de baixa renda que é o foco do presente artigo representada através da Faixa 1.

Com efeito, na cidade do Rio de Janeiro, do ano de 2009 a 2017 foram contratadas pela Faixa 1 um total 35.257 unidades habitacionais através do Programa, já nos anos de

2015, 2016, 2018 e 2019 nenhuma unidade habitacional foi contratada e no ano de 2018, especificamente, 2.374 contratações foram realizadas, no entanto foram suspensas pelo Ministério de Desenvolvimento Regional. Repisa-se que na Faixa 1 do Programa os terrenos próprios municipais foram doados para o Fundo de Arrendamento Residencial – FAR e os imóveis foram subsidiados em até 90% para os beneficiários através desse Fundo³.

Ainda, dessas mais de 35 mil unidades há a separação pelas chamadas Áreas de Planejamento Municipal – AP's. Assim sendo AP1 – Centro e Zona Portuária; AP2 – Zona Sul, Tijuca e Vila Isabel; AP3 – Zona Norte; AP4 – Jacarepaguá e Barra da Tijuca; AP5 – Zona Oeste. Ou seja, no total 2.194 unidades foram contratadas na AP1; 0 unidades foram contratadas na AP2; 7.536 unidades foram contratadas na AP3; 4.616 unidades foram contratadas na AP4; 23.291 unidades foram contratadas na AP5.

Isso evidencia uma maior concentração de unidades habitacionais concedidas pelo PMCMV na Zona Oeste da cidade dos anos de 2009 a 2017 tanto pela disponibilidade maior de imóveis próprios municipais nessa região quanto pela facilidade de intervenções para fins de interesse social nessa área mais distante.

Nesse sentido, o fato de aproximadamente 65% das unidades habitacionais serem dispostas na Zona Oeste da Cidade evidencia uma incapacidade do programa em atingir dois principais critérios necessários para que seja considerado eficiente: o da localização e o da segurança da posse. Dado que em razão das pesquisas já realizadas apontam que o programa operou na cidade como um vetor importante de precarização das condições de vida da população mais pobre.

Nessa esteira, segundo o Mapa do Grupos Armados, produzido pelo Grupo de Estudos de Novos Ilegalismos da Universidade Federal Fluminense (GENI-UFF), 56,2% da população carioca vive sobre o controle de grupos milicianos. Os dados evidenciam um adensamento ainda maior dos empreendimentos da faixa 1 na zona oeste da cidade, onde, além das condições de precariedade de condições essenciais já abordadas, a ocupação dos empreendimentos por grupos armados já amplamente noticiado pela

³ Essas informações foram fornecidas pela Secretaria Municipal de Habitação no dia 05/12/2023.

imprensa é consequência direta da expansão e implantação do programa em áreas precárias de infraestrutura essencial básica (Observatório, 2023).

Portanto, essas circunstâncias de vulnerabilidade social acabam por inviabilizar o objeto principal de uma política habitacional que é promover moradia digna, tanto na perspectiva de manutenção e ocultação da pobreza da cidade com a insegurança da posse, quanto no isolamento social das infraestruturas públicas, das oportunidades de emprego e do acesso à cultura.

Além disso, conforme a necessidade de sanar o déficit habitacional e, portanto, atingir o maior número de famílias possíveis, é necessário que o programa possua padrões construtivos semelhantes de forma a produzi-lo em larga escala com custos baixos. Logo, muita das vezes o processo não leva em consideração a aspecto étnico-cultural da população, outro critério essencial da moradia digna.

Diante do exposto, conforme a exposição dos critérios já citados do Comentário Geral nº 4 das Nações Unidas em seu Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, sobretudo quanto à segurança da posse, localização e a adequação cultural, é possível verificar, conforme já citado, a presença da dicotomia moradia-propriedade. Evidencia-se, isso, porque a partir da análise nuclear da sistemática produzida, se por um lado o programa busca proporcionar moradia digna com a presença de todos os requisitos necessários, por outro, a forma de subsídio baseada em financiamento, a intervenção do Estado para investimento na área de construção civil e a utilização de terrenos próprios públicos demonstra o interesse em expandir o mercado imobiliário ao invés de reorganizá-lo.

Nesse caso, muita das vezes a conciliação entre os institutos necessária para a realização do programa inviabiliza o preenchimento dos requisitos suficientes para que este possa ser considerado eficiente, pois, se algum dos objetivos não é atingido em contrapartida tanto da manutenção do padrão construtivo oferecido pelo mercado de construção civil, quanto pela faixa de financiamento dos bancos públicos, ou ainda, pela localização dos terrenos disponíveis para sua realização em lugares sem equipamentos e infraestrutura, além de outros critérios, na realidade o direito patrimonial se sobrepõe em detrimento da política habitacional.

4. O DÉFICIT HABITACIONAL E POLÍTICA COMPENSATÓRIA

O objetivo de uma política habitacional, como já citado, é promover moradia digna a fim de combater a situação de rua e o déficit habitacional que assola nossas cidades. Nesse sentido, considerando que o déficit habitacional de 2019 na região metropolitana do Rio de Janeiro foi de 355.130 de pessoas⁴, apesar de considerarmos o impacto nacional e a importância do PMCMV, não se pode considerar que a política está perto de encerrar o problema como um todo.

Sob essa premissa, busca-se trazer o paralelo entre política compensatória e política emancipatória. Nesse sentido, uma política compensatória é baseada em ações assistenciais de transferência de renda, já uma política eleitoral emancipatória é baseada na efetiva transformação da condição originária que visa retirar as pessoas do ciclo de dependência estatal. Uma busca tratar apenas as consequências de um fenômeno social, já a outra visa construir um sistema que seja suficientemente eficaz com o intuito de fazer com que o indivíduo não dependa mais dela.

Nesse sentido, em síntese, é a organização jurídico estrutural do funcionamento de um programa que estabelece os marcos de permanência e continuidade da população assistida por ele que vai definir se uma política pública é compensatória ou emancipatória. Assim, os limites de renda para entrada e permanência, como a renda bruta familiar de R\$2.640,00, as cláusulas de permanência, como o pagamento das parcelas ou o impedimento de alienar ou alugar, dentre outras limitações de viés economicista⁵ são critérios que são mal aplicados e assentam a característica compensatória nas políticas públicas.

Diante de todo o exposto, se considerarmos que desde o início do programa na cidade mais de 35mil unidades habitacionais foram proporcionadas e o déficit habitacional permaneceu em mais de 300mil famílias, seria necessário mais 80 anos e

⁴ Pesquisa censitária da Fundação João Pinheiro que mensura o déficit habitacional a partir de critérios quantitativos e qualitativo (precariedade, coabitação e ônus excessivo com aluguel). FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Diretoria de Estatística e Informações. Metodologia do déficit habitacional e da inadequação de domicílios no Brasil – 2016 - 2019. Belo Horizonte: FJP, 2021. 76 p. Relatório.

⁵ O economicismo, teoria marxista, parte da premissa de que os fatores econômicos são os fatores decisivos, os mais importantes e fundamentais para a vida individual e social. No entanto, critérios economicistas aplicados de formas genéricas em políticas públicas muitas das vezes impede a ascensão social dos assistidos dado a limitação econômica e assenta a política pública como compensatória invés de emancipatória, tendo em vista que o assistido tende sempre a necessitar dela e impossibilitado pelos critérios de ascender.

mais 20 legislaturas para que se sane efetivamente o déficit habitacional se for considerado a mesma proporção de tempo para execução do PMCMV na cidade do Rio de Janeiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a análise da pesquisa observou-se que é relevante para a política habitacional nacional pensar em programas de habitação de massa, considerando o quadro existente de déficit habitacional no país. Diante disso, o aspecto abordado no presente estudo se refere à execução do programa na cidade do Rio de Janeiro, com implementação em 2009.

Nesse sentido, o Programa Minha Casa Minha Vida representa uma das principais políticas públicas habitacionais e apresenta uma quantidade considerável suficiente à análise de erros e acertos na superação do desafio de impactar o déficit habitacional brasileiro. Observa-se que durante algum tempo na cidade do Rio de Janeiro, notadamente no período pós olimpíadas de 2016, que representou importantes repercussões neste cenário, seja pelas mobilizações em torno das remoções, seja pela ausência de políticas capazes de promover a moradia digna diante do elevado déficit habitacional que persistia foi, inclusive, a única política habitacional implementada.

Diante disso, considerando tanto a dicotomia patrimônio-moradia presente na citada política pública quanto o não preenchimento dos requisitos que determinam se uma moradia é ou não digna de acordo com a ONU, apesar de considerarmos a relevância e impacto nos últimos anos não podemos considerar que tenha sido completamente efetiva.

Isso, porque, verificou-se que muito dos principais critérios não foram atingidos como deveriam, sobretudo no que diz respeito à segurança da posse, a localização e adequação cultural.

Em breve síntese, as unidades habitacionais foram construídas na Zona Oeste da cidade, região mais afastada, com ausência de infraestrutura pública adequada e cada vez mais sujeitas à intervenção do crime organizado, ampliando o cenário de dificuldades no transporte público, afastamento de emprego e a necessidade de se adaptar a um novo território.

Diante disso, conclui-se que a financeirização e a noção patrimonialista do direito

e das políticas públicas fazem com que o objetivo do PMCMV aparente contribuir para a promoção da moradia digna conforme sustentado nos documentos internacionais, no entanto, o que se verifica é a limitação ao combate apenas das consequências do problema habitacional, deixando de lado àquele referente às causas como a favelização e a falta de infraestrutura essencial mínima, como o saneamento básico, que se concretiza a partir da tentativa higienista de invisibilizar e distanciar a pobreza dos grandes centros urbanos, porém sem que se concretize um programa eficiente, adequado e que promova moradias dignas de fato conforme os pilares estabelecidos nos documentos internacionais.

Nessa esteira, na tentativa de impactar positivamente no déficit habitacional, tanto o Programa Minha Casa Minha Vida quanto outros programas habitacionais, devem observar os critérios da moradia digna que são baseados em valores e institutos como os da dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade em detrimento da especulação imobiliária e do ordenamento territorial excludente ditado pelos interesses financeiros, que acabam prevalecendo quando se observa esse confronto. Pois, ainda que impacte e mude vidas de forma considerável, em diversos aspectos, o programa é insuficiente no que diz respeito ao preenchimento dos requisitos da moradia digna.

Portanto, espera-se que a nova fase do PMCMV com uma nova estrutura jurídica, modificações nas formas de custeio, dentre outras mudanças, seja suficiente para, não só dar continuidade à execução, mas como superar os erros a fim de enfrentar mais fortemente o déficit habitacional brasileiro, preservando o mínimo para uma vida com dignidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 240, p. 1–42, 2005.

BONDUKI, Nabil (org.). **A luta pela reforma urbana no Brasil: do Seminário de Habitação e Reforma Urbana ao Plano Diretor de São Paulo**. 1. ed. São Paulo: Instituto Casa da Cidade, 2017. 244 p. ISBN 978-85-54325-00-8.

BRASIL. Ministério da Economia. **Relatório de avaliação CMAP [BRASÍLIA]**: Ministério da Economia, 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3tfZy8f>> Acesso em 30/09/2023.

BRITO, Miguel Nogueira de. **A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 841-1050. A compreensão da propriedade como direito fundamental.

IACOVINI, Rodrigo., et al. **Inserção urbana no MCMV e a efetivação do direito à moradia adequada: uma avaliação de sete empreendimentos no estado de São Paulo**. [s.l.: s.n.]. Disponível em: <http://www.labcidade.fau.usp.br/download/PDF/2015_ANPUR_MCMV_1.pdf>. Acesso em 30/09/2023.

MARTINS, José de Souza. **O Cativo da Terra**. São Paulo: Câmara Brasileira do Livro, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2022.

MOTA, MAURICIO JORGE PEREIRA DA; MOURA, E. A. C.; TORRES, M. A. A. Políticas públicas urbanas. In: Mauricio Jorge Pereira da Mota; Emerson Affonso da Costa Moura; Marcos Alcino de Azevedo Torres. (Org.). **Porto Maravilha: política pública do Rio de Janeiro**. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, v. 1, p. 01-22.

RIBEIRO, Luiz. Rio de Janeiro: **Transformações na Ordem Urbana**. 1. ed. Rio de Janeiro. Letra Capital; Observatório das Metrôpoles, 2015.

ROLNIK, Raquel, et al. O Programa Minha Casa Minha Vida nas regiões metropolitanas de São Paulo e Campinas: aspectos socioespaciais e segregação. **Cadernos Metrôpole**, v. 17, n. 33, p. 127–154, maio 2015.

ROLNIK, Rachel. Como produzir moradia bem localizada com os recursos o programa minha casa minha vida? Implementando os instrumentos do Estatuto da Cidade! In: **Ministério das Cidades**. Brasília: Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano e Regional UFRJ, 2010.

_____. **O que é a cidade**. São Paulo: Brasiliense, 1995. (Coleção Primeiros Passos; 203).

SANTOS, A. M. S. P.; VASQUES, P. H. R. P. O Programa Minha Casa Minha Vida contribui para a construção do direito social à moradia. In: Doralice Sátyro Maia; Gláucio José Marafon. (Org.). **O Programa Minha Casa Minha Vida: habitação e produção do espaço urbano em diferentes escalas e perspectivas**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2020, v. 0, p. 75-112.

USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A RESPOSTA POR “ALUCINAÇÃO”: ASSIMILAÇÃO OU CRIAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS POR FORNECIMENTO DE DADOS INCORRETOS?

Letícia Pereira de Araujo ¹

Eixo Temático: GT3: Precedentes, processos coletivos e estruturais e inteligência artificial na efetivação de Direitos Humanos.

RESUMO

Com o crescente uso da Inteligência Artificial, inclusive nos Tribunais, este estudo propõe analisar a viabilidade de mecanismos destinados a identificar processos representativos e sua subsequente aplicação a casos dependentes, mesmo quando o sistema gera uma “alucinação”, ou seja, um julgamento fictício. A pesquisa utiliza a técnica de análise de discurso para coletar dados textuais, empregando uma abordagem qualitativa. Os resultados são analisados com base no conteúdo temático e normativo. O estudo contextualiza o uso de Inteligência Artificial nos tribunais e em seguida, destaca os riscos associados à alucinação induzida pela Inteligência Artificial.

Palavras-chave: Inteligência Artificial. Utilização em precedentes judiciais. Criação e invenção de informações.

INTRODUÇÃO

Diante do grande uso de Inteligência Artificial, até mesmo pelos Tribunais, propõe-se analisar a operabilidade de mecanismos voltados à identificação de processos representativos e sua subsequente aplicação a processos dependentes, especialmente quando o sistema oferece uma “alucinação”.

O termo “alucinação” refere-se à situação em que a Inteligência Artificial fornece uma resposta que, embora pareça coerente, é incorreta, tendenciosa ou completamente equivocada (Cortiz, 2023). Desta forma, questiona-se se os Tribunais nacionais estão aplicando e aceitando precedentes genuínos ou se estão simplesmente assimilando

¹ Graduada em Direito pelo Centro Universitário Unilasalle do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Público, Previdenciário e Direito de Trânsito pela Faculdade Legale do Estado de São Paulo. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Advogada. ORCID 0000-0002-6454-6606. Endereço eletrônico: leticiaapa@id.uff.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8231532195654026>.

aqueles gerados pela Inteligência Artificial. Um exemplo emblemático é o caso de Roberto Mata *versus* Avianca Airlines, no qual foi descoberto que referências a julgados foram criados pelo *chatbot online* de inteligência artificial, denominado “ChatGPT” (Cruz e Tucci, 2023).

O advogado americano foi advertido por usar precedente judicial criado pelo *chatbot online* de Inteligência Artificial, denominado “ChatGPT. A referida demanda envolvida a discussão de condenação da empresa aérea após ferir um passageiro no joelho com o carrinho de metal, durante voo que ia de El Salvador para Nova York (Cruz e Tucci, 2023).

No decorrer do processo, a parte autora apresentou material de 10 páginas, contendo supostos processos similares já julgados (Cruz e Tucci, 2023). Entretanto, tais supostos julgados nunca ocorreram de fato, tratando-se de uma resposta de alucinação da Inteligência Artificial utilizada, sendo o advogado punido por falta de transparência e consequentemente, por negligência no exercício de sua profissão (Cruz e Tucci, 2023).

Verifica-se, portanto, que a Inteligência Artificial pode alucinar e criar textos jurídicos como se fossem um julgado prolatado por um magistrado, causando confusão e prejuízos aos envolvidos. Assim, é oportuno o debate envolvendo a possibilidade ou não dos Tribunais utilizarem precedentes criados, e não apenas assimilados pelo mecanismo de Inteligência Artificial.

A proposta deste estudo é contribuir para a investigação científica relacionada a precedentes judiciais e investigar a sua aplicação por intermédio de Inteligência Artificial. A principal indagação reside na verificação da veracidade dos precedentes apontados pela Inteligência Artificial.

Para responder o questionamento central, buscar-se-á, inicialmente, o apontamento dos mecanismos de Inteligência Artificial utilizados pelos tribunais nacionais, com a interpretação de suas consequências, levando a consideração de uma possível “alucinação” quando o mecanismo estiver criando um texto jurídico como jurisprudencial, que de fato, não existe, para ser identificado como precedente.

A relevância desta pesquisa se justifica nas potenciais consequências negativas de se aplicar um julgado a um caso concreto, quando aquele, na verdade, sequer existe e não se sabe ao certo quais foram os dados e critérios interpretativos utilizados.

A metodologia utilizada se baseia na técnica de análise de discurso, buscando as relações entre conceitos, características, ideias e momento histórico, com o intuito de examinar a assimilação ou criação de precedentes pelo poder judiciário com intermédio da Inteligência Artificial.

A análise das informações é realizada por meio de leitura exploratória do material que foi encontrado em uma abordagem qualitativa dos dados textuais por meio da análise do discurso. Para tanto, emprega-se o aspecto qualitativo como fundamental neste trabalho por ser indutivo, evitando a prática tradicional de se testar hipóteses.

Indica-se as bases de dados utilizados para pesquisa bibliográfica: Scielo, catálogo de teses, dissertações da CAPES, portal da legislação - Planalto, RVBI – Portal Institucional do Senado Federal e os sites oficiais dos Tribunais, no mais, não se objetiva realizar uma seleção por ano, visto a intenção de se aproveitar todos os dados coletados que atenderam ao recorte temático proposto.

Busca-se no campo do conhecimento um teórico temporal e temático, ante a inquietação de se compreender, em um momento inicial, o enquadramento da época da informação automatizada e a sua associação com os precedentes judiciais. Posteriormente, o referencial teórico autoral é empregado para a acepção conceitual dos elementos estudados.

Neste sentido, obras de autoria de Marcelo de Almeida e Leticia Araujo (2021) serão aplicadas para observar os tribunais que utilizam a Inteligência Artificial para identificar precedentes.

No mais, para alcançar a interpretação dos Precedentes Judiciais no Sistema Processual Brasileiro, fará uso da leitura de Mariana Lombardi Moreto (2012) e ainda, Hélio Krebs (2015) sob a ótica dos direitos fundamentais no sistema de precedentes.

Como a diretriz fornecida pelo Código de Processo Civil vigente, alterou-se o manejo dos precedentes já existentes, fornecendo um critério para as decisões que sejam

de identidade fática idêntica, com aplicação *erga omnes*². Tendo em vista a possibilidade de julgamento liminar de improcedência da demanda judicial³, aplica-se a admissão de mecanismos para reduzir o processamento das demandas judiciais.

No atual cenário jurídico, observa-se uma tendência à adoção de mecanismos de Inteligência Artificial para agilizar o processamento de demandas judiciais. O Superior Tribunal Federal publicou a utilização de *artificial intelligence*, ferramenta nomeada de VICTOR, o qual identifica os temas de Repercussão Geral para antecipar o juízo de admissibilidade, já o Superior Tribunal de Justiça desenvolveu os sistemas Sócrates, Athos e e-Juris, os quais potencializam a atividade de triagem processual e o agrupamento automático de processos similares para facilitar a afetação dos recursos repetitivos, com inclusive, apontamento de superações pelos precedentes qualificados (Almeida; Araújo, 2022, p. 10-11).

Por tal motivo, é necessário compreender o desenvolvimento do Aprendizado de Máquina, o qual é o responsável pelo conteúdo novo que será o responsável por aprender e adaptar os dados, sem necessariamente, uma programação de tarefa anterior. Neste sentido, pode ocorrer o fenômeno denominado como “alucinação”, por gerar palavras, frases ou até mesmo textos inteiros que são incorretos ou inconsistentes (Duque-Pereira; Moura, 2023, p.19).

Este estudo visa, portanto, contribuir para o debate sobre o uso de precedentes gerados por Inteligência Artificial nos Tribunais, destacando a importância de garantir a

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

³ BRASIL. Poder Executivo. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

- I.- enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;
- II. - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- III.- entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
- IV.- enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

qualidade e a veracidade das informações jurídicas produzidas por esses sistemas automatizados.

1. UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA INFORMAÇÃO AUTOMATIZADA E A SUA ASSOCIAÇÃO COM OS PRECEDENTES JUDICIAIS

A utilização da Inteligência Artificial no contexto jurídico, especialmente em relação à gestão de precedentes judiciais, pode significar um avanço significativo na busca por maior eficiência e racionalização do sistema judiciário brasileiro (Anaisse, 2022, p. 39). Ao longo das últimas décadas, o Direito Processual Civil brasileiro tem passado por transformações visando lidar com a enorme quantidade de recursos e processos, bem como garantir celeridade e estabilidade às decisões judiciais.

Ainda na égide do Código de Processo Civil de 1973, havia a preocupação de desafogar os tribunais, abreviando a duração de processo, como o julgamento de recursos repetitivos, institucionalização das súmulas vinculantes editadas pelo STF (Anaisse, 2022, p. 40).

O atual Código de Processo Civil, implementado em 2015, estabeleceu um verdadeiro sistema de precedentes judiciais, buscando promover uma jurisprudência estável, íntegra e coerente. Este sistema, delineado nos seus artigos 926 a 928 (Anaisse, 2022, p. 42), visa uniformizar a jurisprudência dos tribunais e estabelecer enunciados de súmula que correspondam à jurisprudência dominante de cada tribunal.

A técnica de julgamento de demandas repetitivas, também conhecida como "precedentes qualificados", foi consolidada e aprimorada pela legislação processual, com o objetivo de definir interpretações de questões jurídicas recorrentes e aplicá-las a casos futuros (Nicoli, 2022, p. 230).

Há ainda, a possibilidade de julgamento antecipado em todos os graus de jurisdição quando o fundamento estiver em consonância com a tese jurídica já firmada pelos tribunais superiores e os institutos de pacificação e vinculação de jurisprudências pelos tribunais como os Incidentes de Assunção de Competência e os Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (Anaisse, 2022, p. 40).

Importante mencionar que para identificar um precedente, é necessário identificar o caso paradigma, a fundamentação da decisão, diferenciando o que não for essencial para o julgamento (Anaisse, 2022, p. 40).

Como efeito, a decisão proferida em um incidente de resolução de demandas repetitivas objetiva definir a interpretação de uma questão específica que irá se repetir em múltiplos casos pendentes de julgamento (Nicoli, 2022, p. 230).

A integração da Inteligência Artificial nesse contexto se dá por meio do desenvolvimento de soluções tecnológicas, como algoritmos de aprendizagem de máquina, que utilizam técnicas de processamento de linguagem natural para automatizar o tratamento de grandes volumes de dados textuais (De Lima, 2022, p. 282-283). Essas ferramentas têm sido empregadas para identificar padrões nos precedentes judiciais e auxiliar na análise e tomada de decisões pelos tribunais.

A aprendizagem da máquina ocorre quando o sistema computacional consegue aprender com os dados que são inseridos. O algoritmo de aprendizagem se ajusta a um conjunto de dados e assim, possibilita o reconhecimento de padrões existentes e um novo conjunto de dados que lhe serão apresentados no futuro (De Lima, 2022, p. 289-290).

Com isso, é relevante destacar que o aprendizado pode ocorrer de duas maneiras, no aprendizado supervisionado, em que é necessário a presença humana para viabilizar tal função, enquanto no aprendizado não supervisionado, os dados não têm rótulos e o algoritmo é que procura uma similaridade e padrão para conseguir classificá-lo (Santos; Moreira; Oliveira, 2024, p. 5).

Tendo em vista que a garantia da segurança jurídica e transparência para as partes litigantes é essencial, especialmente diante da possibilidade de vieses algorítmicos e da necessidade de validação ética dos modelos de IA (De Lima, 2022, p. 310-311), é fundamental questionar a automatização das decisões judiciais no lugar da participação humana e, também do debate democrático na construção das soluções para os casos concretos.

2. AS ATUAIS FERRAMENTAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL UTILIZADA PELOS TRIBUNAIS

Facilitando a identificação de decisões judiciais e o reconhecimento de padrões sem depender exclusivamente da avaliação humana, os mecanismos de Inteligência Artificial têm sido cada vez mais utilizados pelos tribunais brasileiros para lidar com o volume crescente de demandas judiciais.

Um exemplo notável é o projeto Sócrates, desenvolvido pelo Superior Tribunal de Justiça, que utiliza a análise semântica das peças processuais para facilitar a triagem de processos, identificando casos semelhantes para servir como precedente para julgamentos futuros. O Sócrates 2.0, uma evolução desse projeto, automatiza a identificação de dispositivos legais questionados em recursos especiais, agilizando a análise de admissibilidade recursal (Almeida; Araujo, 2022, p. 7).

O sistema Athos, também implementado pelo STJ, tem como objetivo classificar os processos antes de sua distribuição aos ministros, identificando aqueles que podem ser julgados sob o rito dos recursos repetitivos. Isso evita o encaminhamento de processos que deveriam ser suspensos em segunda instância (Almeida; Araujo, 2022, p. 8).

Além disso, o STJ desenvolveu o e-Juris, uma ferramenta que facilita a extração de referências legislativas e jurisprudenciais pela Secretaria de Jurisprudência, proporcionando uma prestação jurisdicional mais célere (Almeida; Araujo, 2022, p. 9).

Já o Supremo Tribunal Federal, pioneiro na implementação da Inteligência Artificial, investiu no projeto Victor, uma ferramenta de inteligência artificial desenvolvida em parceria com a Universidade de Brasília. Este projeto permite a leitura automatizada dos Recursos Extraordinários, identificando a repercussão geral para antecipar o juízo de admissibilidade (Almeida; Araujo, 2022, p. 6). Utilizando o aprendizado de máquina, o projeto consegue realizar essa análise textual em apenas 5 segundos, em contraste com os 40 minutos a uma hora que um servidor do tribunal levaria para realizar a mesma tarefa.

Embora essas ferramentas representem avanços significativos na agilidade e eficiência do trabalho judiciário, há preocupações sobre os possíveis impactos da

objetivação excessiva do direito e a padronização das soluções, que podem limitar a análise individual de cada caso.

3. A “ALUCINAÇÃO” DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E OS SEUS PERIGOS

Em consonância com o exposto acima, a utilização de Inteligência Artificial na produção de sentenças judiciais tem sido um tema de grande debate e preocupação, especialmente após casos em que a máquina produziu decisões baseadas em informações falsas ou inexistentes. Um exemplo recente foi o caso em que um juiz federal da 1ª Região utilizou o *ChatGPT* para redigir trechos inteiros de uma sentença⁴.

O problema surgiu quando a IA inventou jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que não existia, levantando suspeitas sobre a veracidade da decisão. Assim, o advogado da parte vencida acionou a Corregedoria Regional de Justiça Federal da 1ª região.

O fato de uma máquina ter produzido uma sentença judicial com base em informações incorretas evidencia os perigos da "alucinação" da Inteligência Artificial. Nesse contexto, é fundamental considerar não apenas a eficiência e agilidade proporcionadas pela automação, mas também os riscos envolvidos quando a máquina toma decisões com base em dados incorretos ou distorcidos.

O desembargador Néviton Guedes, corregedor da Justiça Federal da 1ª Região, emitiu uma circular recomendando cautela no uso de ferramentas de IA generativas não homologadas pelos órgãos de controle do Poder Judiciário⁵. Ressaltou-se a importância de garantir que o uso de inteligência artificial no processo judicial esteja alinhado com as normas éticas e legais estabelecidas pelo CNJ, visando promover o bem-estar dos jurisdicionados e a prestação equitativa da justiça.

⁴ REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **CNJ vai investigar juiz que usou tese inventada pelo *ChatGPT* para escrever decisão**. 12 nov. 2023.

⁵ BRASIL. Poder Judiciário. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Circular COGER 33/2023**. Tudo considerado, esta Corregedoria Regional, visando ao fiel cumprimento do disposto na Resolução CNJ 332/2020, que dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário, REFORÇA os deveres de cautela, de supervisão e de divulgação responsável dos dados do processo, quanto ao auxílio de IA para a elaboração de decisão judicial, ao tempo em que RECOMENDA que não sejam utilizadas para a pesquisa de precedentes jurisprudenciais ferramentas de IA generativa abertas e não-homologadas pelos órgãos de controle do Poder Judiciário.

Embora a Resolução 332/2020 do CNJ autorize o uso de Inteligência Artificial no Judiciário, é essencial que haja um controle rigoroso para evitar abusos e garantir a integridade e imparcialidade das decisões judiciais. O magistrado que utilizou o *ChatGPT* justificou o ocorrido como um "mero equívoco" decorrente da sobrecarga de trabalho e afirmou que parte da sentença foi elaborada por um servidor⁶.

No entanto, casos como esse justificam os questionamentos sobre a responsabilidade e supervisão necessárias no uso de tecnologias de IA no processo judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o vigente Código de Processo Civil, alterou-se o manuseio dos precedentes, fornecendo uma direção a ser replicada nas decisões que sejam de idêntica identidade fática, possibilitando o julgamento liminar de improcedência. Tal modificação de tratamento revelou a utilização de mecanismo para acelerar o processamento das demandas, com ou sem resolução de mérito.

Ao longo do trabalho, explorou-se a operabilidade de mecanismos de Inteligência Artificial voltados à identificação de precedentes judiciais e sua aplicação nos tribunais brasileiros, especialmente quando esses sistemas podem induzir à "alucinação", fornecendo respostas incorretas ou tendenciosas.

Após a análise das ferramentas utilizadas pelos tribunais e dos perigos representados pela "alucinação" da IA visando responder à questão central, foi possível identificar, com exemplo ocorrido no Brasil, que os julgadores podem empregar precedentes judiciais com base em dados incorretos fornecidos pela Inteligência Artificial.

A recente recomendação do desembargador Néviton Guedes sobre o uso cauteloso de ferramentas de IA não homologadas pelo Poder Judiciário ressalta a necessidade de garantir que o uso dessas tecnologias esteja alinhado com normas éticas e legais.

⁶ REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. *op. cit.*

Os avanços tecnológicos, representados por projetos como Sócrates, Athos, e-Juris e Victor, têm sido significativos no sentido de agilizar o processamento de demandas judiciais e identificar padrões nos precedentes. No entanto, os casos em que a IA produziu decisões baseadas em informações falsas ou inexistentes destacam os perigos associados à "alucinação" dos sistemas de IA.

Diante disso, é fundamental considerar os potenciais riscos de objetivação excessiva do direito e padronização das soluções, que podem limitar a análise individual de cada caso. A confiança na integridade e imparcialidade das decisões judiciais é essencial para a credibilidade do sistema judiciário, e é necessário que o uso de IA seja pautado por princípios éticos e normas de controle adequadas para evitar abusos e garantir a justiça para todos os envolvidos.

Portanto, embora a Inteligência Artificial possa ser uma ferramenta valiosa para agilizar o trabalho judiciário, é crucial manter um equilíbrio entre automação e supervisão humana, garantindo que as decisões judiciais sejam baseadas em dados corretos e transparentes. O debate sobre o uso de IA no processo judicial deve continuar, enfatizando a importância de garantir a qualidade e a veracidade das informações produzidas por esses sistemas automatizados.

REFERÊNCIAS

ANAISSE, Paulo César. O sistema de precedentes judiciais brasileiro: o stare decisis nacional. **In: O sistema de precedentes brasileiro [recurso eletrônico]: demandas de massa, inteligência artificial, gestão e eficiência.** LUNARDI, Fabrício Castagna et al (Coord.). Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - Enfam, 2022.

ALMEIDA, Marcelo Pereira de Almeida; ARAUJO, Leticia Pereira de. A utilização da tecnologia pelo Poder Judiciário: benefício ou uso excessivo da Inteligência Artificial na construção e aplicação de precedentes? **In: 10º Seminário Interdisciplinar em Sociologia e Direito.** 2022, Niterói. (Anais) 2022, [s.n], p. 10-11. Disponível em: <https://www.even3.com.br/anais/10seduff/>. Acesso em 09/11/2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 out.1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso 09/11/2023.

BRASIL. Poder Executivo. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 09/11/2023.

BRASIL. Poder Judiciário. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Circular COGER 33/2023.** Disponível em https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/11/SEI_19283798_Circular_Coger_33.pdf. Acesso em 13/05/2024.

CASTRO, Grasielle. Advogado pode ser punido por usar ChatGPT em ação. O motivo: invenção de precedentes. **Jornal eletrônico Jota**. [S.l.], 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/jotinhas/advogado-pode-ser-punido-por-usar-chatgpt-em-acao-o-motivo-invencao-de-precedentes-29052023>. Acesso em 09/11/2023.

CORTIZ, Diogo. **Entendendo as alucinações do CHATGPT**. Diogo Cortiz Publicações, [S.l.], 2023. [s.n.]. Disponível em: <https://diogocortiz.com.br/entendendo-as-alucinacoes-do-chatgpt/>. Acesso em 09/11/2023.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Perigo concreto da inteligência artificial na praxe do direito. **Revista Consultor Jurídico**, [S.l.] 2023, n.p. Disponível em: <https://novoconjur.com.br/colunas/paradoxo-corte-perigo-concreto-inteligencia-artificial-praxe-direito/?cn-reloaded=1>. Acesso em 09/11/2023.

DE LIMA, Caio Moysés, et al. Desafios ético-jurídicos no uso de inteligência artificial para gestão de precedentes e de recursos repetitivos: a experiência da justiça federal da 3a região. **In: O sistema de precedentes brasileiro [recurso eletrônico]: demandas de massa, inteligência artificial, gestão e eficiência**. LUNARDI, Fabrício Castagna et al (Coord.). Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - Enfam, 2022.

DUQUE-PEREIRA, Ives da Silva; MOURA, Sergio Arruda de. **Compreendendo a Inteligência Artificial generativa na perspectiva da língua**. Scielo Preprints, 2023. Disponível em: <https://repository.scielo20.org/index.php/scielo/preprint/view/7077>. Acesso em 09/11/2023.

NICOLI, Ricardo Luiz et al. Técnica de julgamento de demandas repetitivas e sua aplicação pelo Superior Tribunal de Justiça: todos têm seu dia perante a corte? **In: O sistema de precedentes brasileiro [recurso eletrônico]: demandas de massa, inteligência artificial, gestão e eficiência**. LUNARDI, Fabrício Castagna et al (Coord.). Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados -Enfam, 2022.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **CNJ vai investigar juiz que usou tese inventada pelo ChatGPT para escrever decisão**. 12 nov. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-12/cnj-vai-investigar-juiz-que-usou-tese-inventada-pelo-chatgpt-para-escrever-decisao/#:~:text=A%20IA%20pode%20ser%20uma,na%20imparcialidade%20do%20sistema%20judici%C3%A1rio>. Acesso em 13/05/2024.

SANTOS, L. D. L.; MOREIRA, P. da S.; OLIVEIRA, B. S. Embriaguez artificial: uma odisséia sobre o impacto do ChatGPT nas decisões judiciais robotizadas. **Contribuciones a las ciencias sociales**, [S. l.], v. 17, n. 4, p. e6105, 2024. Disponível em: <https://ojs.revistacontribuciones.com/ojs/index.php/clcs/article/view/6105>. Acesso em 11/05/2024.

SOARES DE SÁ, Acácia Regina et al. **O sistema de precedentes brasileiro [recurso eletrônico]: demandas de massa, inteligência artificial, gestão e eficiência**. LUNARDI, Fabrício Castagna et al (Coord.). Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados -Enfam, 2022.

DEEPPAKES E O PRENÚNCIO DO DIREITO DE IMAGEM DA PESSOA FÍSICA: DO UPGRADE NA DESINFORMAÇÃO À INSEGURANÇA JURÍDICA.

Lorraine Queiroz Nogueira¹
Larissa de Moraes Ferreira Campos²

Eixo Temático: GT3: Precedentes, processos coletivos e estruturais e inteligência artificial na efetivação de Direitos Humanos.

RESUMO

O presente artigo visa explorar o fenômeno da *deepfake* no vasto universo da inteligência artificial e compreender como essa ferramenta tecnológica impacta diretamente nos direitos da personalidade - em especial no direito de imagem - aplicada em diversos âmbitos e situações do cotidiano. O enfoque da pesquisa se pauta na responsabilidade civil, através da análise das lacunas existentes na legislação vigente que abrem margens para a impunidade diante da imprevisão legal de crimes e violações provenientes do uso desmedido da tecnologia em face da ausência de celeridade da elaboração legislativa em comparação ao avanço digital.

Palavras-chave: DeepFake; Direitos da personalidade; Inteligência artificial; Regulamentação; Responsabilidade.

INTRODUÇÃO

O futuro se encontra a um bit de distância. Com o advento da revolução industrial no século XVIII, o que parecia apenas um pequeno passo para um longínquo universo de possibilidades tecnológicas, tornou-se nos últimos 50 anos um carro de corrida rumo a um pódio imaginado apenas nos cenários cinematográficos de ficção científica.

Em vinte anos houve um crescimento exponencial das novas tecnologias pelo mundo em consonância com a diminuição das distâncias geográficas por meio de sistemas de redes que fomentam o ideal de globalização. Diante dessas vastas possibilidades de futuros, que se superam diariamente, é essencial a rápida capacidade de mudança da sociedade em face da constante mutabilidade da realidade em que se vive e com o Direito – como ciência aplicada que é - não pode ser diferente.

¹ Mestre em direito pela Universidade Católica de Petrópolis. E-mail: prof.lorraine.nogueira@soulasalle.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7124325901365798>.

² Graduada em direito pela UniLaSalle. E-mail: laris.mfc@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6320381680205309>.

Apesar de ser inequívoca a capacidade de a tecnologia facilitar diversas questões cotidianas e fornecer rápidas respostas e soluções, percebe-se, dia após dia, que o homem, em detrimento da comodidade digital, está se perdendo na medida em que, observa-se, o seu afastamento das características intrínsecas à própria humanidade. Em meados da década de 1950 diversos cientistas enveredaram rumo ao esboço do boom que, atualmente, conhecemos e fazemos uso: a inteligência artificial.

Assistentes virtuais, reconhecimento facial, corretor automático e algoritmos das e nas redes sociais são apenas alguns dos exemplos de inteligência artificial que usamos no dia a dia e que, geralmente, não reparamos, pois já fazem parte dos automatismos da vida.

A relação entre homens e máquinas é cada vez maior, mas o presente trabalho visou o estudo das inteligências artificiais em processo de substituição e reprodução humana, em especial, no que tange o futuro da proteção aos direitos da personalidade, especificamente o direito personalíssimo à imagem.

Embora, atualmente, na vigência da Lei de Proteção de Dados pessoais¹, nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 haja previsão de consentimento para o tratamento de dados, as imagens e vozes são usadas para todos os fins, com ou sem a permissão das pessoas a que pertencem. Afinal, na infinita rede chamada internet, dificilmente fala-se sobre propriedade, mas apenas de posse, que passa de um para o outro, perpetuando-se no tempo, podendo ser esquecida por hora, mas sendo capaz de voltar à tona a qualquer momento.

Há que se convir que fazer um vídeo de um amigo, utilizando a inteligência artificial, com objetivo jocoso, dentro do círculo de amizade, não há mal algum, entretanto, usar esse artifício para ferir a honra de alguém, aproveitar-se da influência de outrem usando sua voz e imagem para propagar notícias falsas ou enriquecer ilicitamente com a venda de imagens modificadas de pessoas que não consentiram para aquilo, são apenas alguns exemplos do que hoje vai muito além de um simples *photoshop* com falhas claramente identificáveis. Trata-se de imagens extremamente realistas capazes de trazer problemas e danos irreparáveis à vida de terceiros e daqueles que os cercam.

Recentemente, foram veiculadas imagens do Papa Francisco usando um casaco moderno³ que despertou críticas dos internautas, tanto negativas quanto positivas, até que foi revelado que a foto não passava de uma criação de uma inteligência artificial. A princípio a divulgação dessa imagem não criou qualquer tipo de consequência capaz de macular, por exemplo, a honra do Santo Padre, todavia, não há dúvidas de que, em meio a um mundo integralmente conectado, no qual, imagens e vozes podem ser subvertidas, ainda paira grande insegurança sobre como serão tutelados os direitos à própria imagem, honra, intimidade, esquecimento e entre outros direitos personalíssimos em meio à farta disseminação de *fake news* e a falta de ferramentas eficientes de verificação de procedência das informações, bem como o impacto da perpetuação de toda informação que entra na internet.

A escolha do tema fundamentou-se em uma análise sobre as informações veiculadas nas redes sociais nos últimos anos em que tem ocorrido a propagação desmedida de informações, sendo elas imagens, notícias, áudios ou vídeos que não coadunam com a realidade, apesar de serem aparentemente fidedignas, e os impactos na vida pessoal das “vítimas”, infringindo os direitos da personalidade amparados, em especial aqueles atinentes à imagem, voz, e privacidade, pois esses dados circulam rapidamente pela rede e conservam-se armazenados eternamente em bancos de dados em qualquer lugar do mundo.

Isso posto, questionou-se, como a tutela dos direitos da personalidade poderá ser efetivado após o uso indevido da imagem ou voz de uma pessoa por meio de uma inteligência artificial dado o caráter perene das informações lançadas à rede?

Igualmente, como promover à responsabilização civil nessas hipóteses, dada a dificuldade de verificação da procedência da informação e da sua veracidade face ao seu compartilhamento em massa a níveis mundiais?

Acredita-se que com o passar de poucos anos, o uso incontrolado das inteligências artificiais poderá promover uma grande ameaça à ordem da civilização, podendo ser usadas como verdadeiras armas uns contra os outros, seja no plano político, de modo que partes opostas em busca do poder podem disseminar informações inverídicas sobre seus

³Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2023/03/26/imagens-falsas-mostram-papa-francisco-de-casaco-branco-estiloso-e-viralizam.ghtml>. Acesso em 06/04/2023.

adversários e, mesmo no âmbito civil ou pessoal, pela busca da autotutela ou vingança, gerando efeitos sociais quiçá irreparáveis.

Por essa razão, o desenvolvimento exponencial da inteligência artificial pode significar o prenúncio dos direitos da personalidade em função da falta de regulamentação sobre o tema e seu uso descontrolado, desse modo, é necessário que os Poderes Judiciários e Legislativos, tomem providências o quanto antes para regulamentar mecanismo de tutela aos direitos da personalidade no ambiente virtual diante do rápido alastramento da inteligência artificial e sua iminente ameaça.

Outrossim, a responsabilização deve ser objeto de prioridade na regulamentação do tema a fim de coibir a impunidade, afinal, deve-se ressaltar que existe um caráter perpétuo que repousa sobre tudo que é publicado na internet, o que nos traz a presente discussão sobre o alcance do direito da personalidade sob a ótica de um universo infinito e mal regulamentado.

Diante de um ponto de vista generalista, o presente trabalho teve como objetivo o estudo dos impactos do uso imoderado da inteligência artificial nos direitos da personalidade, em especial o direito à imagem, abordando o fenômeno do *deepfake* sob a ótica de uma sociedade mal regulamentada. Contudo, especificamente, esta monografia teve o intuito de explorar os aspectos da responsabilização pelo uso indevido dessas tecnologias e as dificuldades enfrentadas para evitar a impunidade nesses casos.

O presente trabalho de conclusão de curso fez uso de pesquisa bibliográfica, de natureza qualitativa, cujo método é o fenomenológico, haja vista que essa pesquisa visou explorar o distanciamento humano dos direitos inerentes à sua própria condição em detrimento do avanço tecnológico, e compreender como é possível evitar a impunidade daqueles que se utilizam da imagem alheia por intermédio da inteligência artificial dentro do infinito mundo da internet. Para isso foi realizado o levantamento e a análise de obras publicadas que nortearam a presente pesquisa científica, sendo elas livros, artigos, periódicos, entre outros.

Insta salientar que para Gil (2022), o método fenomenológico se propõe a descrição da experiência do objeto no mundo, ou seja, é um método que busca compreender a essência, isto é, o fato em si mesmo e não o que dizem sobre ele.

O apoio bibliográfico deste trabalho contou com a leitura das seguintes obras: “Inteligência Artificial e Responsabilidade Humana” (Freitas, 2023) e Responsabilidade Civil e Inteligência Artificial (Buarque, 2022). No tocante ao Direito Civil, fez-se necessária a leitura de “Os direitos da personalidade” de Carlos Alberto Bittar (2015) e “Direitos da personalidade” de Anderson Schreiber (2014).

Cumprido esclarecer que, não obstante as obras citadas tenham sido essenciais para embasar a presente monografia, outros autores foram utilizados ao longo da pesquisa. Destaca-se ainda que foi utilizada a Constituição Federal, de 1988, o Código Civil Brasileiro, nº 10.406/02, a Lei de Proteção de Dados Pessoais, nº 13.709/18, e o Marco Civil da Internet, lei nº 12.965/14.

Dito isso, o presente trabalho foi dividido em três capítulos, os quais tecem, inicialmente, uma breve narrativa sobre os aspectos históricos, legislativos e doutrinários dos direitos da personalidade com ênfase no direito de imagem, em seguida adentra nas peculiaridades inerentes a *deepfake*, sua conceituação e como essa ferramenta se mostra uma ameaça à tutela do direito de imagem, para finalmente abordar os aspectos jurídicos relativos à responsabilização pelo uso indiscriminado dessa tecnologia e as dificuldades encontradas pelo Judiciário em função da mora do Legislativo, o qual se encontra em descompasso com o avanço tecnológico.

1. DIREITOS DA PERSONALIDADE: IMAGEM

O direito vai muito além da proteção daquilo que se pode ter fazer, dizer ou ser; e apesar de gramaticalmente soar de modo intuitivo, desde o direito romano os direitos da personalidade mantêm consigo discussões doutrinárias de grande relevância e, como será demonstrado, eles jamais deixarão de estar em pauta.

No Brasil, a despeito das discussões ao redor do mundo sobre a regulamentação do tema, o código civil de 1916 não apresentou nenhuma medida de tutela aos direitos da personalidade. Não obstante a grave omissão dos legisladores, os eventos que marcaram o século XX como as duas grandes guerras mundiais, o terrível holocausto nazista, crises, revoluções e a difusão de governos totalitários ao redor do mundo, em especial a experiência da ditadura militar no Brasil, mudaram a perspectiva.

Com o fim das guerras e a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 que reconheceu e disseminou pelo mundo que a “dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”⁴, houve um clamor irresistível pelas mudanças legislativas. O fato inspirou a Constituição cidadã de 1988 e inaugurou o capítulo II da Lei nº 10.406/2002, o código civil nacional vigente, estabelecendo proteção aos direitos da personalidade desde o art. 11 ao 21 do referido dispositivo infraconstitucional.

Fundamentando-nos pelas doutrinas de Maria Helena Diniz (2022, p.13) e Caio Mário Pereira (2022, p.205), pode-se dizer que os direitos da personalidade são dotados de vitaliciedade, o que significa que acompanham a pessoa ao longo de sua vida e em alguns casos após o fim dela. São ilimitados nas suas espécies, visto que a legislação existente não exaure taxativamente quais são os direitos da personalidade, e também são absolutos, ou seja, são oponíveis erga omnes, exigíveis perante o Estado e a sociedade.

Outra característica importante é que esses direitos são inatos, nascem com o ser humano, são inerentes a essa condição, e exalam extrapatrimonialidade, uma vez que não comportam avaliação pecuniária, o que conduz à compreensão de outras duas características, a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade, o que significa que os direitos da personalidade não são disponíveis, até os limites legais, para permutas, doações, vendas ou abdições, por isso são relativamente indisponíveis.

Por fim, destacam ainda os autores supracitados que os direitos da personalidade são imprescritíveis, não desaparecem com o decurso do tempo, visto que pertencem à própria personalidade. Contudo, delineado o gênero: direitos da personalidade. Resta observar quais seriam suas espécies e nesse ponto a doutrina diverge entre duas grandes correntes: a positivista e a naturalista.

Segundo a teoria positivista, são considerados direitos personalíssimos aqueles subjetivos, essenciais à condição humana e não exclusivamente inatos, em outros termos, essa corrente de pensamento restringe-se àqueles direitos que estão expressamente amparados no ordenamento jurídico pátrio e são dotados de imperatividade, trazendo um

⁴Preâmbulo da Declaração universal dos direitos humanos. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 07/09/2023.

conceito mais taxativo. Comunga desse pensamento o doutrinador Gustavo Tepedino (2023, pág. 151), o qual defende que “todos os direitos inatos são direitos da personalidade, embora nem todos os direitos da personalidade sejam inatos”, por essa razão não acredita que a visão derivada do jus naturalismo seja soberana, afinal, o direito positivo prevê direitos personalíssimos que não advêm necessariamente da gênese humana.

A teoria naturalista, por sua vez, adotada por Carlos Alberto Bittar (2015, pág.38), Caio Mário Pereira e outros autores, defende um prisma mais amplo acerca dos direitos da personalidade, o qual pode ser resumido pela crença de que o direito não é mais que a vida. Isto é, não se pode limitar esses direitos fundamentais aos termos legais positivados, afinal isso seria o mesmo que limitar a própria vida e os direitos a ela inerentes e dela provenientes ao longo do tempo.

Destarte, se os direitos da personalidade são aqueles inatos e intrínsecos à própria raça humana, não se pode esperar que, em um mundo repleto de mudanças sociais, o Legislativo esgote taxativamente todos os bens tutelados por essa classe de direitos nas normatizações pátrias, por essa razão a jurisprudência nacional, a doutrina e os costumes unem-se para adequar a nova demanda às garantias legais.

Diante do vasto rol de direitos da personalidade, há, em especial, uma classe que merece grande atenção, afinal nada é tão próprio do que a imagem que se transmite, nem tão distintivo. O direito de imagem está intrinsecamente relacionado à identidade e é um dos direitos mais ameaçados na nova era da informação por possuir centenas de formas de ser violado e poder suscitar consequências psicológicas, físicas, financeiras, dentre outras, tanto para a vítima da ofensa quanto a terceiros, ligados a ela ou não.

Imagem é uma palavra com múltiplos significados, no entanto, ao examinar especificamente o termo direito à imagem, podemos defini-lo como a proteção e as garantias sobre as características fenotípicas e comportamentais de um ser humano que o individualiza diante da coletividade.

Pode-se ainda dizer que é tudo aquilo que faz cada pessoa ser única e reconhecida por quem é, e não somente o conjunto de todos os seus atributos físicos (imagem-retrato) e sociais (imagem-atributo), na classificação de Maria Helena Diniz (2022, p.15). É

mister destacar também o conceito de imagem-voz, o qual une o direito sobre a voz ao direito de imagem, considerando aquele inerente a este, defendendo a hipótese de a voz constituir uma característica individualizadora da imagem e não serem direitos separados. Por exemplo, a voz de Galvão Bueno tem proteção como direito personalíssimo sob a égide do direito de imagem na categoria de imagem-voz por ser um atributo que remete à imagem tão famosa do inconfundível locutor de esportes.

Preconiza a Constituição da República em seu art. 5º X que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, sendo o dano moral proveniente do uso indevido da imagem alheia *in re ipsa*, ou seja, presumido, não sendo necessário fazer prova de consequências à moral e à honra, e reforça o código civil atual em seu art. 12: “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

Além dessas duas normas civis, o código penal, no art. 216-B e no art. 218-C, tipifica como crime diversos verbos relativos a manipulação de conteúdos de caráter libidinoso adulto ou infantil.

Em suma, percebe-se que os direitos da personalidade vêm sendo discutidos há séculos e os debates nunca terão fim, porque a mutabilidade humana é perene e as novas demandas renovam-se diariamente. Sob a ótica da era da informatização, o direito personalíssimo de imagem pode ser considerado um dos mais importantes e mais vulneráveis, visto que carece de constante atualização legislativa em função dos adventos diários de novas modalidades de violação. Afinal, embora o ordenamento jurídico pátrio preveja sua proteção, o universo cibernético não parece ser tão tangível.

2. O FENÔMENO DA DEEPPFAKE

A inteligência artificial pode ser estudada a partir de parâmetros que podem ser divididos em início, meio e sem fim, afinal, não há limites atualmente imagináveis para o progresso digital. Saber onde estamos é um fato notório, mas para onde vamos é um questionamento que há séculos intriga e gera discussões políticas, religiosas, filosóficas, ambientais e agora, mais do que nunca, tecnológicas.

O termo Deepfake tem seu significado fundado em duas palavras da língua inglesa. Deep quer dizer “profundo” e, na expressão abordada, faz menção à expressão deep learning, a qual consiste em uma abordagem da Machine learning (aprendizagem de máquinas) que, nas palavras de Martha Gabriel (2022, p.86):

Utiliza algoritmos de redes neurais artificiais, aprofundando o processamento em camadas de neurônios artificiais para resolver problemas mais complexos, aproximando-se mais do que entendemos por ‘pensamento’ humano.

O vocábulo “*fake*”, por sua vez, popularmente conhecido, significa “falso” e, como o próprio nome sugere, é criado para induzir ao erro. Em outros termos, pode-se dizer, parafraseando Aristóteles, que “a tecnologia imita a vida”.

Deepfake é a ciência realizando-se na inteligência artificial, a qual almeja o processo de aprendizado e reprodução humana, e por meio da análise de fotos, vídeos e/ou áudios, que posteriormente serão fundidos, combinados, substituídos ou sobrepostos, capaz de criar imagens que nunca aconteceram, bastando, de forma amadora, um acervo desses dados que serão analisados por um aplicativo de celular, que atualmente pode ser baixado na maioria dos aparelhos portáteis.

Importa comparar, por via de ilustração que, enquanto as *fake news* podem ser entendidas como uma ameaça ideológica e subjetiva, as deepfakes constituem um intento mais incisivo, com efeitos propriamente materiais, afinal, a manipulação da imagem alheia reproduzindo uma determinada atitude, ou até mesmo uma fala, causa um impacto maior do que simplesmente escrever ou falar nos veículos de comunicação que um terceiro disse ou fez algo. Nas palavras de Magaly Prado (2021, p. 47):

Como um extremo das fakenews na era cibernética, sucedeu-se um paroxismo: o tipo de fake news no formato de vídeo, a chamada deepfake (DF), tecnicamente mais complicada de produzir. Nela, como em qualquer material videofônico, une-se o texto, a imagem (estática ou em movimento) e o áudio. Editam-se de forma a deturpar, tirar do contexto, degenerar etc., na intenção maior de provocar ainda mais a já instalada desordem informacional. (...) Desse modo, transitaram entre os formatos que deterioram e confundem a audiência, junto à qual as fakenews superabundam para se unir ao obscurantismo comunicacional e a todo desvio e riscos que ele causa.

A doutrina jurídica atual já esboça uma preocupação com a propagação das *deepfakes* e seus efeitos na sociedade que impactam diretamente na garantia de direitos fundamentais, evidenciando que o Legislativo e o Judiciário têm um grande desafio a ser enfrentado nos próximos anos. Para Gustavo Tepedino (2023, p.170):

A reconstrução digital da imagem, por seu turno, com o recurso da Inteligência Artificial, permite a criação das chamadas *deepfakes*, descritas como “a manipulação digital de som, imagens ou vídeo para imitar alguém ou fazer parecer que a pessoa fez alguma coisa – e fazer isso de uma maneira que seja cada vez mais realística, a ponto de um observador desavisado não conseguir detectar a falsificação”. A possibilidade de forjar digitalmente a imagem da pessoa humana, em suas múltiplas projeções, mesmo após a morte do retratado, consiste em enorme desafio ao legislador e à jurisprudência, com a assustadora recriação póstuma da imagem de pessoa já falecida e consequente difusão, como sua, de ideias, conceitos e posicionamentos falsos.

Dito isso, é imperioso destacar eventos recentes que trouxeram as *deepfakes* para os holofotes: primeiro o discurso de Barack Obama em 2018, considerado a *deepfake* das *deepfakes*, em que um ator usou a tecnologia para imitar e dublar o ex-presidente americano como forma de alertar sobre a propagação da inteligência artificial. Em seguida, no Brasil, destaca-se o vídeo da jornalista Renata Vasconcellos no Jornal Nacional da Rede Globo que viralizou em 2022 na *internet* apresentando a pesquisa eleitoral presidencial com dados inverídicos.

Com o uso das mesmas ferramentas a Volkswagen do Brasil, em comemoração aos seus setenta anos em 2023, trouxe uma propaganda inovadora com o slogan “O Novo Veio de Novo”⁵ onde aparecem as cantoras Ellis Regina, falecida na década de 80 e Maria Rita, mãe e filha, cantando e dirigindo como se estivessem ambas, presentes na gravação. O fato foi levado ao CONAR - Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária, mas restou arquivado após ser constatado que não houve violação à imagem da falecida cantora. Diante da notoriedade desse fato, atualmente tramita na Câmara Legislativa Federal o Projeto de Lei 3608/2023⁶, o qual propõe que haja consentimento dos herdeiros do falecido para que sua imagem seja usada em *deepfakes*.

⁵Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=aM154-kqphE>. Acesso em 08/10/2023.

⁶ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2374333>. Acesso em: 08/10/2023.

Ao contrassenso do que o complexo de vira-lata⁷ nos faz crer, esse tipo de apelo não é encontrado somente no Brasil, outros países também temem o avanço das *deepfakes* e protestam pela regulamentação do seu direito de imagem, nessa hipótese cita-se a recente greve do SAG-AFTRA⁸.

A associação de roteiristas (WAG) e o sindicato de atores dos Estados Unidos (SAG-AFTRA) entraram em greve em julho de 2023 reivindicando mudanças contratuais no tocante a dois principais pontos. Primeiro as remunerações, tendo em vista que o crescimento exponencial dos *streamings* não tem gerado *royalties* para os atores e roteiristas como era anteriormente à existência das plataformas, em que havia pagamento residual por reprises. Em segundo lugar, o sindicato pede pela regulamentação do uso da inteligência artificial na indústria cinematográfica. Com o vasto acervo de imagens à disposição na internet, os atores buscam que os estúdios negociem com os próprios artistas o uso de suas imagens com o auxílio da inteligência artificial a fim de coibir a violação desse direito da personalidade e evitar o enriquecimento ilícito dos estúdios sem remunerar os atores.

Nesse sentido, prevendo um futuro dominado pela tecnologia, já existem artistas que estabeleceram cláusulas testamentárias restringindo o uso de sua imagem por inteligência artificial *post mortem*⁹, é o caso de Whoopi Goldberg, a cantora e atriz Maddona e Robin Williams. Casos como esses tendem a ser cada vez mais comuns se não houver previsão legal específica sobre o tema.

Destarte, é possível depreender que, desde o advento das pinturas de retrato até as fotografias como conhecemos atualmente, sempre se pressupôs um elemento que atualmente é negligenciado: o consentimento. Hoje em dia, com um aplicativo de celular e algumas unidades de imagens de uma pessoa, é possível criar eventos que nunca aconteceram e, embora a probabilidade da procedência de um evento seja ínfima, podendo-se até dizer inexistente, com o auxílio da inteligência artificial e as chamadas *deepfakes*, tudo é possível. Por isso se faz necessário ter regras mais contundentes sobre

⁷ Disponível em <https://www.brasilparalelo.com.br/artigos/complexo-de-vira-lata-a-sindrome-do-brasileiro-segundo-nelson-rodrigues>. Acesso em 17/10/2023.

⁸ Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/entretenimento/entenda-o-que-acontece-com-hollywood-com-a-greve-de-atores-e-roteiristas/>. Acesso em 31/10/2023.

⁹ Disponível em <https://tecnoblog.net/noticias/2023/07/14/atores-em-greve-acusam-hollywood-de-querer-criar-replicas-deles-usando-ia/>. Acesso em 08/10/2023.

a proibição do uso irrestrito da imagem alheia, a responsabilidade daqueles que utilizam essas ferramentas a fim de coibir reincidências, fazer cessar o ato danoso e indenizar as vítimas.

3. RANKING DA DEEPFAKE E A RESPONSABILIZAÇÃO

Quem nunca marcou a opção “li e concordo com os termos de uso” sem sequer saber do que se trata? Manuais éticos e regras de manuseio não possuem muita adesão no meio digital, em especial pela insuficiente supervisão dos provedores sobre aquilo que é publicado na *internet*, por isso, nesse cenário, impera a insegurança e reina a desregulamentação perante o olhar distante da fiscalização.

Hodiernamente é notório, e os dados apontam, que a popularidade e a facilidade de acesso às ferramentas de inteligência artificial, especialmente a *deepfake*, tornou o que poderia ser usado para os mais diversos, lícitos e educativos fins, em uma arma de desinformação e instrumento materializador, na maioria das vezes, da dissimulada criatividade humana.

No ano de 2019, a companhia de cibersegurança Amsterdã “*Deep Trace*”, a qual tem como missão proteger indivíduos e organizações contra os impactos da mídia sintética gerada pela inteligência artificial, publicou um estudo intitulado “*The State of Deepfakes: Landscape, Threats, and impact*”¹⁰, alertando os leitores sobre riscos iminentes do uso sem precedentes dessa tecnologia ao apresentar os índices coletados sobre a sua utilização.

Segundo a pesquisa, estima-se que o número de vídeos sintéticos, ou seja, forjados por inteligência artificial, dobra a cada seis meses. Além disso, 96% dos vídeos adulterados por essa ferramenta têm cunho pornográfico e oito entre os dez maiores sites de conteúdo adulto utilizam essa tecnologia, sendo que nesses casos as mulheres são vítimas 100% das vezes.

Quando o conteúdo, não necessariamente destinado ao público adulto, é manipulado para publicação no *Youtube* os homens são alvos majoritários, devendo ressaltar que a proporção de incidência é de 61% para 39% entre os sexos. Ainda nesse

¹⁰ Disponível em https://regmedia.co.uk/2019/10/08/deepfake_report.pdf. Acesso em 08/10/2023.

sentido, insta salientar que o objeto da pesquisa amsterdã foram as *deepfakes* de caráter difamatório, assim, constatou-se que a maior parte das vítimas são famosos do ramo do entretenimento, tanto nos sites pornográficos quanto no *Youtube*, sendo que, nessa última conjectura, os políticos também costumam ser grandes alvos. Salienta-se ainda no estudo que, à época da pesquisa, os alvos eram, principalmente, personalidades dos Estados Unidos, Inglaterra e Coréia do Sul.

Como é cediço, o direito de imagem está sob constante risco e as redes sociais, bem como *websites* e demais veículos de informação, não possuem um filtro efetivo para analisar a verossimilhança de todas as publicações à disposição, o que fomenta a propagação e perpetuação de conteúdos falsos. Ainda nesse sentido, no ordenamento jurídico pátrio, paira a carência por normas mais específicas que regulem efetivamente o uso de dados alheios.

Não obstante a falta de especificidade, neste momento pode ser encontrada previsões, dispersas pelo ordenamento, acerca da proteção da informação alheia, por exemplo, na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018, alterada pela Lei 13.853/2019); no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990); na Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997); no Código Civil (Lei nº 10.406/2002); na Lei do Cadastro Positivo (Lei 12.414/2011); na Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011); e no Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014).

Além disso, não se pode olvidar as normas Constitucionais sobre a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (artigo 5º, X), o habeas data (artigo 5º, LXXII), o direito ao sigilo de comunicações (artigo 5º, XII), e a recente Emenda Constitucional nº 115/2022, a qual incluiu no rol dos direitos fundamentais do art. 5º da Carta Magna o inciso LXXIX, segundo o qual: “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”. Cumpre ainda destacar que a referida Emenda ainda acrescentou novos incisos aos arts. 21 e 22 da CF/88, conferindo, respectivamente, à União a competência de organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, e de legislar privativamente sobre proteção e tratamento de dados pessoais.

O tema, no Brasil, é atualmente gerido de forma mais completa pela lei geral de proteção de dados pessoais nº 13.709/2018, ou LGPD, a qual foi inspirada no GDPR, ou

general data protection regulation, o regulamento sobre a proteção de dados que é aplicado na União Europeia. Para Gustavo Tepedino (2023, p.177):

O impacto da LGPD será sentido nos mais diversos setores da sociedade, trazendo direitos aos titulares e deveres e responsabilidades aos agentes de tratamento. Todos terão que se adaptar a uma nova cultura de tutela dos dados pessoais, cabendo à doutrina, ao Judiciário e à autoridade nacional de proteção de dados harmonizarem a interpretação e a aplicação da Lei.

A referida lei, datada de 2018, inova sobre as antigas previsões do Marco civil da *internet*, que entrou em vigor em 2014, e embora o tempo entre elas tenha sido razoável, ou seja, breve no tocante às atualizações, essencialmente ao comparar com outros assuntos que carecem de normatização e costumam levar mais tempo para serem desenvolvidos ou atualizados, nota-se que a regra mais recente também já se encontra obsoleta diante da imperiosa ascensão da inteligência artificial. Assinala Tepedino (2023, p.168):

A possibilidade de forjar digitalmente a imagem da pessoa humana, em suas múltiplas projeções, mesmo após a morte do retratado, consiste em enorme desafio ao legislador e à jurisprudência, com a assustadora recriação póstuma da imagem de pessoa já falecida e consequente difusão, como sua, de ideias, conceitos e posicionamentos falsos.

Felizmente, a partir do PL nº 21/2020 de autoria do Deputado Eduardo Bismarck do PDT-CE, que visava à criação do Marco Legal do Desenvolvimento e Uso da Inteligência Artificial, as discussões a respeito do tema se intensificaram e, em 2022, o Senado Federal criou uma comissão temporária de juristas nomeada CJSUBIA, a qual seria responsável por subsidiar a elaboração da minuta do substitutivo a partir dos projetos de lei (PLs) 5.051/2019, de autoria do Senador Styvenson Valentim (Podemos-RN); 21/2020, do Deputado Eduardo Bismarck (PDT-CE); e 872/2021, do Senador Veneziano Vital do Rêgo (MDB-PB).

A CJSUBIA concluiu seu trabalho em maio de 2023 com a criação de um anteprojeto de lei que foi convertido no PL nº 2.338/2023, apresentado pelo Senador Rodrigo Pacheco, Presidente do Senado, cujo teor estabelecer princípios, regras, diretrizes e fundamentos para regular o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil.

Nas palavras do chefe do senado em sua justificativa sobre o projeto de Lei nº 2.338/2023¹¹ (p. 29 e 30):

O projeto tem um duplo objetivo. De um lado, estabelece direitos para proteção do elo mais vulnerável em questão, a pessoa natural que já é diariamente impactada por sistemas de inteligência artificial, desde a recomendação de conteúdo e direcionamento de publicidade na Internet até a sua análise de elegibilidade para tomada de crédito e para determinadas políticas públicas. De outro lado, ao dispor de ferramentas de governança e de um arranjo institucional de fiscalização e supervisão, cria condições de previsibilidade acerca da sua interpretação e, em última análise, segurança jurídica para inovação e o desenvolvimento tecnológico. (...) O texto ainda aborda as regras de responsabilização civil envolvendo sistemas de inteligência artificial, definindo inclusive as hipóteses em que os responsáveis por seu desenvolvimento e utilização não serão responsabilizados.

Dito isso, resta claro que existe uma preocupação com a urgente necessidade de definir regras para o uso da inteligência artificial no Brasil, o que se denota com o contingente de projetos de lei propostos sobre o assunto e as normas já presentes no ordenamento. Afinal, a nova tecnologia tem grande potencial benéfico, o que elevará o desenvolvimento da sociedade em diversos aspectos, promovendo o tratamento de dados pessoais respeitando, nos termos do art. 6º da LGPD, a boa-fé e os princípios expressos como finalidade, adequação, necessidade, transparência, segurança, responsabilização e prestação de contas etc.

Com o entusiasmo das redes sociais, que diariamente são bombardeadas por milhões de fotos, vídeos e áudios de milhões de pessoas ao redor do mundo, cresce a quantidade de material à disposição para manipulação, por essa razão, outros Estados ao redor do mundo já têm promovido discussões sobre o tema para proteger juridicamente seus cidadãos contra essa espécie de violação cibernética.

Por exemplo, a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), entidade que inclui os países mais ricos do mundo, no ano de 2019 anunciou princípios éticos para a administração responsável e o desenvolvimento de IA que devem

¹¹ Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233> acesso em 02/11/2023.

ser promovidos e implementados pelos aderentes, sendo o Brasil um dos 42 signatários do documento¹².

O Congresso dos Estados Unidos, em dezembro de 2018, enveredou rumo a criação do projeto de lei chamado *Malicious DeepFake Prohibition*¹³, o qual, embora siga sendo discutido, visa tornar crime criar ou distribuir *deepfakes* de caráter ilegal. O governo Chinês, por sua vez, já criou medidas para o uso de serviços de inteligência artificial generativa (*Measures for the Management of Generative Artificial Intelligence Services*)¹⁴, que exige como propõe os EUA, que as mídias adulteradas sejam identificadas com marca d'água para que as pessoas possam saber desde logo que se trata de imagem criada por IA.

A União Europeia, apesar de ter a GDPR, que inspirou a LGPD brasileira, também continua discutindo o tema, e criou uma nova regulamentação: *The Artificial Intelligence Act*¹⁵, a qual estipula três diferentes níveis de risco para cada tipo de inteligência artificial, maiores padrões de privacidade, leis de transparência mais rígidas e multas mais altas quando não respeitados os termos de uso. Ademais, ainda prevê que sistemas de IA devem ser supervisionados por pessoas, ao invés de serem automatizados e geridos por *bots*, no intuito de evitar resultados prejudiciais.

O fato é que a previsão é fácil, ou seja, conquanto a apuração da materialidade da violação à imagem de terceiro no meio digital seja evidente de perceber, tendo em vista que o acesso às informações que permeiam a internet é incondicionado, a autoria do delito pode ser difícil de ser apurada, especialmente em uma era em que as informações circulam em alta velocidade e há um *oversharing*, ou seja, um crescente número de postagens e um massivo compartilhamento.

Nessa perspectiva, mascara-se a verdadeira autoria, e questiona-se quem são os agentes que possuem gerência sobre aquela violação, traçando, desse modo, as tendências

¹² Disponível em <https://oecd.ai/en/ai-principles>. Acesso em 02/11/2023.

¹³ Disponível em <https://www.govtrack.us/congress/bills/115/s3805/text/is>. Acesso em 02/11/2023.

¹⁴ Disponível em <https://digichina.stanford.edu/work/translation-measures-for-the-management-of-generative-artificial-intelligence-services-draft-for-comment-april-2023/>. Acesso em 02/11/2023.

¹⁵ Disponível em <https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence> acesso em 02/11/2023.

da responsabilidade desde os perfis de internautas que compartilham as imagens até o provedor daquele sítio na rede em que foi veiculada a informação falsa.

Nessa ótica já afirma Carlos Alberto Gonçalves (2023, p. 48) em seu livro de responsabilidade civil no capítulo sobre meios eletrônicos: “havendo ofensa à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, podem ser responsabilizados não somente os autores da ofensa como também os que contribuíram para a sua divulgação”.

Logo, diante da autoria dúbia ou plúrima, como é possível sancionar quem deu causa ao dano e fazer cessar a lesão? Antes de compreender como funciona a administração das *deepfakes* no meio digital, é preciso observar e aclamar a previsão do art. 5º da LGPD que traz conceitos fundamentais para interpretar a norma e entender como a lei brasileira tutela o assunto.

Em síntese, a lei prevê que o uso (tratamento) por terceiro, seja esta pessoa jurídica ou física (agentes de tratamento: operador ou controlador), de informações pessoais de pessoa natural (titular) como, por exemplo: nome, imagem e opiniões (dados pessoais, sensíveis ou anonimizados), ainda que disponíveis à livre acesso em algum lugar (banco de dados), física ou digitalmente, sem o consentimento da pessoa a que pertencem, conferem direito ao titular dos dados para promover a suspensão ou exclusão (bloqueio e eliminação) daquele conteúdo tratado.

No que diz respeito à responsabilidade, a LGPD assevera no seu art. 31 que na hipótese de órgãos públicos infringirem a lei em decorrência do tratamento de dados pessoais, a autoridade nacional, ou seja, o órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da LGPD em todo o território nacional, poderá enviar informe com medidas cabíveis para fazer cessar a violação, sem prejuízo das medidas judiciais cabíveis para tanto.

De outro modo, se o dano deriva de ato de pessoa física ou jurídica de direito privado, aplica-se, por analogia, a súmula 221 do STJ: “são civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”, portanto, no meio digital, os operadores, controladores e provedores são responsáveis, inclusive solidariamente, mas quem são esses?

No que tange os controladores e operadores, ou seja, aqueles que exercem os verbos da definição de tratamento de dados, conforme esclarece o art. 5º da LGPD, atenta-se a redação do art. 42 da mesma lei, *in verbis*:

Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo. § 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados: I - o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei; II - os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei.

Só não haverá responsabilização nos casos que a lei prevê, são eles:

Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem: I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

Há, por fim, a figura dos provedores. Conforme discorre Carlos Roberto Gonçalves (2023, p.48) em seu livro sobre responsabilidade:

A propósito, preleciona Antônio Jeová Santos que é objetiva a responsabilidade do provedor, quando se trata da hipótese de *information providers*, em que incorpora a página ou o *site*, pois, “uma vez que aloja a informação transmitida pelo site ou página, assume o risco de eventual ataque a direito personalíssimo de terceiro”. A responsabilidade é estendida – prossegue – “tanto aos conteúdos próprios como aos conteúdos de terceiros, aqui estabelecidos como diretos e indiretos, respectivamente. Quando ocorre o conteúdo próprio ou direto, os provedores são os autores. As notas ou artigos foram elaborados pelo pessoal da empresa que administra o provedor. A respeito dos conteúdos de terceiros ou indiretos, também são responsáveis em forma objetiva, já que antes de realizar o link a outra página ou site, necessariamente, teve que ser analisada e estudada. De maneira tal que, ao eleger livremente a incorporação do link, necessariamente tem que ser responsável por isso”. (...) No tocante à *Internet servisse providers* e ao *hosting service providers*, reconhece Antonio Jeová Santos que o assunto encontra-se inçado de dificuldades.

No seu entender, a responsabilidade de quem explora esses tipos de serviços será sempre subjetiva. No primeiro, há apenas a entrega de serviço para possibilitar a conexão à Internet, ao passo que o *hosting servisse providers* tem como função abrigar (hospedagem) sites e páginas, atuando como hospedeiro tecnológico virtual. Não há interferência no conteúdo que o usuário coloca na página ou site. Para o mencionado doutrinador, a responsabilidade dos provedores, nesses casos, somente ocorrerá se atuarem com alguma modalidade de culpa, quando, por exemplo, são informados de que “algum site ou página está veiculando algum fato antijurídico e infamante e nada fazem para coibir o abuso. A responsabilidade decorre do fato de que, alertados sobre o fato, preferem manter a página ou site ofensivo. Se não derem baixa, estarão atuando com evidente culpa e sua responsabilidade é solidária com o dono da página ou sítio”.

Assim, o doutrinador mencionado pelo autor citado, divide os provedores em três tipos diferentes:

1. *Information providers.*

Essa espécie de provedores tem responsabilidade plena, objetiva, por todos os conteúdos publicados, pois tem ciência deles e controle sobre as postagens *elinks* que são realizados entre a sua página e outras na *internet*, ou seja, assumem o risco de produzir aquele dano conscientemente.

2. *Internet service providers.*

São as concessionárias que prestam serviços que permitem o acesso à rede nos aparelhos eletrônicos. É a operadora ou empresa que somente fornece acesso à *internet* aos demais provedores e usuários, devendo ressaltar que não são responsabilizadas, posto que não há gerência sobre conteúdos, apenas prestação de um serviço.

3. *Hosting service providers.*

Aqui estão os hospedeiros, são os administradores de redes sociais e as *big techs*, por exemplo. Nesse caso a responsabilidade é subjetiva, ocorrerá desde que tenham sido notificados, judicialmente, pelo próprio ofendido ou seu representante, do conteúdo ilícito que estão veiculando e estiverem em mora quanto à tomada de providências para interromper a propagação daquele dano.

Deve ser destacado que o Marco Civil da internet também estabelece essa diferenciação para o ordenamento jurídico pátrio quando trata da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros:

Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Art. 19. 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. (...).

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Outrossim, com vista a aumentar o espectro de atuação contra notícias falsas e *deepfakes* de modo a promover uma maior autonomia dos *Hosting service providers* sobre os conteúdos publicados por seus usuários, o Supremo Tribunal Federal, em via de repercussão geral no Recurso Extraordinário (RE) 1057258, desenvolveu o seguinte tema: Tema 533 do STF: Dever de empresa hospedeira de sítio na internet fiscalizar o conteúdo publicado e de retirá-lo do ar quando considerado ofensivo, sem intervenção do Judiciário.

Ainda nesse sentido, no Recurso Extraordinário (RE) 1037396 discute-se a constitucionalidade da exigência legal de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil dos *Hosting servisse providers*.

Tema 987 do STF: Discussão sobre a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que determina a necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros.

Reforça-se que enquanto os temas seguem sendo discutido, atualmente o STJ entende que não é possível impor ao provedor de internet que monitore o conteúdo produzido pelos usuários da rede, de modo a impedir, ou censurar previamente, futuras manifestações ofensivas, salvos os casos em que as publicações envolvam conteúdo pornográfico, nos termos do art. 6º da LGPD, ou imagens de menores, vide os julgados a seguir.

DIREITO CIVIL INFANTOJUVENIL E TELEMÁTICO. PROVEDOR DE APLICAÇÃO. REDE SOCIAL. DANOS MORAIS E À IMAGEM. PUBLICAÇÃO OFENSIVA. CONTEÚDO ENVOLVENDO MENOR DE IDADE. RETIRADA. ORDEM JUDICIAL. DESNECESSIDADE. PROTEÇÃO INTEGRAL. DEVER DE TODA A SOCIEDADE. OMISSÃO RELEVANTE. RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA. 1. O Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 18) e a Constituição Federal (art. 227) impõem como dever de toda a sociedade, zelar pela dignidade da criança e do adolescente, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, com a finalidade, inclusive, de evitar qualquer tipo de tratamento vexatório ou constrangedor. 1.1. As leis projetivas do direito da infância e da adolescência possuem natureza especialíssima, pertencendo à categoria de diploma legal que se propaga por todas as demais normas, com a função de proteger sujeitos específicos, ainda que também estejam sob a tutela de outras leis especiais. 1.2. Para atender ao princípio da proteção integral consagrado no direito infanto juvenil, é dever do provedor de aplicação na rede mundial de computadores (Internet) proceder à retirada de conteúdo envolvendo menor de idade - relacionado à acusação de que seu genitor havia praticado crimes de natureza sexual - logo após ser formalmente comunicado da publicação ofensiva, independentemente de ordem judicial. 2. O provedor de aplicação que, após notificado, nega-se a excluir publicação ofensiva envolvendo menor de idade, deve ser responsabilizado civilmente, cabendo impor-lhe o pagamento de indenização pelos danos morais causados à vítima da ofensa. 2.1. A responsabilidade civil, em tal circunstância, deve ser analisada sob o enfoque da relevante omissão de sua conduta, pois deixou de adotar providências que, indubitavelmente sob seu alcance, minimizariam os efeitos do ato danoso praticado por terceiro, o que era seu dever. 2.2. Nesses termos, afigura-se insuficiente a aplicação isolada do art. 19 da Lei Federal n. 12.965/2014, o qual, interpretado à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, não impede a responsabilização do provedor de serviços por outras formas de atos ilícitos, que não se limitam ao descumprimento da ordem judicial a que se refere o dispositivo da lei especial. 3. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ - REsp: 1783269 MG 2017/0262755-5, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS

FERREIRA, Data de Julgamento: 14/12/2021, T4 - QUARTA TURMA
Data de Publicação: DJe 18/02/2022)¹⁶.

EMENTA: RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CRIAÇÃO DE PERFIL FALSO EM REDE SOCIAL EM NOME DA AUTORA RECORRENTE. ARTIGO 19, § 1º, LEI Nº 12.965/2014 (MARCO CIVIL DA INTERNET). NECESSIDADE DE PRÉVIA ORDEM JUDICIAL. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR PELO CONTEÚDO INSERIDO PELO USUÁRIO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Trata-se de criação de perfil falso junto ao Aplicativo Instagram, utilizando-se das imagens e dados pessoais da autora. O mencionado aplicativo é administrado pelo Facebook, ora recorrido. A autora pediu a exclusão da conta criada e o arbitramento de indenização por danos morais, considerado os prejuízos sofridos, já que, na página falsa, foram postados comentários ofensivos à sua imagem e honra. O juízo de origem julgou parcialmente procedente o pedido inicial para, mantendo a tutela concedida, determinar a remoção definitiva do perfil indicado, mas julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais, por entender que, a recorrida cumpriu a determinação judicial e removeu o perfil falso e declarou ausentes os elementos probatórios sobre a prática de ato ilícito pela reclamada, portanto não há que se falar em dano moral. 2. Os fatos ocorreram sob a égide da Lei nº 12.965/2014, aplicável ao caso em tela para fins de análise de responsabilidade da empresa recorrida. Dispõe o artigo 19 da referida Lei? Art. 19. 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. Nos autos, restou devidamente demonstrado que o Facebook cumpriu a ordem judicial emanada, retirando o perfil do Aplicativo Instagram e conseqüente rede mundial de computadores, o que afasta qualquer responsabilidade para fins de reparação por dano moral. 3. Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que: “Não se pode impor ao provedor de internet que monitore o conteúdo produzido pelos usuários da rede, de modo a impedir, ou censurar previamente, a divulgação de futuras manifestações ofensivas contra determinado indivíduo”. (REsp 1568935/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016). Ainda: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA E COMINATÓRIA. EXCLUSÃO DE PERFIL ALEGADAMENTE FALSO DO FACEBOOK. NECESSIDADE DE PRÉVIA ORDEM JUDICIAL. ART. 19, §º 1º, DA LEI Nº 12.965/2014 (MARCO CIVIL DA INTERNET). AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR DE APLICAÇÕES. DEVER DE INDENIZAR NÃO

¹⁶ Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1385461792> acesso em 07/11/2023.

CONFIGURADO. Trata-se de ação de obrigação de fazer combinada com indenização por danos morais, através da qual a parte autora postula indenização em razão da não desativação da página, contendo perfil falso, julgada parcialmente procedente na origem. Segundo artigo 19 da Lei nº 12.965/2014 da Lei do Marco Civil da Internet, o provedor de aplicações de internet só pode ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não adotar medidas para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo que lhe for assinado, tornar indisponível o conteúdo apontado. No caso dos autos, a parte requerida procedeu ao cumprimento da determinação judicial, conforme documento de fl. 85 dos autos, não restando minimamente comprovada a alegação da parte recorrente quanto à demora da retirada do perfil falso, não se desincumbindo minimamente a autora do ônus que lhe recaia, nos termos do artigo 373, inciso I do CPC. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível, Nº 70083274449, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em: 20/02/2020). 4. Não se pode impor ao provedor de internet que monitore o conteúdo produzido pelos usuários da rede, de modo a impedir, ou censurar previamente, a divulgação de futuras manifestações ofensivas contra determinado indivíduo. 5. Havendo a exclusão do perfil falso após determinação judicial e ante a ausência da prática de ato ilícito, não há que se falar em reparação por danos morais. 6. Recurso conhecido e improvido, mantendo-se a sentença de origem. 7. Sem custas e honorários. (TJ-GO - RI: 56078829820218090135 QUIRINÓPOLIS, Relator: Pedro Silva Correa, 4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais, Data de Publicação: 22/08/2022).¹⁷

Analisadas as figuras dos operadores, controladores e provedores, não se pode olvidar que entes públicos e internautas, ou seja, os usuários de *websites* e redes sociais, também são responsáveis pelos danos decorrentes do tratamento ilegal de dados, objetiva ou subjetivamente observado cada caso, nos limites estabelecidos pela legislação vigente.

Seja qual for à hipótese de violação ou seu agente, cabe primordialmente ao próprio lesado buscar a tutela jurisdicional para ver assegurado, no caso das *deepfakes*, seu direito de imagem, fazendo cessar a lesão e sendo indenizado. Apesar da tutela coercitiva do Judiciário, a lei assegura o direito de informar extrajudicialmente o dano ao provedor em casos de materiais de cunho pornográfico e/ou que exponham menores de idade.

A jurisprudência brasileira atual ainda não apreciou casos específicos de *deepfake*, mas aquilo que se aplica a publicação de *fakenews*, criação de perfis falsos para prática de estelionato ou intuito meramente difamatório, publicação da imagem de terceiros e

¹⁷ Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-go/1860560697>. Acesso em 07 /11/2023.

entre outras situações como essas, aplicam-se por equiparação à manipulação de imagens por meio de ferramentas de inteligência artificial, por exemplo, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DO CONSUMIDOR. BLOQUEIO DE PERFIL FALSO NA REDE SOCIAL. INSTAGRAM. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DA FOTO DA AGRAVADA. ALEGAÇÃO DA NECESSIDADE DO FORNECIMENTO DO URL. REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA PROVISÓRIA PREENCHIDOS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. A análise do agravo interposto está adstrita a verificação se estão presentes os requisitos da tutela provisória de urgência para a manutenção ou não da decisão agravada. Requisitos para a concessão da tutela configurados. Os elementos nos autos corroboram a plausibilidade das alegações contidas na petição inicial de que houve a criação de perfil falso com a utilização de foto da agravada. Somado a isso, o agravante não apresentou prova de que a conta questionada não utiliza a foto da agravada no seu perfil. A manutenção de perfil falso e, portanto, ilegal, com a foto da agravada tem o potencial de causar inúmeros prejuízos, pois o usuário, ao se passar por outra pessoa, pode realizar atos ou fazer comentários que venham a repercutir negativamente na esfera íntima da agravada, ofendendo a sua honra e a dignidade. Conhecimento e desprovimento do recurso. (TJ-RJ - AI: 00475510520228190000 202200265441, Relator: Des (a). ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA, Data de Julgamento: 09/12/2022, SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 13/12/2022)¹⁸.

As *deepfakes* são uma ameaça real e tornam-se cada dia mais presentes e comuns no nosso cotidiano, a facilidade no seu manuseio e sua vasta capacidade criativa são atrativos para o público em geral que se vê instigado pelos mais diversos motivos.

A problemática das normas atualmente em vigor é não prever, e até nem conseguir dimensionar, outra hipótese de defesa para essa espécie de violação, o que pode gerar efeitos desastrosos, pois deturpar uma imagem pode significar destruir uma vida. O fato é que os Poderes se veem constantemente na dúvida, equilibrando o direito de imagem e direito de informação, pois ao mesmo tempo querem proteger o direito de imagem, não querem promover a censura.

¹⁸ Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/1726325245>. Acesso em 07/11/2023.

Além disso, a morosidade do Judiciário faz com que as imagens falsas permaneçam em circulação na *internet* até que alguma providência seja tomada dentro de infundáveis prazos e em competição com outras demandas.

No entanto, ainda é dever do Estado promover a segurança dos direitos que podem vir a ser afetados pelo avanço tecnológico, em especial o direito de imagem, na medida em que se percebe diariamente a rápida automatização de todas as atividades realizadas pelo homem e quiçá da sua própria humanidade, afastando os indivíduos daquilo que os fazem ser o eu são: pessoas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como é sabido, o direito de imagem está sob constante ameaça e atualmente a legislação não supre todas as hipóteses para exaurir o tema. O problema está na rápida propagação dos recursos de *deepfake* e na facilidade de sua utilização, o que tem permitido seu uso para todas as finalidades, enquanto o avanço legislativo caminha a “passos de formiga e sem vontade”, como o cantor Lulu Santos descreve em “Assim caminha a humanidade”¹⁹.

A ascensão da tecnologia de *deepfake* trouxe consigo uma série de desafios e questões preocupantes no que diz respeito ao direito de imagem. Esta monografia explorou os diversos impactos dessa tecnologia no contexto legal, social e ético.

Os *deepfakes* representam uma ameaça real para o direito de imagem, uma vez que podem facilmente criar conteúdo visual altamente convincente e falso, levando a situações de difamação, falsificação e invasão de privacidade. A natureza enganosa desses vídeos torna difícil a identificação e a responsabilização dos criadores, o que coloca em risco a reputação e a integridade de indivíduos.

Além disso, os *deepfakes* levantam questões complexas sobre o equilíbrio entre a liberdade de expressão e a proteção do direito de imagem. A legislação existente muitas vezes não está preparada para lidar com essa nova forma de manipulação de mídia, o que requer a revisão e a atualização das leis para enfrentar esse desafio em constante evolução.

¹⁹Disponível em <https://www.lettras.mus.br/lulu-santos/35065/>. Acesso em 02/11/2023.

É essencial que sejam tomadas medidas para combater os abusos dos *deepfakes* e proteger o direito de imagem das pessoas. Isso pode incluir o fortalecimento das leis de difamação, a implementação de regulamentações específicas para a criação e disseminação de *deepfakes* e o desenvolvimento de tecnologias de detecção e autenticação mais eficazes.

No entanto, é importante encontrar um equilíbrio para evitar que essas medidas restrinjam excessivamente a liberdade de expressão e a inovação. O desafio está em criar um ambiente regulatório que proteja os direitos individuais sem sufocar a criatividade e a livre expressão²⁰.

Sobre as *deepfakes* no Brasil, o que atualmente se observa é que as legislações existentes preveem a proteção do bem jurídico imagem, mas apenas tangenciam o tema das inteligências artificiais e dificilmente um dia suprirão todas as demandas com a constante mudança social.

Hoje, após o uso indevido da imagem ou voz de uma pessoa por meio de uma inteligência artificial, a tutela do direito depende, principalmente, da intervenção do Judiciário para ser efetivada, fazendo com que a prestação se torne mais morosa e assim, devido ao caráter perene das informações lançadas à rede, é necessário que o dano seja rapidamente notado para que a vítima busque a expedição de uma ordem judicial que obrigue um internauta e/ou um servidor a excluir aquele conteúdo da internet.

Somente dessa forma é possível evitar que a informação se alastre ainda mais e torne mais difícil coibir a sua perpetuação nessa grande rede que a cada dia é mais utilizada e faz mais parte do nosso cotidiano. Desse modo, denota-se também a falta de conscientização da população de um modo geral, a qual compartilha imagens e informações falsas a seu bel-prazer, sem se preocupar com a verificação de sua procedência.

A responsabilização civil, por sua vez, dada a dificuldade de verificação da procedência da informação e da sua veracidade face ao seu compartilhamento em massa em níveis mundiais, ainda encontra dificuldades para ser efetivada, afinal, nem toda

²⁰Chat GPT-3.5 – anexo 1

imagem feita por ia é facilmente identificada a olho nu, mas quando descoberta enseja responsabilidade e ressarcimento pelos danos.

E se eu disser que os parágrafos 2 a 6 dessa conclusão foram escritos por inteligência artificial e você leitor nem reparou? Nós já fazemos parte desse mundo multifacetado, é dever de cada um de nós, dos legisladores e juristas trabalharmos juntos para constituir um futuro digital mais seguro e ético.

REFERÊNCIAS

BITTAR, CARLOS A. **Os Direitos da Personalidade**, 8ª edição. Editora Saraiva, São Paulo - 2015.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 01/06/2023.

_____. Decreto – Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del4657compilado.htm. Acesso em 20/09/2023.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em 22/09/2023.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso 01/06/2023.

_____. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 01/06/2023.

_____. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. (Marco Civil da Internet)**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 01/06/2023.

BUARQUE, GABRIELA. **Responsabilidade Civil e Inteligência Artificial**. 1ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022.

DINIZ, Maria H. **Manual de direito civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

FERNANDES DE LIMA, I.; SARAI, L. **Direito ao esquecimento: o interesse público na divulgação de crimes versus o direito à vida privada na era da superinformação – análise crítica da jurisprudência brasileira**. Revista da Advocacia Pública Federal, v. 6, n. 1, p. 118-141, 30 dez. 2022.

FREITAS, THOMAS BELLINI. **Inteligência Artificial e Responsabilidade Humana**. 1ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

GABRIEL, Martha. **Inteligência Artificial: Do Zero ao Metaverso**. São Paulo: Atlas, 2022.

MEDON, FILIPE. **O direito à imagem na era das deepfakes**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 27, p. 251-277, jan./mar. 2021. Acesso em 29/05/2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em <https://www.unicef.org>. Acesso em 20/09/2023.

PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil - Teoria Geral de Direito Civil**. v.I.34ª edição. São Paulo: Forense, 2022.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado - Parte Especial**. Atual. Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. VII: Direito da personalidade - Direito de família - Direito matrimonial (Existência e validade do casamento) *apud* BITELLI, Marcos Alberto Sant' Anna. **Técnica civil de identificação de direito à imagem**. (Tese de Doutorado em Direito na área de concentração de Direito Civil - efetividade do Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, p. 30. 2015.

PRADO, Magaly parreira do. **Deepfake de áudio: manipulação simula voz real para retratar alguém dizendo algo que não disse**. TECCOGS – Revista Digital de Tecnologias Cognitivas, n. 23, jan./jun. 2021, p. 45-68

PRADO, Magaly. **Fake News e Inteligência Artificial: O poder dos algoritmos na guerra da desinformação**. 1ª edição. Portugal: edições 70, 2022. E-book. ISBN 9788562938917. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788562938917/>. Acesso em 08/10/2023.

SARLET, INGO, W. ET AL. **Inteligência artificial, proteção de dados pessoais e responsabilidade na era digital**. Ebook. Disponível em Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2022. Acesso em 01/06/2023.

SCHREIBER, ANDERSON. **Direitos da Personalidade: Revista e Atualizada**, 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade civil por danos à personalidade**. São Paulo: Manole, 2002.

STEIBEL, Fabro; VICENTE, Victor; JESUS, Diego. **Possibilidades e potenciais da utilização da Inteligência Artificial. Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena D. **Fundamentos de Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil**. v.1.3ª edição. São Paulo: Forense, 2023.

ANEXO I

11/7/23, 4:55 PM
ChatGPT

☰
Impactos da Deep Fake
+

Default (GPT-3.5)
🔗

L

Faça uma conclusão de monografia sobre os impactos da deep fake no direito de imagem

A ascensão da tecnologia de deep fake trouxe consigo uma série de desafios e questões preocupantes no que diz respeito ao direito de imagem. Esta monografia explorou os diversos impactos dessa tecnologia no contexto legal, social e ético.

Os deep fakes representam uma ameaça real para o direito de imagem, uma vez que podem facilmente criar conteúdo visual altamente convincente e falso, levando a situações de difamação, falsificação e invasão de privacidade. A natureza enganosa desses vídeos torna difícil a identificação e a responsabilização dos criadores, o que coloca em risco a reputação e a integridade de indivíduos.

Além disso, os deep fakes levantam questões complexas sobre o equilíbrio entre a liberdade de expressão e a proteção do direito de imagem. A legislação existente muitas vezes não está preparada para lidar com essa nova forma de manipulação de mídia, o que requer a revisão e a atualização das leis para enfrentar esse desafio em constante evolução.

É essencial que sejam tomadas medidas para combater os abusos dos deep fakes e proteger o direito de imagem das pessoas. Isso pode incluir o fortalecimento das leis de difamação, a implementação de regulamentações específicas para a criação e disseminação de deep fakes e o desenvolvimento de tecnologias de detecção e autenticação mais eficazes.

No entanto, é importante encontrar um equilíbrio para evitar que essas medidas restrinjam excessivamente a liberdade de expressão e a inovação. O desafio está em criar um ambiente regulatório que proteja os direitos individuais sem sufocar a criatividade e a livre expressão.

▶

ChatGPT can make mistakes. Consider checking important information.

https://chat.openai.com/?referrer=share&chat=1150-3346-77332021159

Resumos

Sumário

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: UMA ANÁLISE ACERCA DA APLICABILIDADE NO JUDICIÁRIO

Rayssa de Souza Gargano ¹

Eixo temático: GT3: Precedentes, processos coletivos e estruturais e inteligência artificial na efetivação de direitos humanos

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo analisar quanto ao uso da inteligência artificial no Judiciário, mais precisamente acerca da implementação unificada de um modelo de depósito de IA que tem influenciado a análise e o recebimento dos processos eletrônicos, bem como verificação dos pormenores que fizeram com que a tecnologia fosse implementada nos Tribunais. Assim, será realizado um contexto evolutivo sobre os avanços do uso tecnológico que nos levaram até o modelo atual de depósito de Inteligências no Judiciário e como tem sido a adesão de novas tecnologias por este órgão.

Palavras-chave: Inteligência artificial. Judiciário. Processos Eletrônicos. Avanços Tecnológicos.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo verificar o uso da plataforma Sinapses como unificadora do depósito de Inteligências Artificiais dos Tribunais, bem como se o modelo de análise processual por máquinas tem sido uma corrente adesão no Judiciário. A metodologia utilizada foi feita através de referência bibliográfica e prospecção da legislação sobre o tema.

Desta forma, a Inteligência Artificial pode ser concebida como um campo do conhecimento associado à linguagem e à inteligência, ao raciocínio, à aprendizagem e à resolução de problemas. (Kaufman, 2019)

A virada de paradigmas quanto aos avanços tecnológicos nos tribunais foi nitidamente verificada depois da Pandemia gerada pela Covid-19, pois ainda que

¹ Mestranda da Universidade Católica de Petrópolis - UCP, Bolsista PROSUC/CAPES, rayssagargano@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/3444187532590658>.

podéssemos analisar as questões pormenorizadas que geraram tal necessidade, percebemos a ocorrência de uma mudança, no que diz respeito ao avanço com a implementação do Juízo 100% digital, Balcão virtual e Juízo 4.0, vimos uma crescente, no que diz respeito a evoluções tecnológicas.

No Brasil, o estado emergencial de saúde provocado pela pandemia do Coronavírus levou o Conselho Nacional de Justiça a implementar uma “Plataforma Emergencial de Videoconferência para Atos Processuais”, propiciando a criação de salas virtuais pelos juízes para realização de sessões de julgamento, audiências, reuniões, interação com advogados públicos e privados, membros do Ministério Público e defensores públicos e, se necessário, a realização de sustentação oral de modo virtual e ao vivo. (Malone; Nunes, 2023)

No entanto, inerente está que o estopim da mudança passou a estar associado com a crescente necessidade de dar solução a paralisação do andamento dos processos, devido a suspensão total das atividades do Judiciário ante ao *lockdown*.

A nítida virada de chave e a transformação digital dos tribunais fez com que inúmeros institutos que o cercam fossem desenvolvidos como a criação do chamado: balcão virtual, onde as partes passaram a poder fazer seus requerimentos de maneira online diretamente aos serventuários, bem como agendamentos com os Magistrados.

De certo, a mudança que passou a ser através da necessidade, tornou o Judiciário evolutivo em caráter de inúmeras automatizações e com isto vimos avanços também, no que diz respeito a novas tecnologias e inteligência artificial como a implementação da denominada: Justiça 4.0 que veio para trazer celeridade nas demandas judiciais. Com a proposta de trazer otimização no acervo do Judiciário, segundo dados do DataJud, atualizado até setembro de 2023, conta o Poder Judiciário a nível nacional, com cerca de 258 milhões de processos, lembrando que estes dados constam com a filtragem apenas do acervo total nacional da Justiça Estadual.

Isto quer dizer que, os modelos como o programa de justiça 4.0 trazem uma forma de diminuir os números e fornecer soluções para os processos em curso. Assim, a ideia

do programa é atuação tanto na tramitação dos autos que passam a ter uma certa automatização, bem como a extração de dados que geram problemas e defeitos no acesso ao sistema para serem de maneira preventiva devidamente selecionados. Percebe-se que devido a ser um Programa que unifica os acessos, as soluções quanto a problemática evita que outros usuários vivenciem os mesmos problemas em locais diversos, de modo que assim que verificado a base do erro, a atualização de modo unificado torna ágil a atividade dos demais usuários.

Desde a implementação do Programa, que ocorreu no ano de 2021, vemos que há uma adesão de cerca de 88% dos tribunais ao plano de articulação, sendo o Superior Tribunal de Justiça; Tribunal Superior Eleitoral; Tribunal Superior do Trabalho e Tribunal Superior Militar, aqueles que aderiram ao programa em sua totalidade dentro de suas repartições, o que demonstra que os grandes tribunais superiores já utilizam dos métodos de auxílio através da inteligência artificial.

Dentro da ideia central foram sendo fornecidas ideias secundárias, onde o Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento e demais Tribunais Superiores passaram a inserir a plataforma denominada *Sinapses*, que foi criada com o intuito de preencher através da tecnologia o reconhecimento de peças processuais chaves, normalmente existentes em processos distribuídos com aquela característica de ação.

Inicialmente desenvolvida pelo TJRO em 2017, mas com produção apenas em 2018, a *Sinapses*, através da parceria com o CNJ, começou a ser adaptada para ser utilizada nacionalmente no mesmo ano corrente.

O agrupamento por Similaridades do projeto *Sinapses* foi realizado pelo Centro de Excelência em Inteligência Artificial (CEIA) como forma de implementação Programa Justiça 4.0, realizado em cooperação com o CNJ. A ideia central é identificar agrupamentos de processos por similaridade através da aplicação de técnicas de processamento de linguagem natural para ser possível realizar a análise do conteúdo de documentos processuais, com enfoque nas petições iniciais e por consequência os pedidos que a revestem.

Assim, a proposta do programa *Sinapses* teve sua resolução de nº 332 aprovada em 2020, de modo que passou a identificar três tipos de modelos relevantes na distribuição dos processos eletrônicos, quais sejam: Petição, procuração e/ou substabelecimento e contestação.

Desta feita, a partir destes três modelos criados e implementados na *Sinapses*, passamos a incluir a funcionalidade no Processo Judicial Eletrônico, onde após a identificação da classe e do assunto fornecido na exordial temos minuciosamente analisado a indicação dos precedentes, temas de repercussão geral e recursos repetitivos.

Os peritos em inteligência artificial acostumaram-se a ignorar, por exemplo, como são proferidos os julgamentos, centrando-se, normalmente, no aspecto externo da atividade judicial, ou seja, na tramitação, que, em boa medida, são automatizáveis, ou melhor, na parte mais mecânica do trabalho de julgar, como na busca de referências legais, doutrinárias e jurisprudenciais. (Eid; Fenoll, 2023).

Em relação ao ramo do Direito, mais precisamente quanto à sua capacidade de criação de programas de inteligência artificial, no que diz respeito ao processo de tomada de decisões, faz-se necessário desenvolver padrões de segurança e confiabilidade para o seu controle. De modo que, não basta apenas modernizar a prática judiciária, mas principalmente, se aproveitar do atual momento tecnológico para viabilizar um acesso mais amplo e justo às pessoas que acionam o Judiciário, independentemente de sua condição social. (Pinto, 2023).

Desta forma, verificamos a relevância quanto ao aprofundamento da análise das propostas de tecnologias existentes no Judiciário e se o agrupamento por similaridade proposta pelas inteligências artificiais gerará benefícios a sociedade como um todo e se há transparência quanto ao uso de tais tecnologias.

1. HISTÓRICO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

O caráter evolutivo do que temos como o uso das máquinas em ações e atos humanos, veio de uma longa caminhada de construção, onde em determinadas épocas víamos uma crescente com grandes conquistas e em outra com menores roupagens. No entanto, o que temos de mais concreto é que na realidade, todos os esforços sejam pequenos ou grandiosos nos levaram a uma era que vivemos hoje.

O marco temporal da Revolução Industrial, que ocorreu na segunda metade do século XVIII, criou a necessidade de intensificação, no que diz respeito a automação das atividades industriais e consequente desenvolvimento tecnológico, onde começou-se a pensar em uma realidade até então distante de como seria se as máquinas pudessem executar tarefas típicas humanas. Assim, foram surgindo nomes importantes que fizeram parte do progresso das inteligências, em destaque trazemos Charles Babbage (1791-1871) e Ada Lovelace, que fizeram avanços significativos para a computação moderna, no que diz respeito a melhorias na área de cálculos.

O trabalho de Babbage foi tão expressivo que este foi denominado o “pai do computador” ante a contribuição pioneira no campo da computação mecânica, acompanhado de Lovelace, que foi a primeira mulher programadora, realizaram mudanças significativas na história da computação.

Assim, em meio a Segunda Guerra Mundial, temos o aparecimento do proposto por Alan Turing, onde houve o primeiro teste em uma máquina que poderia recriar comportamentos humanos. Desta forma, precisou-se fazer com que a máquina tivesse uma linguagem natural, bem como capacidade de guardar aquilo que aprende e escuta, um raciocínio automatizado e um certo aprendizado. Assim, o modo de operar máquinas segundo a criação de Babbage foi aperfeiçoado por Turing.

Este modelo permitiu que Segunda Guerra fosse interrompida anos antes, quando o *Bombe*, nome dado a máquina criada por Alan, conseguiu interpretar as informações criptografadas e processar de forma dinâmica os dados recebidos, tendo um diferencial ao realizar sequências logarítmicas mais rápidas que um ser humano.

O matemático Alan Turing (1950), que foi considerado precursor dessa tecnologia, acreditava na possibilidade de desenvolvimento de uma inteligência artificial, segundo afirma Rômulo Valentini:

Eu proponho considerar a questão, “As máquinas podem pensar?” Isso deve começar com as definições do significado dos termos “máquina” e “pensar”. As definições podem ser enquadradas de modo a refletir, na medida do possível, o uso normal das palavras, mas essa atitude é perigosa, se o significado das palavras “máquina” e “pensar” for encontrado ao examinar como eles são comumente usados é difícil escapar da conclusão de que o significado e a resposta à pergunta, “As máquinas podem pensar?” deve ser procurado em uma pesquisa estatística, como uma pesquisa feita por empresas como a Gallup Pool (Valentini, 2017, p. 49).

Cabe ressaltar que em determinadas décadas, foi caracterizada uma nomenclatura para cada modo de evolução da inteligência artificial. Entre a década de 50 a 70, foi denominada de primavera da IA, onde houve grandes investimentos em tecnologias que foram precursoras de métodos utilizados nos dias atuais. Nessa época, houve pesquisas que permitiram o reconhecimento facial e a compreensão da voz humana pelas máquinas, o que é utilizado naturalmente em nosso cotidiano de forma evoluída. Também ocorreu o desenvolvimento dos meios de reconhecimento e tradução de vozes.

Já da década de 70 até 80, tivemos chamado inverno da IA, que foi marcado por pouquíssimos investimentos, que só foram novamente percebidos nos anos 90, com a evolução de hardware e software, principalmente na expansão de memória dos computadores e o reduzido tamanho.

2. AVANÇOS E UNIFICAÇÃO DE MODELOS DE IA

A inteligência Artificial é definida por Nikolopoulos, nas palavras de Hoffmann, da seguinte maneira:

A IA pode ser entendida como uma área de estudos da computação que se interessa pelo estudo e criação de sistemas que possam exibir um comportamento inteligente e realizar tarefas complexas com um nível de competência que é equivalente ou superior ao de um especialista humano.

Do ano de 1970 a 1990, grande parte dos projetos percussores de Inteligência Artificial e direito eram focados na modelagem formal de argumentos jurídicos em forma processável por computador e na modelagem computacional de legislação e normas legais, segundo dados da *International Association for artificial Intelligence and Law (ICAIL)*. E assim, desde 1987, a ICAIL realiza conferências voltadas a pesquisa entre a relação do direito e os avanços tecnológicos, apresentando formas de técnicas de IA à lei.

Uma maneira útil de pensar sobre o uso da IA dentro do direito é conceitualmente dividi-lo em três categorias de usuários de IA: os administradores da lei (ou seja, aqueles que criam e aplicam a lei, incluindo funcionários do governo, como juízes, legisladores, funcionários administrativos e policiais), os profissionais da lei (que seriam aqueles que utilizam da IA na prática jurídica, principalmente advogados), e aqueles que são regidos por lei (as pessoas, negócios e organizações que são regidas pela lei e usam a legislação para alcançar seus objetivos).

Desta forma, ao analisarmos as possibilidades futuras da IA e o que atualmente é desenvolvido nessa área, temos as duas categorias a considerar: a IA Fraca (*Artificial Narrow Intelligence* – Inteligência Artificial de Propósito Específico) e a IA Forte (*Artificial General Intelligence* – Inteligência Artificial de Propósito Geral), conforme explica Hoffman:

Em suma, na medida em que a IA Fraca volta-se à possibilidade de uma máquina executar, tão bem quanto um ser humano, tarefas específicas, de forma automatizada e eficiente, a IA Forte baseia-se na ideia de que a máquina pode raciocinar da mesma forma que os seres humanos, na capacidade de atribuir uma inteligência genuína à máquina que a possibilite desenvolver sua própria consciência.

A IA também desempenha um papel importante na análise de dados legais e pesquisa jurídica. Com a capacidade de processar e compreender grandes conjuntos de dados legais, os algoritmos de IA podem identificar padrões, *insights* e jurisprudências relevantes. Isso pode auxiliar na tomada de decisões, na pesquisa de casos semelhantes e na identificação de precedentes legais, permitindo que os profissionais do direito tenham acesso a informações mais precisas e relevantes. Além disso, a IA tem o potencial de elaborar minutas de sentença, prever resultados judiciais e realizar análise de riscos legais.

Por meio de modelos estatísticos e algoritmos de aprendizado de máquina, é possível analisar dados históricos e extrair insights sobre as possíveis decisões judiciais em casos semelhantes. Essas previsões podem ser valiosas para advogadas e partes envolvidas em um processo, permitindo que tomem decisões informadas sobre a melhor estratégia legal a adotar (Bragança, 2021).

No contexto do judiciário, a IA pode auxiliar na análise de grandes volumes de dados, na automatização de processos, na pesquisa jurídica e até mesmo na tomada de decisões judiciais (Zhong, 2020).

Verificamos uma certa tendência em somar ferramentas que geram automação e inteligência artificial na estrutura do Poder Judiciário, como forma de lidar com gestão de conflitos, auxiliando na resolução da litigância e de oferecer uma experiência mais satisfatória ao jurisdicionado. Como bem salientado por Fabiano Hartmann Peixoto:

São várias as capacidades de sistemas de IA que podem ser úteis para o campo do Direito, tais como reconhecer objetos/pessoas; converter linguagem/imagem em texto; extrair sentido da linguagem e transmitir significado através de sentenças geradas; ordenar informações de uma forma prática; combinar informações para alcançar conclusões; programar uma sequência de ações para cumprir. Assim, sistemas de reconhecimento, classificadores, tradutores, de perguntas-respostas, de diagnósticos, de recomendação e planejadores podem ser úteis para solução de problemas jurídicos das mais diversas ordens (Peixoto, 2020, p. 23).

Com a implementação unificada pelo CNJ das inteligências artificiais através do método de depósito de tecnologia investidas aos Tribunais, mais especificamente com a criação da plataforma *Sinapses*, foi verificada uma maneira de mudar algumas problemáticas que cercam o Judiciário. Primeiro, a ideia de alto custo e despendimento de valores usados pelos estados brasileiros para criação, manutenção e estruturação de modelos próprios de IA. Segundo, a ideia de otimização de mão de obra, pois após o depósito daquela inteligência na plataforma, todos os tribunais poderão seguir com a IA que foi incluída e desta forma proceder com mudanças e aperfeiçoamentos, sem precisar começar uma ideia do zero. E terceiro a consequência prática aos litigantes que seria a de resolução mais célere dos conflitos e automatização de atos padrões nos processos.

Assim, a resolução de nº 332/2020 trouxe algumas diretrizes importantes sobre a plataforma *Sinapses*, em destaque o previsto em seu art. 10:

Art. 10. Os órgãos do Poder Judiciário envolvidos em projeto de Inteligência Artificial deverão: I – informar ao Conselho Nacional de Justiça a pesquisa, o desenvolvimento, a implantação ou o uso da Inteligência Artificial, bem como os respectivos objetivos e os resultados que se pretende alcançar; II – promover esforços para atuação em modelo comunitário, com vedação a desenvolvimento paralelo quando a iniciativa possuir objetivos e resultados alcançados idênticos a modelo de Inteligência Artificial já existente ou com projeto em andamento; III – depositar o modelo de Inteligência Artificial no Sinapses.

Desde a implementação como sistema nacional em 2018 e com os avanços trazidos, o programa *Sinapses* se tornou conhecido como “Fábrica de Modelos de IA”, segundo o Conselho Nacional de Justiça. O uso do termo está associado ao fato da plataforma ofertar uma entrega em grande escala, o que não era visto nos modelos tradicionais de Inteligência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com a análise realizada, infere-se que os meios tecnológicos têm sido uma verdadeira crescente ao longo das décadas, de modo que por vezes com maiores incentivos e em outros com menor entusiasmo. No entanto, uma realidade é que a tecnologia nunca parou de nos cercar das mais diversas formas, até o momento em que se alinhou ao campo do direito e desde então temos implementações contantes de novos métodos que visam dar soluções ao atual cenário vivenciado no acervo do Judiciário.

Com isso, percebe-se que a plataforma *Sinapses* pode ser considerada um avanço, por ter inúmeros fatores positivos que a seguem, quanto a ideia de diminuição de acervo e o custo com inteligências no Judiciário.

No entanto, a problemática que segue com a automatização dos processos, o que ainda é verificado que deve ser maximizado é a transparência quanto aos métodos utilizados através da inteligência artificial, bem como tem sido amplamente desenvolvido, uma vez que já não se sabe quando os processos têm ou não sido recebidos por

inteligências sem nenhuma análise humana. Verifica-se a necessidade de transparência, na forma de lançamento dos dados e implementação consultiva, onde os usuários do sistema poderão verificar os prós e os contras do uso desse meio nos processos.

Do outro lado, entendemos que as inovações tecnológicas, como a *Sinapses*, e demais modelos de IA poderão diminuir o atual acervo que o Judiciário possui frente a escassez de mão de obra humana, oferecendo ao jurisdicionado um trâmite célere e eficiente. Percebe-se que a IA pode ser um potencializador para o auxílio humano, porém, não verificamos que a ideia de substituição integral das tarefas humanas seja viável a solução do processo, de modo que a máquina poderá operar em atos mais simples que não sejam revestidos de julgamento e teor de personalidade, visto que cada autor e réu possuem particularidades e estas devem ser minuciosamente analisadas.

REFERÊNCIAS

BENCH-CAPON, Trevor et al. **A history of AI and Law in 50 papers: 25 years of the international conference on AI and Law**. [S. l.: s. n.], 2012. 98 p. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/257449742_A_history_of_AI_and_Law_in_50_papers_25_years_ofthe_international_conference_on_AI_and_Law. Acesso em 15/11/2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 332 de 21 de agosto de 2020**. Brasília: CNJ, 2020.

EID, Elie Pierre; FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligência artificial e processo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2023.

HOFFMANN, Alexandra Felipe. **Direito e Tecnologia: a utilização de inteligências artificiais no processo decisório**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em 55 Direito), Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina, 2018. Disponível em <https://core.ac.uk/reader/188204650>. Acesso em 30/10/2023.

ICAAIL. **International Conference on Artificial Intelligence and Law 2023**. Disponível em [http://ICAAIL_2023\(uminho.pt\)](http://ICAAIL_2023(uminho.pt)). Acesso em 20/11/2023.

KAUFMAN, Dora. **A Inteligência Artificial irá suplantar a inteligência humana?** Barueri, São Paulo: Estação das Letras e Cores, 2019.

MALONE Hugo; NUNES Dierle. **Manual da Justiça Digital - Compreendendo a Online Dispute Resolution, os Tribunais Híbridos e a Inteligência Artificial Analítica e Generativa no Direito**. Salvador: Juspodivm, 2023.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência Artificial e Direito. Coleção Direito, Racionalidade e Inteligência Artificial**. 1. ed. Curitiba: Alteridade, 2019.

PINTO, Henrique Alves. **A tripla fundamentação das decisões jurisdicionais pautadas em inteligência artificial**. Salvador: Juspodivm, 2023.

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça do Estado. **Sinapses**: Termo de cooperação técnica com o CNJ completa 1 ano. Sistema proporciona celeridade processual e realiza, em minutos, triagens que levariam anos se realizadas pelos meios convencionais. Disponível em <https://www.tjro.jus.br/noticias/item/11953-sinapses-termo-decooperacao-tecnica-com-o-cnj-completa-1-ano>. Acesso em 04/11/2023.

TURING, Alan. M., 1947, 'Lecture on the Automatic Computing Engine'. In: THE ESSENTIAL Turing. Copeland, 2004. TURING, Alan. M. Computing machinery and intelligence. **Mind**, v. LIX, n. 236, p. 433-460, out. 1950. <https://doi.org/10.1093/mind/LIX.236.433>. Acesso em 10/11/2023.

VALENTINI, Romulo Soares. **Julgamento por computadores? As novas possibilidades da juscibernética no século XXI e suas implicações para o futuro do direito e do trabalho dos juristas**. 2017. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017.

ZHONG, Haoxi; XIAO, Chaojun; TU, Cunchao; ZHANG, Tianyang; LIU, Zhiyuan; SUN, Maosong. How Does NLP Benefit Legal System: **A Summary of Legal Artificial Intelligence**. The Annual Meeting of the Association for Computational Linguistics. [s.l]: Association for Computational Linguistics, 2020. Disponível em <https://doi.org/10.48550/arXiv.2004.12158>. Acesso em 08/10/2023.

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS PARA A INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Ana Luiza Ferreira Martins¹
Anna Carolina Fonseca²
Giovana Andrade de Oliveira³
João Bernardo Silva Mendonça⁴
Marcelo Pereira de Almeida⁵

Eixo Temático: GT3: Precedentes, processos coletivos e estruturais e inteligência artificial na efetivação de Direitos Humanos

RESUMO

A presente pesquisa, em um primeiro momento, observará os aspectos materiais da Desconsideração da Personalidade Jurídica, inclusive abordando breve perspectiva histórica. Em seguida, abordará os princípios constitucionais que respaldam a necessidade da instauração do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, bem como os princípios legais para tanto. A pesquisa foi pautada pelo método dedutivo, com o foco em fomentar a discussão acerca do Tema 1.209 do STJ que abrange os Recursos Especiais 2.039.132, 2.013.920, 2.035.296, 1.971.965 e 1.843.631. Esse tema do Superior Tribunal de Justiça trata acerca da compatibilidade, ou incompatibilidade, do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, previsto no CC/02, com o rito próprio da Execução Fiscal, disciplinado por lei própria. Livros e textos acadêmicos sobre o tema, teses de doutorado e mestrado, artigos científicos, jurisprudências e doutrinas foram utilizados para possibilitar a elaboração do artigo.

Palavras-chave: Fundamentos Constitucionais e Legais. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. Execução Fiscal.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF, e-mail: alfmartins@id.uff.br, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3070829127712890>.

² Graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF, e-mail: fonsecaanna@id.uff.br, Lattes: <https://lattes.cnpq.br/9545884996925117>.

³ Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF, e-mail: giovana_andrade@id.uff.br, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0651310119363476>.

⁴ Graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF, e-mail: joaobsm@id.uff.br, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4125702069091109>.

⁵ Pós-Doutor em Direito Processual pela UERJ. Pós-doutorando em Direito pela Universidade de Burgos (Espanha). Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (2013). Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2007). Professor Adjunto de Teoria Geral do Processo e Direito Processual da Universidade Federal Fluminense, Professor do Programa de Pós- Graduação em Direito, Instituições e Negócios (PPGDIN) da UFF (Doutorado), Professor de Direito Processual Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professor Permanente do PPGD (mestrado) da UCP. Coordenador adjunto do Curso de Direito e Professor de Direito Processual da Unilasalle - Institutos Superiores de Ensino. Professor do Curso de Pós- Graduação em Direito Processual da Universidade Federal Fluminense - UFF. Consultor da Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP/UERJ - Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil - IBDP, da Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPro e do Instituto Carioca de Processo Civil - ICPC. Membro da Comissão de Garantismo Processual da OAB/RJ. Advogado, e-mail: marcelo.almeida@ucp.br, <http://lattes.cnpq.br/0245213114864531>

INTRODUÇÃO

As pessoas jurídicas podem ser conceituadas, sob a perspectiva do Professor Flávio Tartuce, como “conjuntos de pessoas ou de bens arrecadados, que adquirem personalidade jurídica própria por uma ficção legal”. Isto é, ao contrário das pessoas naturais, as pessoas jurídicas são entidades carentes de existência física e, para existirem, necessitam ser reconhecidas juridicamente.

Sob a perspectiva civil-constitucional, podemos identificar três fatores que precisam coexistir para que se caracterize a pessoa jurídica: a capacidade jurídica; a autonomia patrimonial; e o limite da responsabilidade dos sócios.

A capacidade jurídica é requisitada, uma vez que os atos da pessoa jurídica precisam ser convalidados pelos demais. Sem o efeito *erga omnes*, não há o que se falar em capacidade jurídica.

Enquanto isso, a autonomia patrimonial consiste na contribuição, pecuniária ou não, de cada sócio a sociedade. Quando feita, o sócio renuncia capital em benefício do patrimônio da sociedade, e não poderá, portanto, utilizá-lo em favor próprio. Trata-se do princípio *societas distat a singulis*.

Não menos importante, a limitação da responsabilidade dos sócios é o que mais interessa àquele que compõe o quadro societário de uma pessoa jurídica. A ideia em uma sociedade limitada, por exemplo, é a de que os sócios sejam responsabilizados até o valor de suas cotas, conforme preceitua o artigo 1.052 do Código Civil de 2002 (CC/02).

Faz-se necessário, nesse momento, citar que a Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) trouxe novamente para o ordenamento jurídico brasileiro a ideia da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, diferenciando-a da autonomia patrimonial dos seus sócios, associados, instituidores ou administradores, de acordo com o que preceitua o art. 49-A do CC/02. Além disso, essa mesma legislação também abordou as hipóteses de abuso da personalidade jurídica a partir do desvio de finalidade e da confusão patrimonial, previstos no art. 50 e parágrafos do CC/02.

Nessa esteira, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica ou, em inglês, *piercing the corporate veil* ou *disregard of legal entity*, consagrado pelo já citado art. 50 do CC/02, funciona como um mecanismo pelo qual pode-se atingir a efetiva responsabilização dos sócios ou administradores das pessoas jurídicas no intuito de satisfazer credores desta.

Sob a perspectiva processual, até o advento do novo Código de Processo Civil (CPC/15), não havia qualquer determinação no ordenamento jurídico brasileiro que regesse a aplicação da desconsideração. O julgador detinha a tarefa de avaliar – muitas vezes em sede de cognição sumária – a plausibilidade dos argumentos e o preenchimento dos requisitos para adentrar no patrimônio dos sócios, sem que estes, ao menos, pudessem exercer o Princípio do Contraditório.

A partir do CPC/15, criou-se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (IDPJ), um mecanismo processual que possibilita a desconsideração da personalidade jurídica, respeitando as bases principiológicas do processo civil brasileiro.

O CPC/15 prevê o mecanismo e os parâmetros para que a desconsideração da personalidade jurídica ocorra, seja nas fases do processo de conhecimento, como no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Nesse sentido, existem fundamentos constitucionais – como o Princípio do Devido Processo Legal – e legais – como o Princípio da Ampla Defesa e do Exercício do Contraditório – que respaldam a instauração do IDPJ, os quais devem ser observados para a proteção dos direitos fundamentais e para a garantia da regularidade processual.

O presente artigo decorre do projeto de pesquisa “Diálogos com as Cortes de Precedentes: Uma proposta de democratização do processo pela participação de *amicus curiae*.”, em que se objetiva identificar a contribuição ou não do *amicus curiae* para a democratização dos processos judiciais, principalmente na formação de precedentes. Assim, essa análise será feita através do estudo do Tema 1.209 do STJ.

METODOLOGIA

A pesquisa jurídica foi a principal fonte de conhecimento para a elaboração do presente trabalho, com a finalidade de aprofundar o aprendizado acerca do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. A metodologia utilizada pelo presente trabalho compreende a análise do Tema 1.209 do STJ, que abrange os Recursos Especiais 2.039.132, 2.013.920, 2.035.296, 1.971.965 e 1.843.631. Esse tema do Superior Tribunal de Justiça trata acerca da compatibilidade, ou incompatibilidade, do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, previsto no CC/02, com o rito próprio da Execução Fiscal, disciplinado por lei própria. Ademais, será feita uma análise bibliográfica a partir de livros e textos acadêmicos sobre o tema, teses de doutorado e mestrado, artigos científicos e textos doutrinários e jurisprudenciais.

Com o objetivo de apresentar dinamicidade à pesquisa, é observado como os Tribunais e pensadores do direito no Brasil se articulam sobre o respectivo tema e como interpretam as normas do ordenamento jurídico brasileiro relativas ao objeto de estudo.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO E ASPECTOS MATERIAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

A personalidade jurídica é um dos substratos necessários para que a alocação no ordenamento jurídico possa produzir efeitos reais, isto é, um pleno sujeito de direitos e obrigações jurídicas deve ser dotado de personalidade jurídica. O referido atributo, contudo, não é exclusividade das pessoas físicas, mas também se manifesta nas pessoas jurídicas em forma de ficção jurídica. Diferentemente das pessoas naturais, falta existência física às entidades, mas ainda assim há integralidade no seu desenvolvimento frente ao mundo jurídico, não havendo impedimentos em relação à capacidade de possuir direitos e obrigações dentro do ordenamento.

Portanto, há o reconhecimento da personalidade jurídica no que tange às pessoas jurídicas. Considerando os efeitos desse reconhecimento, principalmente a constituição de patrimônio próprio da sociedade empresária e sua consequente separação patrimonial

no que concerne aos sócios, deve-se resguardar os direitos de credores e terceiros para que não sejam lesados por eventuais abusos por parte dos sócios da entidade.

Nesse contexto de insegurança quanto à boa-fé dos sócios, o instituto da *desconsideração da personalidade jurídica*, ou *redirecionamento do cumprimento de sentença*, visa transcender a ampla proteção da personalidade jurídica da empresa. Com o propósito de satisfazer demandas creditícias e obrigacionais resultantes de atividades em desacordo com as disposições legais praticadas pelos sócios da sociedade, o instituto minimiza os eventuais abusos ao possibilitar o atingimento de bens dos sócios. É também possível se idealizar o cenário inverso, e viabilizar o alcance dos bens da sociedade para satisfazer dívidas e obrigações contraídas pelos sócios, na hipótese de *desconsideração inversa*, com fulcro no artigo 133, § 2º do CPC/15. De acordo com o civilista Fábio Ulhoa Coelho:

“Para evitar a manipulação fraudulenta da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, desenvolveu-se uma teoria que aperfeiçoa o instituto: a da desconsideração da personalidade jurídica. Sua sistematização deu-se em trabalho dos anos 1950 do jurista alemão Rolf Serick (1955). Segundo seu principal postulado, sempre que a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas for manipulada para a realização de uma fraude, o juiz pode ignorá-la e imputar a obrigação diretamente à pessoa que procurou furtar-se aos seus deveres”.

Em uma retrospectiva histórica analítica do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, tem-se como *leading case*, para a doutrina majoritária, o caso britânico *Salomon v. Salomon Co*, de 1897. Apesar de não ser o caso pioneiro a abordar o instituto, vide o caso norte americano *Bank of United States v. Deveaux* de 1809, o caso britânico é considerado o marco para a difusão do ideal de uma personalidade jurídica limitada, não constituindo um direito absoluto. Observa-se então que, esse instituto desenvolveu-se inicialmente nos países da *common law*.

O caso estadunidense, por sua vez, aborda superficialmente o instituto estudado ao ser fixado pelo i. juiz Marshall a competência das Cortes Federais para julgar lides referentes às *corporations*. Ao passo que a Constituição Federal Americana em seu artigo 3º, seção 2ª, reserva a tal jurisdição controvérsias entre cidadãos de diferentes Estados, nota-se a desconsideração da personalidade jurídica na fixação da competência.

Fundamentou-se que o caso não versava sobre a sociedade em si, mas sim sobre sócios opositores.

A respeito do *leading case* britânico, o respeitável Waldo Fazzio Júnior esclarece:

“O caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, julgado em 1897 pela House of Lords, é um marco na história do direito societário. Aaron Salomon, um próspero comerciante de calçados, decidiu incorporar seu negócio como uma sociedade limitada, transferindo seus ativos para a empresa e tornando-se o principal acionista, enquanto os membros de sua família possuíam uma única ação cada. Quando a empresa entrou em liquidação, os credores não garantidos tentaram responsabilizar Salomon pessoalmente pelas dívidas da empresa, alegando que ele havia utilizado a personalidade jurídica da empresa para fraudar credores. A House of Lords, no entanto, decidiu que a empresa era uma entidade legal separada e distinta de Salomon, reafirmando o princípio da autonomia patrimonial e negando a desconsideração da personalidade jurídica, exceto em casos de fraude comprovada”.

No direito brasileiro, o doutrinador Rubens Requião foi quem cunhou o tema, pautando os elementos subjetivos de fraude e abuso de direito como pressupostos para a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. *In verbis*: “[...] focalizamos essa doutrina com o propósito de demonstrar que a personalidade jurídica não constitui um direito absoluto, mas está sujeita e contida pela teoria da fraude contra credores e pela teoria do abuso de direito”.

Neste ponto, é de extrema importância destacar as duas principais correntes de pensamento acerca da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica: a objetiva e a subjetiva. A teoria objetiva argumenta em prol da inexigibilidade de fraude ou abuso de direito, uma vez que são possíveis inúmeros cenários dos quais a confusão patrimonial privilegia o sócio da sociedade, sem, no entanto, a presença de abuso ou fraude. Paralelamente, a teoria subjetiva entende que a demonstração de fraude ou abuso de direito atribuíveis ao sócio são elementos essenciais para desconsideração da personalidade jurídica.

No ordenamento jurídico, o instituto primeiro foi positivado pelo artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor (1990). Posteriormente, as Leis nº 8.884/94, artigo 18

e nº 9.605, artigo 4º mencionam a desconsideração da personalidade jurídica. Por fim, o CC/02, em seu artigo 50, regulamenta efetivamente o objeto estudado.

É elencado, nesse viés, pelo CC/02, as hipóteses de abuso da personalidade jurídica em que a desconsideração se faz legítima: desvio de finalidade e confusão patrimonial. A primeira hipótese, refere-se a quando as tomadas de decisões realizadas pelos sócios da sociedade não condizem com a finalidade determinada na constituição da pessoa jurídica. Enquanto isso, a segunda hipótese, está atrelada às situações em que os bens dos sócios e os da sociedade se confundem.

Ainda, resta claro que a personalidade jurídica só pode ser de fato desconsiderada mediante comprovação de seu abuso. Isto porque, o dispositivo adota a Teoria Maior da desconsideração da personalidade jurídica; diferentemente do Código de Defesa do Consumidor, em que se admite a Teoria Menor e, assim, a conjuntura para se desconsiderar a personalidade de uma entidade é mais ampla.

As Jornadas de Direito Civil da Justiça Federal consagram a adoção feita pelo CC/02, conforme os Enunciados nºs. 7, 146 e 282:

Enunciado n. 7 – Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido.

Enunciado n. 146 – Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial).

Enunciado n. 282 – O encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso da personalidade jurídica.”

Quanto à aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, esta se desdobra por meio da instauração de um incidente próprio. O IDPJ, portanto, é um instrumento processual necessário à garantia da satisfação de credores, além de auxiliar na proteção das sociedades empresárias ao fazer com que os sócios avaliem riscos de forma a preservar a pessoa jurídica.

A respeito da matéria processual do IDPJ, o CPC/15 estabelece os parâmetros nos arts. 133 e seguintes. O legislador optou por inovar e permitir o requerimento do IDPJ em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial e, ainda, na própria petição inicial.

As alterações do CPC/15 demonstram o movimento do legislador para a proteção dos princípios do devido processo legal e da segurança jurídica, atestando a dilação probatória para apresentação de defesa no prazo de 15 (quinze) dias, vide artigo 135, e determinando a resolução do incidente por decisão interlocutória, e não por mero despacho (art. 136). Nesse sentido, vejamos a doutrina do i. processualista Humberto Theodoro Júnior:

Somente após a desconsideração, os sócios eram chamados a integrar a lide e interpor os recursos cabíveis. O contraditório e a ampla defesa, destarte, eram realizados *a posteriori*, mas de maneira insatisfatória, já que, em grau de recurso, obviamente, não há como exercer plenamente a defesa assegurada pelo devido processo legal. Suprindo a lacuna processual, o novo Código cuidou da matéria nos arts. 133 a 137, traçando o procedimento a ser adotado na sua aplicação, de maneira a submetê-lo, adequadamente, à garantia do contraditório e ampla defesa.

Contudo, há o que se discutir acerca do artigo 134, § 3º, da norma supracitada. O dispositivo determina a suspensão dos autos principais quando ajuizado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Entretanto, não parece adequado suspender todo o processo para que o debate acerca de um só assunto, a desconsideração da personalidade jurídica, seja realizado. Ademais, conforme o princípio da celeridade processual, seria viável, por exemplo, que uma eventual execução contra quem o feito foi ajuizado prosseguisse sem prejuízos.

Sobre tal prisma, é elementar observar o Enunciado 110 da II Jornada de Direito Processual Civil do Conselho Federal de Justiça (CFJ), no qual dispõe-se que “a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica não suspenderá a tramitação do processo de execução e do cumprimento de sentença em face dos executados originários”. Esta interpretação dada pelo CFJ mostra-se mais eficiente ao objetivo principal do IDPJ: a satisfação do credor, por determinar a suspensão do processo

apenas quando a responsabilização do devedor dependa diretamente do julgamento do incidente.

Por fim, uma das mudanças do CPC/15, destacada em seu artigo 137, diz respeito a eventuais alienações de patrimônio serem consideradas fraude à execução, à medida que o pedido de desconsideração da personalidade jurídica for acolhido, desde a citação da pessoa jurídica.

2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA A INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A necessidade da instauração do incidente da personalidade jurídica no âmbito das execuções justifica-se pela observação dos fundamentos preceituados na Constituição da República de 1988 (CRFB/88). Nesse sentido, é necessária a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica nas execuções fiscais a fim de garantir o princípio do devido processo legal, disposto no artigo 5º, LIV, da CRFB/88, o qual dispõe que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

O devido processo legal, portanto, exige a observância das formalidades do procedimento, ou seja, deve ser observado o procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica com a finalidade de alcançar o patrimônio pessoal dos sócios de determinada pessoa jurídica, uma vez que esses sócios não podem ser privados dos seus bens sem que sejam observadas todos os processos e procedimentos legais para que isso aconteça. Dessa forma, será possível, através do IDPJ, respeitar os direitos fundamentais processuais do contraditório e da ampla defesa, sob pena de violação ao devido processo legal.

Ademais, a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica nas execuções fiscais também objetiva a garantia, justamente, do contraditório e da ampla defesa, os quais encontram-se mitigados pela legislação ordinária, em especial nos casos de imputação da responsabilidade tributária ao sócio, nos termos do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional (CTN).

Nesse ínterim, o art. 5º, LV, da CRFB/88, dispõe que, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Assim, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica deve observar esses princípios constitucionais, a fim de garantir que não haja decisões surpresa sobre os patrimônios dos sócios das pessoas jurídicas. Além disso, os sócios e as pessoas físicas que administram a pessoa jurídica devem ter a oportunidade de se defenderem e impugnam uma possível constrição em seu patrimônio caso ocorra a despersonalização da pessoa jurídica. Tal vedação à decisão surpresa é justificada, justamente, pela obrigatoriedade de implementação do contraditório e da ampla defesa nos processos judiciais, de forma a garantir que ambas as partes sejam protegidas a partir dos direitos de defesa e resposta, ambos direitos humanos e fundamentais garantidos constitucionalmente.

Ressalte-se que a necessidade da instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nas execuções fiscais garante a observância do princípio da isonomia, o qual busca dar as mesmas oportunidades e instrumentos processuais às partes. Nessa perspectiva, os sócios da pessoa jurídica que é executada em uma execução fiscal devem ter a oportunidade de utilizarem o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica como forma de defesa, uma vez que o redirecionamento da execução fiscal - procedimento pelo qual se atinge o patrimônio dos sócios e administradores de uma pessoa jurídica de acordo com os ditames do CTN - não concede ao executado a ampla defesa, ao contrário do que prevê o princípio da isonomia.

A livre iniciativa, presente nos arts. 1ª, IV e 170, *caput*, da CRFB/88, também se destaca como um fundamento constitucional para a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nas execuções fiscais, uma vez que a regra é que o patrimônio dos sócios, ou seja, da pessoa física, não seja atingido.

Nesse ínterim, a distinção entre o patrimônio das pessoas físicas e jurídicas é que estimula o desenvolvimento das atividades econômicas no país, através da lógica da livre iniciativa. Sendo assim, é justamente devido a esse princípio e ao desenvolvimento econômico baseado na separação patrimonial entre pessoas físicas e jurídicas, que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica deve ser implementado no âmbito

das execuções fiscais, uma vez que, por determinar o atingimento de diversas etapas e requisitos para a sua implementação, garante maior proteção à pessoa do sócio e administrador, os quais não estão presentes no simples redirecionamento da execução fiscal, simbolizando uma fragilidade para o desenvolvimento da atividade econômica no país.

3. FUNDAMENTOS LEGAIS PARA A INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

No plano da legalidade, a instauração do incidente de desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica encontra respaldo em princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

Em referência ao CPC/15, o legislador sedimentou alguns pilares estruturais para o Direito brasileiro: princípio da boa-fé; princípio da cooperação processual; princípio da ampla defesa e do exercício do contraditório; princípio da não-surpresa, entre outros.

No contexto das execuções fiscais, o que vem ocorrendo, no entanto, em atenção ao Enunciado n.º. 53 da ENFAM, é o redirecionamento da execução fiscal ao sócio - nos termos do art. 135, III, do CTN - a qualquer momento da demanda sem a instauração do IDPJ, o que é uma clara afronta a diversos princípios constitucionais brasileiros, destacadamente os da ampla defesa e do exercício do contraditório.

Nesse ponto, lembre-se que a desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica tem natureza de demanda, sendo inclusive passível de pleito através de petição inicial (art. 134, § 2º, do CPC/15). Isto é, não há necessidade de cumulação com outra demanda.

Ainda, vale analisar o IDPJ a partir da conceituação do renomado processualista Cândido Rangel Dinamarco, que distingue os incidentes processuais e os processos incidentes.

Enquanto os incidentes processuais podem ser conceituados como “procedimentos menores, anexos e paralelos ao principal e dele dependentes”, um

processo incidente é um “processo novo, nova relação processual, que se instaura em razão de um outro já pendente e destinado a exercer alguma influência sobre ele”.

A partir das referidas premissas, Cândido Rangel Dinamarco reconhece o IDPJ como processo incidente, assim como Cassio Scarpinella Bueno, que por sua vez destaca ainda o caráter de demanda incidental do incidente.

Nessa esteira, o incidente foi criado com o objetivo de legitimar o que anteriormente era chamado de “redirecionamento da execução”, criando condições pelas quais, ao longo do processo, serão apurados os pressupostos materiais da desconsideração da personalidade jurídica, observando-se as bases principiológicas do processo civil brasileiro.

Deste modo, não parece plausível que o redirecionamento ocorra sem a instauração de incidente em que se confira ao sócio o amplo direito de defesa, momento no qual deverá o julgador sopesar se presentes os pressupostos da confusão patrimonial e do desvio de finalidade.

Além disso, sem a garantia da defesa prévia, qualquer decisão relacionada ao redirecionamento da execução torna-se, por consequência, uma decisão surpresa, o que é vedado pelo CPC/15. Veja-se a letra dos art. 9º e 10 da lei processual:

“Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Ainda, é digno de destaque a Teoria do Diálogo das Fontes, grande aliada da tese. Adotando-se o critério temporal e hierárquico, tanto a CRFB/88 quanto o CPC/15 estão em vantagem em relação ao CTN e à Lei 6.830/80 (Lei das Execuções Fiscais).

Mesmo que o CTN e a Lei das Execuções Fiscais sejam mais adequados ao critério da especificidade, é inegável que o ordenamento jurídico brasileiro obteve diversos avanços para uma justiça mais acessível, cooperativa e parelha através da CRFB/88 e do CPC/15, dispositivos que representam um novo marco temporal jurídico brasileiro, devendo sobrepor-se à legislação específica no presente caso.

Portanto, fica claro que os fundamentos norteadores do nosso Direito devem ser respeitados na hipótese discutida. A instauração do IDPJ demonstra-se imprescindível a algumas das garantias mais fundamentais do processo, devendo o redirecionamento da execução fiscal ao sócio ser realizada através dos termos e regras do incidente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, fica claro que o objetivo do presente artigo é apresentar os fundamentos constitucionais e legais que justifiquem a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das execuções fiscais, de modo a confirmar que esse procedimento é compatível com o Direito Tributário.

Portanto, dentro desse aspecto, o que se observa é que o mero redirecionamento da execução fiscal para a pessoa do sócio, na modalidade prevista atualmente pelo CTN, não é suficiente para garantir todos os direitos e proteções constitucionais e legais - como, por exemplo, o direito ao contraditório, à ampla defesa e a vedação da decisão surpresa - que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica traz em seu procedimento.

Logo, deve-se entender a necessidade da instauração do IDPJ para proteger as partes envolvidas nas execuções fiscais, de modo que o atingimento da pessoa dos sócios só possa ocorrer através do preenchimento de certos requisitos. Nesse sentido, o interesse da Fazenda Pública de cobrar os seus créditos de maneira mais célere e eficaz através do redirecionamento da execução, não pode se sobrepor às garantias dos particulares de terem os seus direitos fundamentais e processuais assegurados. Apenas o IDPJ é capaz de garantir o alcance e a efetividade desses direitos no âmbito das execuções fiscais.

REFERÊNCIAS

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. **Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Revista do BNDES, n. 35. Disponível em https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/3686/3/RB%2035%20Teoria%20da%20Desconsidera%C3%A7%C3%A3o%20da%20Personalidade%20Jur%C3%ADica_P.pdf. Acesso em 02/06/2024.

BITTENCOURT, Hayna. **Direito Processual Civil**. Revista EMERJ, n. 1, 2013. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_processual_civil/edicoes/n1_2013/pdf/HaynaBittencourt.pdf. Acesso em 02/06/2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Brasília, DF:Senado Federal, 2023. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 24/05/2024.

_____. **Lei nº 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Senado Federal, 1966. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em 24/05/2024.

_____. **Lei nº 6.830**, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1980. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16830.htm. Acesso em 24/05/2024.

_____. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Senado Federal, 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 02/06/2024.

_____. **Lei nº 8.884**, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm. Acesso em 02/06/2024.

_____. **Lei nº 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em 02/06/2024.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 24/05/2024.

_____. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 24/05/2024.

_____. **Lei nº 13.874**, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera diversas Leis e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2019. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113874.htm. Acesso em 24/05/2024.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. v.1.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e parte geral do código de processo civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018..

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Parte Geral - Volume 1**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 7. I Jornada de Direito Civil**, 2002.

_____. **Enunciado 146. III Jornada de Direito Civil**, 2005.

_____. **Enunciado 282. IV Jornada de Direito Civil**, 2006.

_____. **Enunciado 110. II Jornada de Direito Processual Civil**, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 2. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). **Enunciado 53. Seminário - O Poder judiciário e o novo código de processo civil: enunciados aprovados**, [S. l.], 2015.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 45.

FLEURY DA ROCHA, Henrique de Moraes. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de Direito Comercial e de Empresa: teoria geral da empresa e direito societário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1.

PANTOJA, Teresa Cristina G., Anotações sobre as pessoas jurídicas. In Gustavo Tepedino, **O código civil na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 351.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2024.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 59. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Revista EMERJ**. v. 25, p. 229. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista25/revista25_229.pdf. Acesso em 02/06/2024.

DO CABIMENTO DO IDPJ NO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL E O TEMA REPETITIVO 1209

Marcelo Pereira de Almeida ¹
Carolina Costa Bittencourt Silva Arruda ²
Paulo Araújo Vasconcelos ³

Eixo Temático: GT 3 – Precedentes, processos coletivos e estruturais e inteligência artificial na efetivação dos Direitos Humanos

RESUMO

O presente trabalho direciona a discussão do cabimento (ou não) do incidente de descon sideração da personalidade jurídica nos processos de execução fiscal. Desenvolve-se pela metodologia de pesquisa parcialmente exploratória, com levantamento bibliográfico e documental pertinentes ao tema, as quais serão utilizadas como referencial teórico para a exposição dos principais argumentos contra e a favor da aplicação do incidente a esses processos. Ao término do trabalho, concluiu-se pelo cabimento do incidente no rito especial, uma vez que há dispositivos legais que preveem sua aplicação às execuções fiscais; é possível sua aplicação por analogia, diante da ausência de procedimento específico para a responsabilização tributária no curso do processo; e é proibido imputar responsabilidade ao terceiro que não figura na Certidão de Dívida Ativa sem prévio contraditório.

Palavras-chave: Incidente de descon sideração da personalidade jurídica. Redirecionamento da execução fiscal. Responsabilidade tributária. Responsabilidade patrimonial.

INTRODUÇÃO

“Diálogos com as Cortes de Precedentes: Uma proposta de democratização do processo pela participação de *amicus curiae*” é um projeto de Pesquisa e Extensão

¹Pós-Doutor em Direito Processual pela UERJ. Pós-doutorando em Direito pela Universidade de Burgos (Espanha). Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (2013). Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2007). Professor Adjunto de Teoria Geral do Processo e Direito Processual da Universidade Federal Fluminense, Professor do Programa de Pós- Graduação em Direito, Instituições e Negócios (PPGDIN) da UFF (Doutorado), Professor de Direito Processual Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professor Permanente do PPGD (mestrado) da UCP. Coordenador adjunto do Curso de Direito e Professor de Direito Processual da Unilasalle - Institutos Superiores de Ensino. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal Fluminense - UFF. Consultor da Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP/UERJ - Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil - IBDP, da Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPro e do Instituto Carioca de Processo Civil - ICPC. Membro da Comissão de Garantismo Processual da OAB/RJ. Advogado, e-mail: marcelo.almeida@ucp.br, <http://lattes.cnpq.br/0245213114864531>.

²Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense. E-mail: carol.bittencourt@hotmail.com, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5249681018296832>.

³Graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense. E-mail: paulovasconcelos@id.uff.br, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7147543223518611>.

desenvolvido pelo Laboratório Fluminense de Estudos Processuais, que tem como objetivo precípua destacar e incentivar a democratização dos ambientes processuais destinados a construção de pronunciamentos judiciais vinculantes, denominados precedentes, que versem sobre questões atinentes a normas afetas aos modelos de processo e potencializam grande impacto social. Para alcançar este fim, após a análise do caso, busca-se a habilitação do Departamento de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense (SDP-UFF) como *amicus curiae* em processos com esse escopo que estejam em curso nas cortes de precedentes.

A investigação, ora em andamento, direciona a discussão do cabimento (ou não) do incidente de desconideração da personalidade jurídica (IDPJ) nos processos de execução fiscal, questão intrinsecamente ligada ao princípio do contraditório e objeto de considerável divergência nas cortes brasileiras, a ponto de o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ter determinado a suspensão dos recursos especiais e agravos em recursos especiais em segunda instância e/ou no STJ que versem sobre o assunto até a apreciação da tese sob a sistemática dos recursos repetitivos (ProAfR no REsp nº 2.039.132/SP - Tema 1209).

Com efeito, no dia 22 de agosto de 2023, os Ministros da Primeira Seção da Corte Superior afetaram os Recursos Especiais 2.039.132/SP, 2.035.296/SP, 2.013.920/RJ, 1.971.965/PE e 1.843.631/PE ao rito dos recursos repetitivos, para definir a) se o IDPJ, previsto no art. 133 e seguintes do Código de Processo Civil (CPC), é compatível ou não com o rito próprio da execução fiscal, regida pela Lei nº 6830/1980; e b) sendo compatível, identificar as hipóteses de imprescindibilidade de sua instauração, considerando o fundamento jurídico do pleito de redirecionamento do feito executório. Ao propor a afetação dos recursos, o Ministro Relator Francisco Falcão argumentou que a discussão sobre a compatibilidade do IDPJ com a execução fiscal, bem como a questão sobre quais as hipóteses em que o incidente é necessário, são causas notórias de “multiplicidade de processos”. Além disso, salientou a necessidade de uniformizar o entendimento, diante da divergência entre as Turmas da Primeira Seção, e ressaltou o impacto jurídico e financeiro envolvendo a controvérsia: se, de um lado, há o interesse da Fazenda Pública em garantir o caminho célere e efetivo na cobrança dos seus créditos, de outro, há o interesse do particular em ver seu direito ao contraditório tutelado antes de ter o executivo fiscal redirecionado para si (Brasil, 2023).

Este trabalho se desenvolve pela metodologia de pesquisa parcialmente exploratória, com levantamento bibliográfico e documental pertinentes ao tema, as quais serão utilizadas como referencial teórico para a exposição dos principais argumentos contra e a favor do cabimento de instauração do IDPJ nos processos de execução fiscal.

Na primeira seção, aborda-se os fundamentos legais para a aplicação do incidente na execução fiscal. Na segunda, a distinção entre responsabilidade tributária e desconsideração da personalidade jurídica e se ela possibilita a imputação de responsabilidade a terceiro que não figura na Certidão de Dívida Ativa. Na terceira, a impropriedade da decisão interlocutória constitutiva da responsabilidade tributária desse terceiro, ponderando-se sobre a viabilidade de formação do título executivo judicial sem oportunidade de debate.

Ao final do trabalho, concluiu-se que a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica às execuções fiscais é permitida, uma vez que há dispositivos legais que preveem sua aplicação a esses processos; é possível sua aplicação por analogia, diante da ausência de procedimento específico para a responsabilização tributária no curso do processo; e é proibido imputar a responsabilidade patrimonial ao terceiro que não figura na Certidão de Dívida Ativa sem prévio contraditório (violação do princípio *nulla executio sine titulo*).

1. FUNDAMENTOS LEGAIS EXPRESSOS PARA A APLICAÇÃO

Parte da doutrina vislumbra em determinadas disposições legais a permissão para se aplicar o incidente em comento ao rito especial dos executivos fiscais. Na forma do art. 134, *caput*, do CPC, “o incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial” (Brasil, 2015). Já na Lei de Execução Fiscal nº 6.830/80 (LEF), em seu art. 1º, está previsto que “a execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil” (Brasil, 1980).

Segundo Brunno Lorenzoni e Sergio André Rocha (2016), a Lei de Execução Fiscal, bem como o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), não tem qualquer

previsão legal a ser seguida pelo juiz quando é necessário se verificar, no curso do processo, a responsabilidade de terceiro proveniente da aplicação da lei tributária.

De fato, ao tempo do CPC/1973, coube a jurisprudência o papel de estabelecer o procedimento para redirecionar a execução às pessoas que não figuravam no título executivo. Como revela Humberto Theodoro Júnior (2023, p.822), os tribunais entendiam que a desconsideração poderia ocorrer incidentalmente nos próprios autos da execução, sem necessidade de ajuizamento de ação própria: se o credor demonstrasse a presença dos requisitos legais, o juiz deveria levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atingisse os bens particulares de seus sócios, de modo a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros. Os sócios eram chamados a integrar a lide e interpor os recursos cabíveis somente após a desconsideração. No procedimento, o contraditório e a ampla defesa eram realizados *a posteriori*, mas de maneira insatisfatória, “já que, em grau de recurso, obviamente, não há como exercer plenamente a defesa assegurada pelo devido processo legal”.

Em particular nas execuções fiscais, reconhecia-se à Fazenda Pública a possibilidade de, nos autos da execução e sem instauração de qualquer incidente prévio, requerer o redirecionamento que, uma vez deferido pelo juiz, acarretava a citação do sócio, cuja defesa seria feita *a posteriori* em embargos do devedor, com o que se entendia resguardado o contraditório (Theodoro Júnior, 2023).

Em relação à disposição do Código Processual Civil, Humberto Theodoro Júnior (2023, p.827) assinala que o art. 134, *caput*, do CPC, não deixa margem à dúvida quanto ao cabimento do IDPJ “no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial”, gênero a que pertence a execução fiscal:

Embora profundamente alterado o rito da execução fiscal, o certo é que sua estrutura processual continua sendo a da execução por quantia certa, no que toca aos requisitos básicos e à natureza dos atos processuais que o compõem. E o Código de Processo Civil permanece sendo fonte de regulamentação em tudo aquilo que não foi expressamente regulado pela Lei 6.830 (art. 1º) (Theodoro Júnior, 2022 apud Theodoro Júnior, 2023, p.827).

Na falta de um procedimento específico para o reconhecimento de responsabilidade tributária durante o processo e considerando que o executivo fiscal é

espécie de execução fundada em título executivo extrajudicial, portanto, “nada mais coerente do que aplicar o novo procedimento de instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos termos do art. 133 do NCPC” ao rito especial (Lorenzoni; Rocha, 2016, p.162).

Além disso, nos termos do art. 4º, §2º, da LEF, “à Dívida Ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial”. Segundo Fernando da Fonseca Gajardoni (2018, p.64), se as normas civis sobre responsabilidade patrimonial exigem um incidente prévio de apuração para que o terceiro seja considerado responsável por débito alheio:

[...] absolutamente razoável que se lhe aplique, também, aos casos de redirecionamento da execução fiscal, não havendo nenhuma particularidade do direito material que justifique a preservação desta garantia na situação dos arts. 28 do CDC e 50 do CC, e a supressão dela nos casos do art. 135 do CTN.

É preciso considerar, por fim, que o Código de Processo Civil de 2015 instituiu a arguição de desconsideração da personalidade jurídica como objeto de um incidente de intervenção de terceiro na sua Parte Geral, motivo pelo qual o incidente se mostra cabível em qualquer procedimento, seja do processo de conhecimento ou do processo de execução, seja ele um procedimento comum ou especial (Theodoro Júnior, 2023). Nesse sentido, Flávio Luiz Yarshell (2015 apud Terciotti; Peluzo, 2016, p.204) defende que:

[...] por ser norma geral, a regra do CPC se aplica não apenas ao processo perante a justiça comum (federal e estadual), mas em todo e qualquer caso de desconsideração de personalidade jurídica perante justiças especializadas. Salvo se vier a ser editada regra especial que expressamente derroge o sistema do CPC, a norma por ele estabelecida – que, aliás, está em consonância com os cânones do devido processo legal (CF; art. 5º, LIV) – deve prevalecer. Da mesma forma, é aplicável aos processos de todas essas justiças a regra expressa no art. 9º do CPC, inspiração geral do incidente ora examinado.

Alguns doutrinadores, contudo, advogam a tese de que o legislador, quando pretendeu estender a aplicação do incidente a determinados procedimentos especiais, foi expresso ao dispor sobre tais hipóteses, a exemplo do art. 1.062 do CPC, que determina sua aplicação aos processos de competência dos juizados especiais. Segundo Gilson Pacheco Bomfim (2016), a ausência de regra similar específica no caso dos executivos

fiscais revela clara opção do legislador em priorizar a celeridade e simplicidade do procedimento específico previsto na Lei de Execução Fiscal, construído ao longo do tempo pela doutrina e jurisprudência, e que concentra a defesa do executado nos embargos à execução, na forma do art. 16, §2º, da LEF. Comentando o dispositivo, Arthur Moura (2019, p.143) entende que o legislador poderia tê-lo feito em relação ao microsistema de execução fiscal: “não o fazendo – o que se poderia chamar de silêncio eloquente –, não cabe sua extensão a outros microsistemas processuais”.

A tese, porém, não está imune a críticas. O legislador previu expressamente a aplicação do incidente de desconideração nos processos de competência dos juizados especiais, pois a Lei dos Juizados Especiais nº 9.099/95, que os regula, não admite “qualquer forma de intervenção de terceiro nem de assistência”, mas apenas o litisconsórcio, na forma do art. 10 (Brasil, 1995). Contornando esse inconveniente, o Código de Processo Civil cuidou de autorizar a aplicação do incidente de desconideração também aos processos nos juizados especiais, não havendo nenhuma vedação a sua aplicação na Lei de Execução Fiscal que mereça o mesmo afastamento por expressa disposição legal (Theodoro Júnior, 2023).

Além disso, tendo em vista os princípios que orientam os processos nos juizados especiais, a interpretação do dispositivo deve ser diametralmente oposta. Segundo Ronaldo Campos e Silva (2017, p.664-665), da previsão específica para os juizados especiais trazida pelo texto legal não resulta a inaplicabilidade do incidente em outros procedimentos estabelecidos em leis extravagantes. Ao contrário:

[...] O sentido correto da norma é o de que, se até nos juizados especiais o incidente tem lugar, não há razão para arredá-lo de outros procedimentos. Melhor dizendo, se até nos juizados especiais, onde o processo é regido pelos critérios da "oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade", o incidente deve ser aplicado, quanto mais em outros procedimentos em relação aos quais tais princípios não foram expressamente selecionados pelo legislador.

Em síntese, com base nos arts. 1º e 4º, §2º, da LEF, no art. 134, *caput*, do CPC, e considerando que o incidente de desconideração da personalidade jurídica está previsto como espécie de intervenção de terceiros na Parte Geral do Código de Processo Civil, sua aplicação subsidiária ao rito das execuções fiscais é de rigor, por encontrar fundamento em dispositivos legais expressos, seja na lei especial ou geral.

2. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA X DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Além dos dispositivos legais já mencionados, o §4º do art. 795, do CPC, traz a seguinte prescrição: para a desconsideração da personalidade jurídica, é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código. Se preenchidas as hipóteses que ensejam a desconsideração da personalidade jurídica no caso concreto, portanto, é obrigatório que o afastamento da autonomia patrimonial da pessoa jurídica com a consequente responsabilização patrimonial de terceiro, pessoa física ou jurídica (nos casos de desconsideração inversa e expansiva ou indireta), proceda de acordo com o incidente previsto nos arts. 133 e seguintes, do CPC.

A doutrina, porém, se divide quanto ao alcance do conceito de desconsideração da personalidade jurídica, em especial no que se refere a outras hipóteses de responsabilização de terceiro que não trazem, em sua nomenclatura, o nome “desconsideração”.

2.1. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DERIVA DA LEI

De um lado, entende-se que a responsabilização tributária não seria forma de desconsideração da personalidade jurídica, pois a responsabilização prevista no art. 135, do Código Tributário Nacional (CTN), não se equipara às situações previstas no art. 50, do Código Civil (CC). Por tal razão, a sistemática utilizada até o advento do Código de Processo Civil de 2015 (pela qual o terceiro é incluído no polo passivo da execução já em curso, seus bens são penhorados e, só depois, é intimado para apresentar defesa) deveria persistir.

Segundo João Aurino de Melo Filho (2023), o processo de execução fiscal pode ter o polo passivo substancialmente modificado durante seu curso. As alterações, em regra, são motivadas por causas de responsabilidade superveniente, quando a legitimidade surgirá depois da formação da Certidão de Dívida Ativa (CDA) em função de fatos posteriores. Tais eventos autorizariam a responsabilização mesmo daquele que não esteja designado no título por meio de ato administrativo ou decisão judicial.

Na forma do art. 4º, da LEF, a execução fiscal poderá ser promovida contra: o devedor (inciso I); o fiador (inciso II); o espólio (inciso III); a massa (inciso IV); o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado (inciso V); e os sucessores a qualquer título (inciso VI).

Conforme relato de Milton Flaks (1981 apud Melo Filho, 2023), é pacífico o entendimento de que a execução fiscal pode ser proposta ou prosseguir em face do espólio, da massa e dos sucessores independentemente de emenda ou substituição da CDA. Mas não há a mesma aceitação quanto ao ajuizamento ou prosseguimento do feito executório contra o responsável que (fora os mencionados) não conste no título executivo. James Marins (2012 apud Melo Filho, 2023, p.480), por exemplo, defende que o pedido de redirecionamento da execução é permitido, somente se estiver fundamentado e comprovado por apuração administrativa prévia do fato implicador da responsabilidade:

Naturalmente, haverá situações em que a causa da responsabilidade será posterior à inscrição em dívida ativa e até mesmo posterior ao aforamento da execução fiscal. A hipótese que ocorre mais amiúde é a da extinção irregular da sociedade pelo abandono ulterior à ação executiva. Nesses casos, ocorrido o fato ensejador da responsabilidade do administrador, este deverá ser apurado na via administrativa, formalizado adequadamente e somente então inserido o novo sujeito passivo no âmbito da execução, pela via da emenda à CDA prevista no parágrafo 8º do art. 2º da LEF. Nesse caso é perfeitamente possível o pedido de redirecionamento, desde que fundamentado e comprovado pela apuração administrativa prévia.

Na visão de Flaks (1981 apud Melo Filho, 2023, p.480), o art. 4º, inciso V, da LEF, seria “absolutamente inócuo” se a tese de que a execução só pode ser proposta ou prosseguir contra o responsável constante na CDA for verdadeira e “não se deve presumir que a lei contenha disposições inúteis”. Além disso, “como salta à evidência”, os demais incisos do art. 4º (com exceção do devedor), “destinam-se precisamente a autorizar a execução contra sujeitos passivos estranhos ao título”.

Interpretando o art. 779, do CPC, Bomfim (2016, p.134) chega à conclusão semelhante. Dentre outros elencados no dispositivo, a execução pode ser promovida contra: o devedor, reconhecido como tal no título executivo (inciso I); e o responsável tributário, assim definido em lei (inciso VI). Segundo o autor, a “simples leitura” do art.

779 revela que, enquanto o devedor originário precisa necessariamente constar no título executivo, não se exige que os sucessores e responsáveis tributários também constem, o que viabiliza sua execução no curso do processo executivo mesmo sem figurar no título que o lastreia. O dispositivo, assim, passaria a fundamentar os pedidos de redirecionamento em face dos administradores das pessoas jurídicas combinado com os arts. 4º, da LEF, e 135, inciso III, do CTN.

O art. 4º, ademais, determina que a execução fiscal poderá ser “promovida”. Para Arthur Moura (2019, p.141-142), é possível que a execução ocorra em desfavor das pessoas elencadas desde o início, “mas, sobretudo, ao longo do processo, por meio do redirecionamento”, diante da redação do texto legal. “Situação diversa se daria se a LEF se utilizasse de outro termo, como *poderá ser ajuizada*” e, portanto, a lei especial não limita a fixação do sujeito passivo ao momento da propositura da ação.

Flaks (1981 apud Melo Filho, 2023), porém, pondera sua conclusão em função dos arts. 2º, §5º, inciso I, da LEF, e 202, inciso I, do CTN. Consta na redação de ambos a necessidade de que o nome dos corresponsáveis, juntamente com o do devedor, esteja contido no Termo de Inscrição de Dívida Ativa e, assim como o art. 4º, inciso V, não podem ser considerados inúteis. Buscando conciliá-los com a suposta permissão legal para se promover a execução contra o responsável tributário a qualquer tempo, o autor chega à seguinte conclusão:

a) o lançamento do crédito fiscal deverá ser feito contra o responsável, quando a causa de responsabilidade for do conhecimento da Fazenda e contemporânea do nascimento da obrigação (v.g., sonegação de tributos pela empresa). Neste caso, o nome do responsável figurará no título executivo, atendendo-se ao disposto no art. 2º, § 5º, nº 1, da LEF. Outro entendimento resultaria em suprimir-lhe o direito de defesa na órbita administrativa, uma vez que o lançamento de obrigações *ex lege* pressupõe, normalmente, um procedimento contencioso fiscal.

b) Dispensável que o nome do responsável figure no título quando a responsabilidade resulta de causa superveniente ao lançamento. Contra ele poderá a Fazenda propor ou prosseguir na execução, com fulcro no art. 4º, nº V, da LEF. Restará ao responsável o direito de defesa na esfera judicial. Contraria a lógica e os princípios que informam a execução fiscal, pudesse a satisfação de um crédito público ser retardada ou prejudicada por fato não imputável à Fazenda.

c) Aplica-se, ainda, o art. 4º, nº V, da LEF, se a responsabilidade, embora contemporânea do nascimento da obrigação, era desconhecida da Fazenda, à época do lançamento, em virtude de omissão de um dever legal ou malícia do próprio responsável. É corolário do princípio segundo o qual não deve o infrator beneficiar-se da infração. (FLAKS, 1981 apud MELO FILHO, 2023, p.482-483)

Com base no entendimento do doutrinador, Melo Filho (2023, p.484) conclui que, se a situação que modifica a estrutura obrigacional (e, por consequência, “autoriza a responsabilização de um novo sujeito passivo”) ocorre depois do ajuizamento da execução fiscal, está dispensado qualquer ato adicional no procedimento administrativo. À Fazenda, portanto, estaria permitido requerer a responsabilização do (até então) terceiro diretamente nos autos do processo.

O manejo do incidente de descon sideração também estaria dispensado nos casos de dissolução irregular da sociedade empresarial, por outros motivos. O incidente criado pelo Código de 2015 trataria, apenas, da responsabilização motivada pela descon sideração da personalidade jurídica em sentido estrito, conforme disciplinam o art. 50, do CC, e outras normas específicas que prescrevem a descon sideração em nichos delimitados, a exemplo do art. 28, do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Não se estenderiam, portanto, às hipóteses de responsabilização dos sócios que não exijam descon sideração (Melo Filho, 2023).

Essa conclusão reúne grande parte da doutrina desenvolvida sobre o tema. Entende-se que, muito embora possam produzir um efeito prático similar (sujeição do patrimônio de um terceiro não obrigado originariamente), responsabilidade tributária e descon sideração da personalidade jurídica são figuras jurídicas diferentes e, por consequência lógica, se submetem a tratamentos distintos no campo processual (Bomfim, 2016; Pereira; Henning, 2016).

Em sua linha mais técnica, de acordo com a origem do instituto, a descon sideração da personalidade jurídica tem por premissa o seu uso abusivo, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão do patrimônio dos sócios ou administradores com o da pessoa jurídica. Não decorre do mero inadimplemento da obrigação pela sociedade (Miranda, 2017).

Já a responsabilidade tributária de terceiro está prevista nos arts. 134 e 135, do CTN. Dispõe o art. 135, inciso III que “são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado” (Brasil, 1966). A partir do texto legal, verifica-se que o redirecionamento da execução fundado na hipótese de responsabilização do Código Tributário não decorre da constatação de abusos ou desvios na utilização da pessoa jurídica, mas de ilícito próprio praticado pelo administrador. Os institutos, portanto, são diferentes e não poderiam ser confundidos, pois diversos são os procedimentos a serem seguidos para cada um (Miranda, 2017).

Ademais, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi desenvolvida para os casos em que não era possível atingir o patrimônio do terceiro que usava a pessoa jurídica de forma abusiva e se valia do escudo formado pela personalidade jurídica. Foi moldada, em suma, pois não era possível a sujeição direta do patrimônio dos sócios. A desconsideração, por outro lado, não seria necessária nos casos em que é permitida a responsabilização direta do terceiro (a exemplo dos casos de fiança, sucessão, responsabilidade civil dos sócios, responsabilidade tributária dos administradores por ato ilícito etc.), pois, nestes, é possível atacar seu patrimônio diretamente com base na lei (Bomfim, 2016). Corroborando essa conclusão, Bomfim cita Fredie Didier Jr. (2015 apud Bomfim, 2016, p.136), para quem:

Aplica-se a teoria da desconsideração, apenas, se a personalidade jurídica da sociedade empresária colocar-se como obstáculo à justa composição dos interesses; se a autonomia patrimonial da sociedade não impedir a imputação de responsabilidade ao sócio ou ao administrador, não existe desconsideração. Uma regra geral que atribua a responsabilidade ao sócio, em certos ou em todos os casos, não é regra de desconsideração da personalidade jurídica.

Além das diferenças entre os institutos, a doutrina aponta incompatibilidades quanto à espécie normativa que os regula. Segundo Melo Filho (2023, p.574-575), o Código Tributário Nacional, em seu art. 135, não prevê hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, mas sim hipóteses de solidariedade passiva entre pessoa jurídica e sócio. E não é preciso levantar o véu da personalidade jurídica para se reconhecer a responsabilidade solidária do sócio, nem afastar a responsabilidade da pessoa jurídica. O

autor salienta que sempre houve dúvidas acerca do cabimento da desconsideração da personalidade jurídica na seara tributária, pois o art. 50, do CC, que a regula, é lei materialmente ordinária. Por outro lado, não haveria (“e até obviamente”) nenhuma dúvida em relação à aplicabilidade do art. 135, do CTN, pois hipóteses de responsabilidade tributária dependem de norma tópica da legislação tributária para incidir, em respeito ao princípio da legalidade.

De fato, diante do potencial invasivo sobre o patrimônio das pessoas naturais e jurídicas, somado à necessidade de planejamento fiscal do contribuinte, o direito tributário é marcado pela presença acentuada do princípio da legalidade, incluindo a regulação obrigatória de suas normas gerais por lei complementar “como forma de velar pela segurança jurídica do Estado e do contribuinte”, por força do art. 146, inciso III, da Constituição Federal (CF). Assim, se a própria lei fixa os fatos e circunstâncias que determinam a responsabilidade tributária do administrador, sua responsabilização decorre diretamente da lei e não depende de desconsideração da personalidade jurídica para ser efetivada. Verificadas as circunstâncias, estará automaticamente configurada a responsabilidade solidária (Pereira; Henning, 2016, p.149).

No campo processual, ainda que se admita a regulação por lei comum, o legislador optou por regradar a matéria em lei específica (a LEF), o que afasta a aplicação da norma processual geral (o CPC) pelo critério da especialidade, sobretudo o que regula instituto de direito material incompatível com norma específica do Código Tributário Nacional (art. 135) e regido por lei despida do quórum qualificado exigido para tal fim (Pereira; Henning, 2016).

A sujeição passiva do sócio, enfim, está presente inclusive no Direito Privado e independe da desconsideração da personalidade jurídica (Melo Filho, 2023). A título de exemplo, o Código Civil prevê as hipóteses de responsabilidade solidária dos sócios pela distribuição de lucros fictícios (art. 1.009), de responsabilidade pessoal do administrador que aplique bens sociais em proveito próprio (art. 1.017) e da responsabilidade ilimitada por deliberações contrárias ao contrato social de quem as tiver aprovado (art. 1.080).

Em síntese, outra parte da doutrina observa distinções claras e materiais entre desconsideração da personalidade jurídica e reconhecimento de vínculo de sujeição passiva do sócio em razão de lei específica (Melo Filho, 2023). Não haveria que se falar

em desconsideração da personalidade jurídica da empresa nas hipóteses de responsabilidade tributária, pois a lei determina de plano a responsabilização dos seus gerentes. Além disso, se referido instituto é inaplicável na seara tributária, o incidente criado para reconhecê-lo é igualmente desnecessário em sede de execução fiscal (Pereira; Henning, 2016).

A distinção, inclusive, teria sido placitada pelo Código Processual de 2015. O art. 790, ao dispor sobre os sujeitos passivos da responsabilidade patrimonial, diferencia “o sócio, nos termos da lei” (inciso II) do “responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica” (inciso VII). Assim, a sujeição passiva do sócio, em razão de atos específicos previstos em leis também específicas (“nos termos da lei”), se enquadra no inciso II, do art. 790. O dispositivo não se confunde com a hipótese do inciso VII, que exige a constatação do abuso da personalidade jurídica dentro de um incidente tópico:

E qualquer interpretação que defenda ter o CPC utilizado um conceito amplo de desconsideração da personalidade jurídica ao cuidar do incidente a abarcar todos os casos de responsabilização de terceiro, terá que concluir pela inutilidade da norma do inciso II do artigo 790. (Melo Filho, 2023, p. 576-577).

2.2. POSICIONAMENTO CRÍTICO

Como visto no item anterior, parte da doutrina entende que a execução dos elencados nos arts. 4º, da LEF, e 779, do CPC, prescinde do reconhecimento no título executivo, à exceção do devedor. A execução contra o responsável tributário poderia ser promovida sem que seu nome conste na Certidão de Dívida Ativa, pois os demais incisos se destinam “precisamente a autorizar a execução contra sujeitos passivos estranhos ao título” e, assim, o inciso V, do art.4º, mereceria a mesma interpretação.

A razão que motiva a prescindibilidade para os outros potenciais executados, porém, não se aplica ao responsável tributário. Todos os legitimados especiais descritos nos incisos II, III, IV e VI, do art. 4º, da LEF (fiador, espólio, massa e sucessores a qualquer título), mantém vínculo jurídico com o legitimado comum (o devedor, inciso I) baseado na noção de sucessão. Sua legitimidade decorre de “verdadeiro imperativo”: os eventos que deflagram a sucessão (como a morte e a falência, por exemplo) ensejam o desaparecimento jurídico do devedor (à exceção do caso do fiador). Dessa maneira, ou o

ordenamento comete legitimidade aos sucessores do devedor na titularidade de seus deveres ou o processo de execução se extingue, diante da falta de sujeito passivo (Conrado, 2021, p.49-50).

O argumento, contudo, não justifica a execução contra o responsável tributário. Sua responsabilidade não está condicionada à evento implicative do desaparecimento do devedor como nos demais casos e, portanto, não se vincula à noção de sucessão. Por esse motivo, inclusive, essa legitimidade especial exige o emprego do litisconsórcio, distinguindo-se dos outros elencados, sujeitos à execução em razão do desaparecimento do devedor. Nesse caso, a Fazenda Pública credora direciona a execução contra o devedor e, sem afastá-lo, procede da mesma forma contra o responsável. Para tanto, é preciso que o fato gerador da responsabilidade incidente sobre esse outro sujeito esteja configurado no caso concreto, tanto quanto o fato deflagrador da obrigação exequenda (Conrado, 2021).

Em relação à suposta dispensa do nome do responsável tributário no título executivo trazida pelo art. 779, inciso VI, do CPC, é preciso ter em vista o que dispõe a lei especial que regula os executivos fiscais. Conforme mencionado no item anterior, o devedor e os demais corresponsáveis devem ser designados no Termo de Inscrição de Dívida Ativa, por força do art. 2º, §5º, inciso I, da LEF. Segundo Araken de Assis (2005 apud Didier Júnior et al., 2022), se realmente fosse necessária a designação do responsável no Termo, ele se transformaria em devedor e, em consequência, não haveria razão para o art. 4º, inciso V, da LEF, mencioná-lo: bastaria dispor apenas sobre o devedor, pois aquele que figura no Termo de Inscrição de Dívida Ativa ostenta essa condição.

Fredie Didier Jr. et al. (2022, p.336), contudo, entende que o art. 779, inciso VI, do CPC, é desnecessário quando sujeita à execução os bens do responsável tributário, pois “a hipótese do inciso I já seria suficiente”. Além disso, não é apenas o responsável tributário que pode ser sujeito passivo da execução, mas qualquer responsável. Portanto, em vez de permitir a execução sem título executivo contra o terceiro supostamente responsável, o inciso VI traz um sujeito contemplado no vocábulo “devedor”, diante do art. 2º, §5º, inciso I, da LEF, e deve, igualmente, figurar no título.

A partir do conceito de devedor, o responsável tributário seria “aquele que está direta e imediatamente relacionado, materialmente falando, ao crédito exequendo, por ele respondendo na condição de sujeito passivo ordinário” (Conrado, 2021, p.48).

2.2.1. IDPJ como meio jurídico hábil para apurar a responsabilidade sem dívida

A análise da obrigação e responsabilidade tributárias pressupõe a distinção entre duas facetas do fenômeno obrigacional. A primeira, de índole teórico-geral, está relacionada ao conceito de responsabilidade patrimonial (tributária) na forma da teoria dualista da obrigação. A segunda, de viés estritamente jurídico-positivo, está ligada ao conceito de responsabilidade tributária, de acordo com o art. 121, parágrafo único, inciso II, do CTN (PRIA, 2021).

Sob o ângulo jurídico-positivo, obrigação e responsabilidade tributárias são conceitos complementares, pois a segunda consiste num elemento da primeira. A figura do “responsável tributário” (terceiro estranho ao fato jurídico tributário) foi erigida à condição de sujeito passivo da própria obrigação tributária em sentido estrito por uma “estratégica opção política”: a regra autoriza que o responsável tributário seja envolvido no processo de cobrança desde o momento da constituição da própria relação obrigacional em sentido estrito, permitindo que o crédito tributário seja constituído diretamente contra pessoa que não pratica o fato gerador, não é contribuinte, mas que, com ele, mantém relação. Não é preciso aguardar, dessa forma, o descumprimento da obrigação tributária para, apenas então, atribuir responsabilidade patrimonial ao terceiro: sobrevindo o inadimplemento, a responsabilidade patrimonial do responsável tributário decorrerá diretamente da sujeição passiva na obrigação tributária. Esse procedimento autorizará a inscrição do nome do responsável no Termo de Inscrição de Dívida Ativa, permitindo que a execução seja ajuizada diretamente contra ele (Pria, 2021, p.339).

Essa compreensão do fenômeno obrigacional tributário, porém, gera implicações no que se refere à aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica às execuções fiscais. Segundo Rodrigo Dalla Pria (2021, p.339-340), há uma tendência no sentido de não considerar o responsável tributário como “terceiro interessado” para fins de alcance do incidente, visto que “seria ele ‘sujeito passivo’ da relação obrigacional que

suporta a execução fiscal, e não um ‘terceiro’ propriamente dito”. Para os responsáveis tributários, bastaria o redirecionamento do processo executivo.

O sujeito supostamente responsável, contudo, não pode ser juridicamente equiparado ao responsável tributário que tenha assumido essa condição por meio do lançamento, quando for identificado após i) a constituição do crédito tributário; ii) a inscrição do débito em dívida ativa; e iii) a propositura da ação executiva fiscal. Para Priá (2021, p.340-341), as regras de responsabilidade tributária (por sucessão, de terceiros e por infrações) previstas no Código Tributário Nacional tem natureza dúplice: funcionam tanto “como típicas normas definidoras dos sujeitos passivos das relações obrigacionais tributárias em sentido estrito” (se aplicadas na constituição do crédito tributário), quanto “como normas atributivas da mera responsabilidade patrimonial” (se aplicadas após a constituição do crédito tributário).

Nessa perspectiva, o responsável tributário pode ser considerado sujeito passivo da obrigação tributária em sentido estrito ou mero sujeito passivo da relação jurídica de responsabilidade patrimonial, a depender do momento em que a causa de responsabilização for aferida. Será sujeito passivo da obrigação (e, assim, parte legítima originária para figurar no polo passivo da execução fiscal), somente se o crédito tributário for originariamente constituído contra ele, o que irá permitir a extração da Certidão de Dívida Ativa também em face do responsável tributário. Nesse caso, a responsabilidade tributária patrimonial (objeto do processo de execução fiscal) decorrerá da condição de devedor (sujeito passivo da obrigação tributária) e não será necessária sua aferição por meio de prévio incidente em regime contraditório, pois ao responsável foi franqueada a oportunidade de se defender no âmbito do contencioso administrativo. Por outro lado, será exclusivamente sujeito passivo da relação de responsabilidade patrimonial, quando o crédito tributário já tiver sido constituído contra o contribuinte e as circunstâncias necessárias à identificação da responsabilidade tenham sido verificadas em momento posterior à constituição definitiva da obrigação. Nesse caso, a inclusão do responsável tributário no polo passivo da relação jurídica processual executiva dependerá da expedição de título executivo apto.

O art. 121, parágrafo único, inciso II, do CTN (que define o responsável tributário como sujeito passivo), será respeitado em ambas as situações. O responsável tributário

será sujeito passivo da relação obrigacional tributária em sentido estrito (titular do dever de prestar) na primeira; e, na segunda, sujeito passivo da relação jurídica subsequente ao inadimplemento: a relação jurídica de responsabilidade tributária meramente patrimonial, na qual é titular do dever de submissão aos atos de expropriação do patrimônio.

São distintas, porém, as implicações procedimentais. Na primeira situação, é possível exigir o crédito tributário diretamente do responsável tributário, cujo nome constará no título executivo extrajudicial (CDA), permitindo que ele integre o litisconsórcio inicial que se instalará com o ajuizamento do feito juntamente com o contribuinte. Na segunda, o litisconsórcio deverá ser ulterior e sua formação dependerá de prévia expedição de título executivo contra o responsável tributário que constitua sua responsabilidade patrimonial e o habilite a assumir a condição de sujeito passivo da relação jurídica processual na execução.

A sujeição passiva do responsável tributário na relação jurídica de responsabilidade patrimonial, nesse contexto, se trata de típico caso de responsabilidade patrimonial sem dívida, pois não integrará o polo passivo da relação obrigacional inadimplida, “sendo esse, precisamente, o ambiente jurídico-material propício ao manejo do incidente de desconsideração da personalidade jurídica” (Pria, 2021, p.341).

De fato, o incidente se justifica na exigência de um procedimento em respeito ao contraditório, sempre que a execução seja direcionada do devedor para um responsável patrimonial secundário (Neves, 2022 apud Theodoro Júnior, 2023). Segundo Pria (2021, p.334-335), possui um “escopo material muito bem definido”: legitimar a aplicação de “regras de direito substancial cujo campo de incidência está umbilicalmente vinculado aos casos em que se verificar a chamada ‘responsabilidade patrimonial sem dívida’”. Logo, o sujeito beneficiário do incidente de desconsideração deve ser, para além de terceiro em sentido processual, terceiro em sentido jurídico-material.

Em razão disso, é preciso considerar algumas peculiaridades do processo de execução fiscal, especialmente no que se refere às partes. A condição de executado no executivo fiscal pressupõe que esse sujeito processual também integre formalmente o polo passivo da relação obrigacional tributária inadimplida, devidamente constituída por ato competente, e tenha seu nome constante na Certidão de Dívida Ativa. Do contrário,

estariam ausentes as condições jurídicas necessárias para figurar nessa posição (Pria, 2021).

Na execução fiscal, partes são aquelas pessoas (sujeitos de direito) que ocuparem as posições de exequente e executado na relação processual executiva desde o início na forma deduzida em petição inicial. De acordo com o art. 6º, §§1º e 2º, da LEF, a petição inicial será instruída com a Certidão da Dívida Ativa, que dela fará parte integrante como se estivesse transcrita, podendo constituir um único documento.

A Certidão de Dívida Ativa tem origem em termo expedido ao término do procedimento específico de controle de legalidade do crédito tributário (Inscrição em Dívida Ativa), desencadeado a partir da “definitividade” do ato constitutivo do crédito tributário (lançamento ou autolancamento). Por isso, o Termo de Inscrição de Dívida Ativa, que gera a Certidão, espelha os mesmos elementos (subjetivos e objetivos) que compõem a obrigação tributária na forma como constituída pelo lançamento. Na execução fiscal, portanto, há uma correspondência entre as figuras dos i) devedores/responsáveis (sujeitos passivos da relação obrigacional constituída pelo lançamento/autolancamento); ii) do responsável patrimonial, “tal qual transcrito em Certidão de Dívida Ativa”; e do iii) executado, assim definido como aquele a quem se dirige a pretensão executiva (Pria, 2021, p.333).

Considerando que a Certidão de Dívida Ativa integra a petição inicial e espelha a própria exequibilidade do débito, o objeto do processo de execução fiscal é a responsabilidade patrimonial dos devedores e responsáveis, “cuja condição de sujeitos passivos já fora reconhecida anteriormente” (Pria, 2021, p.334). A posição processual de executado (parte passiva), assim, decorre diretamente da responsabilidade patrimonial imputada aos devedores e/ou responsáveis constantes na Certidão de Dívida Ativa que, por sua vez, correspondem aos sujeitos passivos da relação jurídico-tributária inadimplida, indicados no ato constitutivo do crédito tributário (lançamento).

O terceiro em sentido processual, portanto, será necessariamente um terceiro em sentido jurídico-material, pois não integrou o polo passivo da obrigação tributária (formalizada) descumprida, nem teve expedido contra si o competente título executivo constitutivo de sua responsabilidade patrimonial (a CDA). Para este fim, a decisão que vier a acolher o incidente de desconsideração da personalidade jurídica constituirá a

responsabilidade patrimonial do terceiro “em linguagem juridicamente competente”, consubstanciando título executivo judicial substitutivo, equivalente à Certidão de Dívida Ativa. O terceiro, então, poderá ser incluído no polo passivo da execução fiscal ao lado do contribuinte e seu patrimônio sofrer atos constrictivos e expropriatórios de forma legítima (Pria, 2021, p.341; 343).

2.2.2. Impossibilidade de certificar a responsabilidade tributária no bojo do processo executivo fiscal sem a instauração de prévio incidente cognitivo em contraditório

Outro óbice à responsabilização tributária mediante o redirecionamento da execução já movida diz respeito à natureza do processo executivo. Segundo Humberto Theodoro Jr. (2016), é inadmissível que a Fazenda pretenda o accertamento da responsabilidade de terceiro ou coobrigado que não figurou no processo administrativo (e contra quem não foi formado o título executivo) em feitos da espécie, pois a execução fiscal é “puro procedimento executivo”. Toda execução tem o título executivo por base e limite e a realização de créditos líquidos, certos e exigíveis por objetivo. Portanto, não basta pesquisar quem, em tese, pode responder pela dívida, para se definir a legitimação passiva no processo: é preciso identificar quem está vinculado ao título concretamente, pois *nulla executio sine titulo*, “não sendo a execução forma de apurar responsabilidade”.

A expressão deve ser entendida no sentido de que não há como justificar a prática de atos executivos contra o patrimônio de alguém sem que exista prévio título executivo que a autorize (Scarpinella Bueno, 2020). Assim, o espólio, a massa, o sucessor etc. podem figurar no polo passivo da execução fiscal, desde que exista uma Certidão de Dívida Ativa a eles oposta “sem que haja questões controvertidas a apurar em torno da própria identidade do devedor originário e de sua substituição posterior”. Igualmente, não é lícito endereçar a execução fiscal a coobrigado, se sua responsabilidade não foi objeto de apuração no procedimento administrativo e, por isso, não consta na Certidão (Theodoro Júnior, 2016).

Como visto anteriormente, é no procedimento administrativo que antecede a inscrição do débito em dívida ativa onde se define quem vem a ser o devedor principal, subsidiário ou corresponsável. A Inscrição confere a essa apuração a presunção legal de

certeza e liquidez do crédito da Fazenda Pública, requisitos atestados pela Certidão de Dívida Ativa (título executivo extrajudicial na espécie) para fins de cobrança judicial. É pela análise do título e, eventualmente, de outros documentos complementares, portanto, que se pesquisa e define a legitimação do sujeito passivo da execução fiscal (Theodoro Júnior, 2016).

Sob essa perspectiva, não importa que o art. 4º, da LEF, estabeleça que a execução fiscal pode ser promovida contra outras pessoas além do devedor. De acordo com o art. 2º, §3º, da LEF, “a inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito”. Já o art. 3º dispõe que “a Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez” (Brasil, 1980). A mesma lei, portanto, estabelece que a liquidez e certeza, “requisito *sine qua non* da execução forçada”, resultam apenas da regular inscrição do débito em dívida ativa pelo órgão competente para apurar tais requisitos (Theodoro Júnior, 2016).

Além disso, a certeza deve ser objetiva e subjetiva na cobrança judicial tributária, pois diz respeito tanto ao crédito tributário, quanto aos que por ele respondem. De fato, a individualização do devedor e de eventuais corresponsáveis é requisito essencial do Termo de Inscrição, por força do art. 2º, §5º, inciso I, da LEF, combinado com o art. 202, do CTN, como já mencionado. Segundo Theodoro Jr. (2016):

O não devedor, destarte, pode também ser executado, mas apenas quando por algum dispositivo legal de cunho objetivo, ou por acerto judicial ou administrativo prévio, tiver tornado líquida e certa sua corresponsabilidade. Isto, aliás, é fora de dúvida, pelos próprios termos da Lei n. 6.830, que manda seja feita a inscrição, como ato de controle da legalidade do crédito público, em nome do devedor e dos corresponsáveis (art. 2º, § 5º, I).

Em síntese, se a dívida é inscrita em nome de uma pessoa, a Fazenda não pode cobrá-la de outra, nem a cobrança pode abranger outras pessoas não constantes no Termo e na Certidão, à exceção dos sucessores, para quem a transmissão do débito é automática e objetiva e não reclama qualquer acerto judicial ou administrativo (Pacheco, 1981 apud Theodoro Júnior, 2016). A corresponsabilidade tributária não decorre de simples afirmação unilateral da Fazenda no curso da execução fiscal: reclama apuração pelos meios legais. Só após o acerto do fato que a gerar, a responsabilidade do estranho

poderá ser considerada líquida e certa. E “isto, como é óbvio, nunca poderá ser feito depois da penhora, no bojo da execução forçada já em curso, já que a certeza é pressuposto de admissibilidade da própria execução, devendo anteceder-lhe obrigatoriamente”. O respeito aos limites objetivos e subjetivos do título executivo são indispensáveis (Theodoro Júnior, 2016).

Com efeito, o Código de Processo Civil, ao dispor sobre quais são os bens sujeitos à execução no art. 790, indica os do “sócio, nos termos da lei” e os do “do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica” em incisos diferentes. Disso não resulta, todavia, que a responsabilidade do sócio prevista em lei nunca possa ser apurada no incidente de desconsideração da personalidade jurídica e o pedido de responsabilização tenha de ser acatado de plano no processo executivo. Segundo Humberto Theodoro Jr. (2023, p.827-828), a explicação para a dualidade das hipóteses “é bem outra”:

a) O primeiro dispositivo (inciso II) cuida dos casos em que, nos termos de lei, o sócio é sempre corresponsável pelas dívidas da pessoa jurídica, como se passa com as sociedades irregulares e com as sociedades solidárias, bem como com todas as demais sociedades para as quais a lei preveja, genericamente, esse tipo de corresponsabilidade, sem indagar das condições concretas em que a sociedade tenha contraído a obrigação. É claro que, não havendo fato a ser apurado na conduta do sócio, sua responsabilidade executiva independa de certificação no incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

b) Já na segunda hipótese do art. 790 (inciso VII), a responsabilidade patrimonial do sócio não é geral, mas especial, e só se configura quando um quadro fático anormal, descrito expressamente na lei, autoriza a desconsideração da personalidade jurídica, permitindo, em consequência, que a dívida da sociedade seja executada excepcionalmente sobre o patrimônio particular do sócio.

O que importa para determinar a aplicação do incidente em contraditório, nesse sentido, é a necessidade de se apurar fatos estranhos ao título executivo, para se definir a incidência (ou não) da norma excepcional que autoriza o desvio da responsabilidade patrimonial. Se o fato que constitui o crédito exequendo não é o mesmo que fundamenta o direcionamento da execução ao sócio ou administrador, e se ele ainda não tiver sido apurado administrativamente e atestado na Certidão de Dívida Ativa, não existirá título executivo para legitimar a execução pessoal do terceiro gestor da empresa. É através do

processo judicial de conhecimento ou do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nessa perspectiva, que o “caminho processual” para a instauração da execução forçada contra o terceiro será preparado de forma lícita, em devido processo legal (Theodoro Júnior, 2023, p.828).

Além disso, os dispositivos que preveem as hipóteses de responsabilização tributária não disciplinam o modo como ela deve ocorrer. Criticando a tese que dispensa o incidente nos casos de dissolução irregular da empresa, considerando que ela decorre do art. 135, inciso III, do CTN (em vez do art. 50, do CC), Theodoro Jr. (2023, p.827) assinala que o enfoque “parte de uma regra de natureza material para extrair um efeito processual que não foi cogitado no respectivo dispositivo legal”. De fato, referido dispositivo trata da responsabilidade tributária do sócio ou administrador por débito da sociedade no plano do direito material, “sem nada dispor acerca do modo de fazê-la atuar dentro do processo judicial”. No mesmo sentido, Cassio Scarpinella Bueno (2020) entende que os arts. 134 e 135, do CTN, veiculam regras de direito material e não processual e, portanto, não disciplinam como deve ser dada a apuração da responsabilidade dos terceiros que indicam.

Os elementos do devido processo legal, ademais, se encontram na legislação processual e não na lei material, como o Código Civil ou o Código Tributário Nacional. Não se pode excluir ou incluir a execução do sócio nos parâmetros procedimentais somente em razão da lei tributária, “mas sim mediante observância do que dispõem as leis processuais pertinentes, *in casu*, a LEF e o CPC”. É apenas nelas que o problema da necessidade (ou não) do incidente de desconsideração deve encontrar solução (Theodoro Júnior, 2023, p.830).

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, assim, se revela como um procedimento implantado pelo Código Processual de 2015, para que, em qualquer situação de responsabilização de sócio ou gestor por dívida da sociedade em que o suporte fático ainda não tenha sido devidamente apurado, a imputação da responsabilidade só se viabilize por meio de procedimento capaz de cumprir as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Uma vez acolhido o pedido, terá a função de constituir o título legitimador da execução contra o sócio gerente ou

administrador a quem se imputa a responsabilidade, justificando o redirecionamento da execução fiscal (Theodoro Júnior, 2023).

Por outro lado, há entendimento na doutrina no sentido de que a imputação da responsabilidade patrimonial sem a instauração do incidente de descon sideração não viola tais garantias. Fernanda Machado Pillar (2017, p.241-242), por exemplo, entende que o redirecionamento “não alija o responsável de exercer seu direito de defesa”, pois, uma vez incluído na ação executiva, ele poderá se defender de duas formas: por exceção de pré-executividade ou por embargos à execução. Desse modo, não seria verdadeira a alegação de violação do contraditório: o que haveria é o “diferimento da sua observância nos casos em que já há prova pré-constituída da responsabilidade tributária do sócio”.

O contraditório, todavia, “não se mostra efetivo e substancial” nesse caso, “mas apenas formalístico”. Em resposta a essa argumentação, Leandro Lopes Genaro (2017 apud Theodoro Júnior, 2023, p.828-829) salienta que o contraditório é elemento essencial nas relações jurídicas tributárias na nova sistemática processual e deve ocorrer antes de o Magistrado tomar qualquer decisão, visando assegurar a possibilidade de a parte influenciar na decisão judicial que será proferida (aspecto substancial do contraditório). De fato, influir eficazmente nas decisões não é influir depois que foram tomadas: é influir antes (Greco, 1999 apud Alvim; Santos; Cunha, 2023).

3. IMPROPRIEDADES DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA CONSTITUTIVA DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Rodrigo Dalla Pria (2021, p.343) tece severa crítica à parte da doutrina defensora da tese de que o responsável tributário é sujeito passivo da obrigação e, portanto, a ele é permitido o redirecionamento da execução fiscal. Em sua visão, essa corrente:

[...] se furta à responsabilidade de explicar adequadamente como seria juridicamente possível afirmar, nos casos de redirecionamento, que determinada pessoa possa ser alçada à condição de “sujeito passivo tributário” sem que haja ocorrido, em face dela, a lavratura do competente ato constitutivo do crédito tributário.

Pria registra, porém, que há exceções. A despeito de ser favorável ao redirecionamento, Paulo Cesar Conrado (2016) desenvolve uma análise crítica acerca da

decisão interlocutória que constitui a responsabilidade tributária do terceiro no curso da execução fiscal em texto intitulado “Redirecionamento como forma (esdrúxula) de constituição da obrigação tributária (relativamente ao terceiro-responsável) e de aparelhamento da lide executiva fiscal (contra aquele mesmo terceiro)”.

Nos casos de litisconsórcio ulterior, o autor assinala que “o que há de mais notável a se considerar” é o fato de o corresponsável não figurar como parte passiva nos instrumentos que seriam os “naturais” para tanto: a petição inicial e o documento correlato, a Certidão de Dívida Ativa. Tal sujeito não figuraria nem mesmo no documento constitutivo do crédito tributário (lançamento), que fundamenta a formação do título executório (Conrado, 2016, p.204).

Diante desse cenário, propõe os seguintes questionamentos: como se constitui a obrigação exequenda desses terceiros responsáveis? Em qual instrumento ela se corporifica? Antes desse instrumento, existe a obrigação?

Buscando responder os problemas suscitados, Conrado (2016, p.205-206) entende que se a obrigação do corresponsável não é constituída administrativamente via lançamento ou ato equivalente, como nos casos de encerramento inidôneo verificado no curso do processo, sua constituição ocorre em nível judicial. A autoridade judicial, portanto, é a responsável pela “tradução em linguagem juridicamente relevante” do fato gerador da obrigação relativo ao corresponsável, e da própria obrigação em questão, em vez da autoridade administrativa, como ordinário. “E tudo isso, no curso do processo que serviria de base para a cobrança do crédito respectivo... tudo, absolutamente tudo, fora, portanto, do padrão usual”. A constituição do status de responsável do terceiro, nesse caso, é realizada sob “direto” comando judicial, dada a postura ativa assumida pelo juiz nessas situações, “bem diversa da que se estabelece quando o juiz é chamado a controlar a higidez de ato por outrem (autoridade administrativa) praticado”:

[...] em casos como o do “encerramento inidôneo” incidentalmente constatado, o juiz, a um só tempo, (i) constitui o “fato gerador” da corresponsabilidade (e para tanto toma, a título de linguagem referencial, a certidão produzida, por exemplo, por seu oficial de justiça); (ii) constitui, da mesma forma, a obrigação derivada daquele fato; (iii) atribui força executiva a essa obrigação, (iv) faz inserir, no polo passivo da demanda executiva já instaurada, esse outro sujeito (o

terceiro-responsável); (v) ordena a canalização dos atos de execução em seu desfavor.

E é certo dizer, para além da mera referência a esse plexo de atos, que os dos itens (i) e (ii) revelam, em rigor, atividade tal qual a que, administrativamente, se qualificaria como lançamento. Mais: o ato referido no item (iii) equivale, eficazmente, ao de inscrição em dívida ativa; os dos itens (iv) e (v), finalmente, representam atividade perfeitamente equiparável à de ajuizamento da execução fiscal. Tudo, com o óbvio detalhe, de estar sendo diretamente efetivado por mãos judiciais. (Conrado, 2016, p.206-207)

Após essa reflexão, Conrado (2016, p.207) conclui que, nos casos de litisconsórcio ulterior, a obrigação tributária do terceiro é constituída por meio do juiz que preside a execução; o instrumento utilizado para tanto é o ato judicial decisório, antecedido do requerimento do exequente para reconhecer o evento deflagrador da corresponsabilidade; e a obrigação não existe juridicamente antes dessa decisão, pois, se indeferido o pedido do exequente, “nada opor-se-á ao terceiro”, já que não haverá força efetivamente constitutiva da obrigação/corresponsabilidade, consubstanciada no ato judicial decisório.

De fato, a decisão interlocutória que reconhece a responsabilidade tributária de terceiro durante a execução fiscal é considerada título executivo judicial pelo Código de Processo Civil. Conforme o art. 515, inciso I, são títulos executivos judiciais as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa (Brasil, 2015). Não haveria ausência de título, nessa perspectiva, contra o terceiro-responsável a quem a execução foi redirecionada: uma vez deferido o pedido de sua inclusão no polo passivo, a execução será precedida da formação do título executivo judicial e poderia prosseguir em seu desfavor.

O mesmo Código, porém, prevê que as decisões só podem ser proferidas, em regra, quando antecedidas da oportunidade de debate. De acordo com o texto legal, compete ao juiz zelar pelo efetivo contraditório (art. 7º); não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (art. 9º); e o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício (art. 10º) (Brasil, 2015). A garantia do contraditório tem um

conteúdo tríplice fundamental: 1.1) o direito da parte de ser ouvida antes de toda e qualquer decisão judicial que lhe concirna; 1.2) o direito da parte de ter os seus argumentos analisados pela decisão judicial; 1.3) e o direito da parte de ser informada sobre todos os atos do processo, sobretudo aqueles praticados pelo juiz e pela parte contrária (Costa, 2024).

Portanto, embora a decisão interlocutória que inclui o terceiro-responsável no polo passivo da execução fiscal seja considerada título executivo judicial, sua formação não dispensa o respeito ao contraditório. A correlação entre o princípio *nulla executio sine titulo* e os princípios do devido processo legal (constitucional) e do contraditório “é irrecusável” (Scarpinella Bueno, 2020, p.70):

O título executivo é uma garantia de proteção da liberdade humana contra o arbítrio da autoridade, pois sujeita a invasão da esfera de liberdade pessoal e patrimonial do devedor pelo juiz às hipóteses rigorosamente previstas em lei, que devem restringir-se às condenações judiciais resultantes de processos de conhecimento regulares, às confissões de dívida e outros títulos instituídos pelo legislador. Para que essa garantia seja eficaz, é necessário que as condenações judiciais exequíveis resultem de sentença ou outras decisões proferidas em processos em que tenham sido prévia e amplamente respeitadas as garantias do contraditório e da ampla defesa (GRECO, 1999 apud SCARPINELLA BUENO, 2020, p.70-71).

Sob esse ângulo, até mesmo a ocorrência de hipóteses como a do art. 2º, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), ou dos arts. 134 e 135, do CTN, merece ser constatada pelo incidente previsto nos arts. 133 e seguintes, do CPC, ainda que se queira negar sejam casos de descon sideração da personalidade jurídica. O que o Código de 2015 exige é que as razões de direito material que justificam a responsabilização do sócio pela pessoa jurídica sejam apuradas e decididas em amplo e prévio contraditório. Além disso, como já demonstrado, as pessoas referidas nos dispositivos da lei tributária são terceiros e, por isso, não figuraram no processo administrativo que ensejou a inscrição do débito em Dívida Ativa e a consequente expedição da Certidão de Dívida Ativa, que legitima o uso da execução fiscal. O incidente, portanto, deve ser observado para se apurar qualquer hipótese de corresponsabilização mediante o devido processo constitucional, ainda que estranha à descon sideração da personalidade jurídica (Scarpinella Bueno, 2020).

Com efeito, há várias hipóteses legais que, em rigor, não tratam de desconsideração da personalidade jurídica, mas de responsabilidade do sócio, de imputação direta ao sócio, de responsabilidade por sucessão etc. A responsabilidade decorrente do tipo social, por exemplo, não se funda em ilícito, fraude ou abuso. Tem origem na proposição dos objetivos sociais e na vontade original dos sócios quando constituíram a sociedade. Igualmente, há situações em que disposições legais específicas atribuem responsabilidade patrimonial direta aos sócios ou apenas ao sócio-gerente e ao administrador, a exemplo dos arts. 134, inciso VII e 135, inciso III, do CTN, em que o patrimônio de sócios, diretores, gerentes e representantes respondem por dívidas tributárias. Como visto anteriormente, tais hipóteses diferem da desconsideração da personalidade jurídica, que tem por consequência a responsabilização patrimonial do sócio ou administrador, quando a personalidade jurídica da sociedade serviu de instrumento à fraude e ao abuso, razão pela qual se permite seja tornada ineficaz no caso concreto, afastando-a (Didier Júnior et al., 2022).

Mesmo nesses casos de responsabilidade do sócio, porém, o incidente de desconsideração deve ser adotado, por analogia. Segundo Didier Jr. et al. (2022, p.1056-1057), no processo de execução, a parte demandada é aquela que consta no título ou cuja responsabilidade é reconhecida legal ou judicialmente. Assim, se o sujeito não figura no documento e sua responsabilidade depende da aferição e comprovação de elementos subjetivos ou que não constam no título executivo, é necessário se instaurar um incidente cognitivo, para avaliar a presença de tais elementos, em contraditório e com oportunidade de defesa. “Não é adequado afastar a aplicação do incidente por sua nomenclatura”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As divergências a respeito do cabimento e necessidade da instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica na execução fiscal como pré-requisito para a sujeição patrimonial de terceiro não constante da CDA são intensas e revelam a necessidade de amadurecimento, haja vista que tensiona dois seguimentos de pensamento a respeito da forma de administração dos espaços de solução de conflitos, um mais inclinado a promoção da eficiência e outro com preocupação de conter os arbítrios do Estado.

Os posicionamentos desfavoráveis à aplicação do incidente na hipótese em comento chamam atenção para a necessidade de uma interpretação literal da legislação pertinente, argumentando não ser possível extrapolar o instituto previsto no art. 50 do CC para um rito processual que, por ter em sua essência a finalidade de atender um interesse público, qual seja, a arrecadação fiscal, deve ser eficaz e desembaraçado de excessiva dilação probatória, de modo que a defesa do executado deveria ser buscada tão somente mediante os embargos à execução e as demais ações, previstas no art. 38 da LEF.

Outrossim, os adeptos da necessidade de instauração do IDPJ, seja ela limitada às hipóteses em que não há responsabilidade diretamente atribuída ao sócio por meio da lei, ou então expandida para sempre que houver redirecionamento da execução fiscal, buscam garantir ao particular o contraditório e a ampla defesa, princípios constitucionais imprescindíveis para o regular desenvolvimento do devido processo legal.

Nesse contexto, é indispensável que o incidente de desconconsideração seja utilizado, por analogia. Sua aplicação subsidiária ao rito das execuções fiscais é de rigor, pois encontra fundamento em dispositivos legais expressos, seja na lei especial ou geral. Além disso, a Fazenda não pode pretender o accertamento da responsabilidade de terceiro ou coobrigado que não figurou no processo administrativo em feitos da espécie, pois a execução fiscal é “puro procedimento executivo”. Toda execução tem o título executivo por base e a realização de créditos líquidos, certos e exigíveis por objetivo.

Ainda que a decisão interlocutória constitutiva da responsabilidade de terceiro seja título executivo judicial, sua formação não dispensa o respeito ao contraditório. Assim, se se pretender o reconhecimento da responsabilidade de terceiro, em sentido material e processual, no curso do processo, é imprescindível a formação de título executivo contra ele com oportunidade de debate, sendo este precisamente o propósito subjacente ao incidente de desconconsideração da personalidade jurídica: a apuração em contraditório dos casos de responsabilidade sem dívida.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda; SANTOS, Rosane Pereira dos; CUNHA, Ígor Martins da. Tendências atuais sobre o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e propostas legislativas. In: RODRIGUES, Marcelo Abelha (org.). **Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Materiais e Processuais**. Indaiatuba: Foco, 2023.

BOMFIM, Gilson Pacheco. O redirecionamento da execução fiscal e o incidente de descon sideração da personalidade jurídica previsto pelo Novo Código de Processo Civil. In: DUARTE, Fernanda, BOMFIM, Gilson, MURAYAMA, Janssen (org.). **A LEF e o novo CPC: reflexões e tendências: o que ficou e o que mudará**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 26/06/2024.

_____. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>. Acesso em 26/06/2024.

_____. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6830.htm>. Acesso em 26/06/2024.

_____. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em 26/06/2024.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Proposta de Afetação no Recurso Especial nº 2.039.132/SP. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília. Julgado em 22 ago. 2023. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=204986618®istro_numero=202203617659&peticao_numero=2023001J2372&publicacao_data=20230828&formato=PDF>. Acesso em 26/06/2024.

CAMPOS E SILVA, Ronaldo. O incidente de descon sideração da personalidade jurídica e o redirecionamento da execução fiscal por ato ilícito. In: RODRIGUES, Marco Antonio; SCARPINELLA BUENO, Cassio (org.). **Processo Tributário**. Salvador: Juspodivm, 2017.

CONRADO, Paulo Cesar. **Execução fiscal**. São Paulo: Noeses, 2021.

_____. Redirecionamento como forma (esdrúxula) de constituição da obrigação tributária (relativamente ao terceiro-responsável) e de aparelhamento da lide executiva fiscal (contra aquele mesmo terceiro). In: CONRADO, Paulo Cesar (org.). **Processo tributário analítico**. São Paulo: Noeses, 2016.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Nótula exegética sobre a distinção entre contraditório e ampla defesa. In: **Juridicamente**. Disponível em <<https://juridicamente.info/notula->

exegetica-sobre-a-distincao-entre-contraditorio-e-ampla-defesa/>. Acesso em 26/06/2024.

DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. **Curso de direito processual civil: execução**. São Paulo: JusPodivm, 2022.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica do novo CPC e redirecionamento da execução fiscal. In: **Revista Brasileira de Direito Comercial**. Porto Alegre: Magister, 2018.

LORENZONI, Brunno; ROCHA, Sergio André. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação no processo de execução fiscal. In: DUARTE, Fernanda, BOMFIM, Gilson, MURAYAMA, Janssen (org.). **A LEF e o novo CPC: reflexões e tendências: o que ficou e o que mudará**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MELO FILHO, João Aurino de. Modificações no polo passivo da execução fiscal: consequências da falência, da morte, da dissolução irregular da pessoa jurídica e da sucessão empresarial no processo executivo. In: MELO FILHO, João Aurino de (org.). **Execução Fiscal Aplicada: análise pragmática do processo de execução fiscal**. São Paulo: Juspodivm, 2023.

MIRANDA, Cláudio Luiz de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em execuções fiscais. In: RODRIGUES, Marco Antonio; SCARPINELLA BUENO, Cassio (org.). **Processo Tributário**. Salvador: Juspodivm, 2017.

MOURA, Arthur. **Lei de execução fiscal: comentada e anotada**. Salvador: Juspodivm, 2019.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; HENNING, Bruno Filartiga. O Novo Código de Processo Civil, a execução fiscal e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: DUARTE, Fernanda; BOMFIM, Gilson; MURAYAMA, Janssen (org.). **A LEF e o novo CPC: reflexões e tendências: o que ficou e o que mudará**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PILLAR, Fernanda Machado. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a execução fiscal. In: RODRIGUES, Marco Antonio; SCARPINELLA BUENO, Cassio (org.). **Processo Tributário**. Salvador: Juspodivm, 2017.

PRIA, Rodrigo Dalla. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica (IDPJ) e seu cabimento na execução fiscal. In: ARAUJO, Juliana Furtado Costa, CONRADO, Paulo Cesar (org.). **Inovações na cobrança do crédito tributário**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica: reflexões à luz do processo tributário. In: **Revista Brasileira de Direito Processual: RBDPro**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

TERCIOTTI, Mauricio; PELUZO, Renato. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e o impacto no processo de execução fiscal. In: DUARTE, Fernanda, BOMFIM, Gilson, MURAYAMA, Janssen (org.). **A LEF e o novo CPC: reflexões e tendências: o que ficou e o que mudará**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A execução fiscal e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (IDPJ) disciplinado pelo CPC/2015. In: RODRIGUES, Marcelo Abelha (org.). **Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Materiais e Processuais**. Indaiatuba: Foco, 2023.

_____. **Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

PERSPECTIVAS SOBRE LEGITIMIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS

Marcelo Pereira de Almeida¹
Ruth Loureiro de Carvalho²

Eixo Temático: GT 3 – Precedentes, processos coletivos e estruturais e inteligência artificial na efetivação dos Direitos Humanos

RESUMO

O presente trabalho aborda a temática da legitimidade ativa no processo coletivo, tratando especialmente da legitimação das associações. As divergências doutrinárias, o tratamento do tema no direito estrangeiro, bem como o tratamento dado pelo Poder Legislativo acerca do tema viabilizaram o presente trabalho. A problematização se faz relevante, uma vez que há projetos de lei que visam alterar a legitimação dos entes no processo coletivo, restringindo principalmente a atuação das associações civis. O objetivo do trabalho é analisar a legitimidade coletiva no ordenamento jurídico brasileiro, perquirindo a natureza jurídica dessa legitimação, e refletir as implicações dos Projetos de Lei na atuação dos entes legitimados, principalmente no que tange às associações.

Palavras-chave: Processo Civil; Processo Coletivo; Legitimação; Legitimidade; Associações; Legitimidade Adequada; Legitimidade Extraordinária.

INTRODUÇÃO

Esse estudo tem por objetivo fazer uma breve reflexão sobre a legitimidade nos processos coletivos, se atendo especificamente às associações analisando a natureza jurídica de sua legitimação, a discussão doutrinária e jurisprudencial travada a respeito do tema, apresentando um panorama histórico da legitimidade no processo coletivo brasileiro. Pretende-se apresentar o conceito das três correntes doutrinárias da legitimidade ativa, bem como apresentar o microsistema processual brasileiro e por fim analisar as implicações da alteração da Lei de Ação Civil Pública.

¹ Pós- Doutor em Direito Processual pela UERJ. Pós- doutorando em Direito pela Universidade de Burgos (Espanha). Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. Professor Adjunto de Direito Processual da UFF, Professor de Direito Processual Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professor Permanente do PPGD (mestrado) da UCP. Coordenador da Pós- graduação em Direito Civil e Processual Civil do Unilasalle/RJ; Coordenador adjunto do Curso de Direito do Unilasalle/RJ; Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual do Unilasalle/RJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil (IBDP), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e do Instituto Carioca de Processo Civil - ICPC. Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0245213114864531>. E-mail: mpalmeida04@yahoo.com.br.

² Graduada em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Advogada. Currículo Lattes <https://lattes.cnpq.br/3901082257177644>.

Dessa forma, surge o questionamento sobre quem é legitimado para buscar a tutela desses direitos em juízo, criando-se gradativamente um microsistema processual coletivo que tem como base a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.

Em vista disso, a doutrina se debruça em grande divergência doutrinária quanto a legitimação desses entes, de modo que se divide em três correntes: legitimidade extraordinária por representação processual, legitimidade ordinária e legitimidade autônoma.

Nesse sentido, encontra-se a legitimidade das associações civis, que atuam na defesa dos seus associados. Nos últimos tempos, grande foi a discussão sobre a legitimação dessas associações diante de julgamento de Recurso Extraordinário julgado pelo Supremo Tribunal Federal e a interpretação desse julgado utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Por outro vértice, existe na doutrina alienígena o instituto da “*adequacy of representantion*”, ou adequada representação, que muitos doutrinadores defendem a implementação no ordenamento jurídico brasileiro, que foi adotada nos Projetos de Lei que visam alterar a Lei de Ação Civil Pública, base do microsistema processual coletivo.

Para alcançar os objetivos propostos, o texto será dividido em quatro seções. Primeiramente são traçados aspectos históricos do processo coletivo. Em seguida, são indicadas a legitimidade nas ações coletivas, bem como a discussão doutrinária e a teoria adotada no Brasil. Na terceira seção, foi abordada a legitimidade das associações no processo coletivo e as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema. Por fim, na quarta seção foram abordados os projetos de lei que visam alteração da Lei de Ação Civil Pública.

Espera-se que essas breves notas lancem luzes para os riscos de redução do poder representativo das associações diante das mudanças propostas na legislação que modificam, principalmente, a legitimação desse ente.

1. A MUDANÇA DE CONCEPÇÃO DA TUTELA INDIVIDUAL PARA A TUTELA COLETIVA

O surgimento de novos direitos, hoje denominados Direitos de Terceira Dimensão, também conhecidos como direitos coletivos em sentido amplo (Dantas, 2016, p. 278), deu origem a litígios que não chegavam ao Poder Judiciário que, recebia predominantemente demandas individuais de cunho patrimonial.

Extrai-se da história que o sistema brasileiro de tutela coletiva foi concebido com a finalidade de promover maior celeridade e economia processual, através da redução de números de demandas em trâmite no Poder Judiciário, de tal maneira que o processo individual clássico se tornou insuficiente para a tutela dos novos direitos, de natureza coletiva, tornando necessário a sistematização de mecanismos adequados para a defesa de tais direitos, bem como garantir o acesso à Justiça, abraçando a premissa de Chiovenda, em que: “Na medida do que for praticamente possível o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que tem o direito de obter.

Nesse sentido, a defesa dos direitos metaindividuais é incluída entre as três principais ondas modernas em direção ao pleno acesso à justiça por Cappelletti e Garth (Almeida, 2018, p. 21). Desta forma, é possível dizer que a revolução sofrida pelo Processo Civil ocorre em razão da revolução da sociedade, que passou a ter consciência dos novos direitos sociais, que devem ser tutelados coletivamente.

A partir daí, o processo coletivo teve avanço significativo durante as décadas de 1970 e 1980, momento em que deixa claro a perplexidade e as gigantescas transformações que o direito estava sofrendo, especialmente quanto às tentativas de soluções para problemas relacionados à legitimação dos grupos, da extensão da coisa julgada, da garantia ao contraditório, entre outros.

Por volta da década de 1970 é quando surge a real preocupação acerca da tutela dos interesses metaindividuais. A doutrina estrangeira, iniciou a discussão sobre o tema dos direitos difusos ou coletivos, a partir da experiência das *Class Actions*, propondo reflexão sobre o direito processual civil, que até então, era marcado pelo individualismo.

No Brasil, Barbosa Moreira foi o precursor do tema, com seu artigo publicado em 1977, seguido de Waldemar Mariz de Oliveira e Ada Pellegrini Grinover, que passaram a divulgar essas ideias.

Como bem pontua Edilson Vitorelli, Barbosa Moreira lamentava a pouca utilização da ação popular, datada de 1965, que antevia o crescimento incessante de situações que envolveriam coletividade.

Já em 1977 o autor tratava da questão da legitimidade ativa *ad causam* em razão da redação do artigo 6º do CPC de 1973: “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”, de forma que discorreu sobre a legitimação concorrente dos colaterais, legitimação de pessoas jurídicas e do Ministério Público. Desta forma, entende-se a razão de José Barbosa Moreira ser um marco na evolução do sistema do processo coletivo brasileiro.

Com a Constituição de 1988, o avanço da proteção dos direitos coletivos foi efetivamente possível, uma vez que ela surge com a previsão expressa de direitos de ordem coletiva, como direitos do idoso, do consumidor, à higidez do meio ambiente, entre outros, bem como a previsão de técnicas aptas a viabilizar a tutela jurisdicional adequada, como a previsão do mandado de segurança coletivo, a incorporação da ação civil pública, de maneira a firmar o reconhecimento constitucional dos direitos coletivos, de caráter fundamental.

Com vistas a proteger os direitos coletivos e difusos, a possibilidade de integração e utilização conjunta de diversos diplomas legais, destinados a tutela dos interesses comuns, contribuiu, com efetividade, para a proteção de direitos sociais, que até então estavam à deriva em razão da inexistência conceitual e legislativa.

O microsistema legal pode ser definido como uma combinação harmoniosa de várias leis e disposições específicas, destinadas a abordar especificamente uma área do direito em que a complexidade e particularidades requerem a aplicação coordenada dessas normas para garantir a eficácia da execução de suas disposições.

O atual microsistema de processo coletivo brasileiro pode ser considerado o mais complexo do nosso ordenamento jurídico diante da complexidade e interligação que apresenta entre todos os diversos diplomas legais que o integram.

Antes lógica do Estado Democrático de Direito, inserido pela Constituição de 1988, o processo coletivo teve como marco inicial a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), surgindo a partir dela e de maneira esparsa, outras leis, como a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), um verdadeiro marco na tutela dos direitos coletivos.

A publicação da Lei 4.717/65, que disciplina a Ação Popular, atualmente prevista no artigo 5º, LXXIII, CRFB/88, foi o mecanismo de defesa originário dos direitos coletivos no direito brasileiro, representando uma verdadeira revolução na concretização e proteção desses direitos.

Em panorama, o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90) veio logo a seguir, trazendo normas específicas para a Ação Civil Pública ajuizada para a defesa dos bens jurídicos nele tutelados.

Com os avanços na defesa dos direitos coletivos, criou-se um microsistema, formado por normas processuais próprias, responsável pela tutela integral desses direitos. De modo que é possível afirmar que as Leis 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) são a base desse microsistema, conectando-se diretamente com a Constituição Federal, o Código de Processo Civil e demais leis ordinárias que tratam de questões afetas aos direitos coletivos, como a Lei de Ação Popular (Lei 4.717/65) e as leis que definem o controle de constitucionalidade (Leis 9.868/99 e 9.882/99).

O atual Código de Processo Civil é a ponte entre o processo coletivo e a Constituição (Didier Junior; Zaneti Junior, 2017, p. 50-51), uma vez que “assume, novamente, o dever de dar unidade narrativa ao direito processual” ao prever sua aplicação supletiva e subsidiária aos demais processos de produção de normas jurídicas. Segundo os autores o Código de Processo Civil de 2015 consagra normas fundamentais em outro patamar de unidade, sendo um sistema aberto e flexível, fazendo referência expressa às ações coletivas, de forma a abraçar e envolver o processo coletivo.

O Código de Processo Civil, deixa de ser apenas uma ponte para o processo coletivo e passa a ser parte desse microsistema, de forma que incorporou a esse núcleo novas normas, passando a ser uma relação recíproca, tanto o Código de Processo Civil agrega ao microsistema, como também ocorre o contrário. Deste modo, a eficácia do

CPC sobre este microsistema, deixa de ser suplementar e subsidiária, passando a ser direta (Didier Junior; Zaneti Junior, 2017, p. 59).

O Código de Defesa do Consumidor trouxe um grande diferencial, tratando sobre a legitimidade para propor a demanda, pois até então, somente o titular do direito seria o legitimado para tanto, todavia, o CDC apresenta no artigo 82 o rol de legitimados, deixando de fora o particular que por sua vez é o titular do direito violado.

Atualmente, há uma enorme discussão acadêmica e doutrinária acerca da necessidade de codificação dos direitos coletivos no ordenamento jurídico brasileiro que comporta diversos posicionamentos.

Os defensores da codificação do processo coletivo defendem que a sistematização e ordenação através da elaboração de um Código Coletivo, facilitaria a compreensão e aplicação dessas normas. Em contrapartida, a outra parte da doutrina afirma que a codificação poderia implicar em um engessamento do sistema, trazendo uma burocratização prejudicial à tutela coletiva.

De qualquer modo, o Brasil despontou na frente do Anteprojeto de Código-Modelo Ibero- Americano, bem como tentou estabelecer um Código próprio de Direito Coletivo, adequando os institutos contidos no Código-Modelo aos avanços do processo coletivo nacional.

2. A LEGITIMIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS

Embora pareça um assunto pacificado na doutrina brasileira, a definição da natureza jurídica da legitimidade *ad causam* e sua inserção no processo coletivo ainda é alvo de grandes debates. Este debate surge a partir do momento em que há o rompimento entre a tutela individualista para a tutela dos interesses coletivos, de forma que se fez necessário discutir quem poderia pleitear tais interesses em juízo, uma vez que até então somente o titular poderia pleitear seus interesses.

As principais correntes que abordam a natureza jurídica da legitimidade na defesa de direitos coletivos, a saber: a) legitimidade ordinária; b) legitimidade extraordinária; c) legitimidade autônoma ou anômala.

A primeira corrente – legitimidade ordinária – tem fundamento nas doutrinas alemã e italiana, tendo como principal defensor Kazuo Watanabe. Para esta teoria, as chamadas “formações sociais”, agem a favor de seus objetivos, de modo que atuam como titulares do próprio direito alegado, ou seja, o titular do direito o defende em nome próprio.

Neste sentido, Barbosa Moreira se manifestou, quanto às associações, no sentido de que se se tratasse de algo que ultrapassasse a mera soma dos interesses individuais e surgisse um interesse geral da coletividade, sendo atribuível à associação, esta poderia agir em nome próprio, de forma a estar diante de uma legitimidade ordinária.

Contudo, esta menção de Barbosa Moreira sobre a legitimação ordinária, é anterior à sua adoção de substituição processual proposto por Arruda Alvim, de forma que o autor não cai em contradição. Apenas demonstra a existência de diversas alternativas para o operador do direito, com o objetivo de não deixar os direitos coletivos sem qualquer tutela em razão da falta de legitimação.

Por outra via, a tese da legitimidade extraordinária, ou substituição processual na tutela coletiva, é amplamente defendida, principalmente, por Barbosa Moreira. Para o autor, o CPC traz o legitimado extraordinário como sendo aquele que pleiteia em nome próprio direito alheio, de maneira que este entendimento deve também ser estendido à tutela coletiva, uma vez que pertencem a um mesmo sistema.

A última corrente, a legitimidade autônoma, é defendida por Nelson Nery Júnior, segundo o autor:

A dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito. (...) A legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige Prozeßführungsbefugnis): a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo.

Para ele, a ideia da legitimidade autônoma é justamente não depender do direito material pleiteado, uma vez que os direitos tutelados (no caso dos difusos e coletivos) são

caracterizados pela indeterminação de seus titulares, cabendo a lei determinar quem serão seus representantes.

É perceptível a ampla divergência entre as teorias acima abordadas, o que talvez tenha influenciado o legislador, pois o CPC estabelece a legitimidade como instituto de Direito processual, tendo o legislador a classificado como um dos pressupostos de validade da ação.

Para a maior parte dos doutrinadores, a legitimidade das associações é extraordinária, ou em outras palavras, uma substituição processual da coletividade de interessados que podem ou não ser individualizados, de acordo com a natureza do vínculo, fático ou jurídico, que os une. É exatamente por agir na tutela de direitos da coletividade, sejam difusos, coletivos ou individuais homogêneos, que não há qualquer exigência de identificação ou autorização dos beneficiários no ato de propositura da demanda para que a substituta atue na defesa dos substituídos.

Há doutrinadores que defendem que a corrente adotada para legitimidade nas ações coletivas é a da legitimação por substituição processual (extraordinária), com as seguintes características: a) autônoma; b) exclusiva; c) concorrente e d) disjuntiva;

É certo que a legitimação nas ações coletivas possui as seguintes características: a) está regulada por lei, inicialmente, podendo ser aferida em concreto a presença da adequada representação; b) é conferida a entes públicos, privados e despersonalizados, e, até, ao cidadão, no caso da ação popular; c) o legitimado coletivo atua em nome próprio na defesa de direitos que pertencem a um agrupamento humano (pessoas indeterminadas, comunidade, coletividade ou grupo de pessoas, titulares de direitos individuais abstratamente considerados, na forma do artigo 81 do CDC e seus incisos); d) esse agrupamento humano não tem personalidade judiciária, portanto, não pode atuar em juízo para proteger seus direitos, cuja defesa cabe aos legitimados coletivos (MP, Defensoria, associações...), que possuem legitimação autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva.

Embora boa parte da doutrina e jurisprudência apontem para a legitimidade extraordinária como àquela adotada pelo Brasil, é destacável que todas as formas de legitimidade já foram aplicadas em algum momento. Nesse sentido, Barbosa Moreira

afirma que o artigo 5º da lei 7.347/85 adotou uma “solução eclética” boa, pois o melhor mesmo é a “combinação entre as legitimações”.

Nesse mesmo sentido, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira: “em sede de legitimação ativa, a lei brasileira apresenta igualmente maior amplitude, englobando concorrentemente, as diversas soluções adotadas em outros países”. Para Zaneti e Didier, essa postura adotada no Brasil tem a força e se apresenta como uma verdadeira e autêntica “política de liberação dos mecanismos de legitimação *ad causam*”.

Desta forma, pode-se afirmar que o sistema processual brasileiro possui uma legitimação plúrima e mista, plúrima por serem vários os entes legitimados, mista por serem legitimados entes da sociedade civil e do Estado.

Alguns doutrinadores criticam a legitimidade do Ministério Público quando se trata da defesa de direitos individuais homogêneos (acidentalmente coletivos), uma vez que se trata de direitos patrimoniais disponíveis pertencentes a titulares individuais.

Quando se trata da legitimação das associações, deve ser feita uma interpretação extensiva do artigo 5º da LACP e do artigo 82 do CDC, entendendo por associação, qualquer forma de associativismo, tais como sindicatos, entidades de classe, cooperativas e partidos políticos, desde que preenchidos os requisitos:

Tenham sido constituídas há pelo menos um ano e que a associação inclua entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, a ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Ou seja, deve-se demonstrar a pertinência temática entre o direito por ela protegidos e paisagístico. Ou seja, deve demonstrar a pertinência temática entre o direito por ela protegido e suas finalidades institucionais.

3. A LEGITIMIDADE ATIVA DAS ASSOCIAÇÕES NO PROCESSO COLETIVO

Com a regulamentação legal do processo coletivo, especialmente com a instituição do microsistema de tutela coletiva, ficou evidente a atribuição de legitimidade ativa *ad causam* aos entes representativos de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, dentre eles as associações civis, na medida que são agrupamentos sociais organizados e constituídos para perseguir um objetivo de natureza coletiva *lato sensu*.

É importante destacar que o ordenamento jurídico contemplou, em sua maioria, que os legitimados seriam órgãos públicos, com exceção das associações, que por sua função tem contato direto com a sociedade.

Atendo-se a legitimidade extraordinária, esta não é ilimitada e irrestrita, todavia, quando se trata das associações o nicho é ainda menor, uma vez que são limitadas aos interesses de seus associados, conforme interpretação do artigo 5º, V, da LACP em conjunto com o artigo 5º, XXI da Constituição Federal: “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, tem legitimidade para apresentar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

Por sua vez, o artigo 2º da lei 9.494/97 também prevê assim. Esse dispositivo é aplicável especialmente aos casos em que a associação busque a defesa de direitos individuais homogêneos, sendo claro em sua redação, ao dispor que “a sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa” abarca “apenas os substitutos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior (2003, p. 185,186 e 195) a ação coletiva “não ultrapassa o quadro de sócios” da associação autora. Segundo o autor, as entidades associativas:

Possuem legitimidade própria para estar em juízo “mas apenas para substituir processualmente seus sócios, nunca para se transformar em um defensor universal e indiscriminado de todos os ofendidos, possíveis e imagináveis.

Isso ocorre porque “a substituição processual que a Constituição conferiu às associações tem um alcance predeterminado, isto é, a entidade jurídica pode agir em juízo na defesa dos interesses de terceiros, mas estes devem ser integrantes de seu quadro social. Não se concebe uma substituição autônoma, que propiciasse a uma associação privada tornar-se representante no processo de toda comunidade nacional ou de uma parcela indivisa da sociedade.

O legislador, ao estabelecer o artigo 5º, inciso V, da Lei 7.347/85, teve a intenção de exigir o requisito da pré-constituição (pelo prazo mínimo de um ano), além da pertinência entre a atuação da associação em juízo e o interesse efetivamente tutelado, fato que deve ser inequivocadamente refletido e apurado a partir da representação sistemática das previsões insertas em seu Estatuto.

Quanto a essa exigência de pré-constituição da associação, Luiz Manoel Gomes Junior (2005, p. 60) destaca que tal requisito “tem como objetivo evitar a criação de associações *ad hoc*, apenas com a finalidade de ajuizar determinada ação coletiva, desvirtuando o sistema”. Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso (2002, p.140), “é compreensível o propósito do legislador: evitar que associações não suficientemente sólidas, ou cujos objetivos não coadunem com o interesse difuso em causa, se abalem, sem maior ponderação, ao ajuizamento de ação coletiva”.

Desta maneira, busca-se um controle da idoneidade e honestidade de propósito dessas associações, aplicando-se o requisito da legitimidade adequada, embora não denominado desta maneira quando se trata desse aspecto.

A legitimidade das associações está condicionada a pertinência temática, ou seja, o elo, o nexo de afinidade entre as finalidades estatutárias e o direito defendido.

Diante disso, é uma questão relevante, a possibilidade de a associação propor demanda coletiva mesmo na hipótese de o interesse tutelado não estar consagrado entre as suas finalidades institucionais.

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a legitimidade para a propositura de ação civil pública pelas associações, mesmo que não haja previsão legal no estatuto, bastando que haja relação entre os fins institucionais da associação com o direito postulado. Portanto, o STF reconheceu a possibilidade de a associação atuar em defesa dos interesses de seus membros, ainda que não esteja relacionado com a sua finalidade institucional.

Importante destacar a alteração que a lei 8.884/94 na LACP, que anteriormente previa em seu artigo 5º a legitimidade para as associações para propositura de ações civis públicas, desde que houvesse em suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, estético, artístico, ao consumidor, assim como qualquer outro direito difuso ou coletivo. A lei 8.884/94, retirou do dispositivo a expressão “ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

Com a lei 13.004/2014, a legitimação das associações está expressa no artigo 5º, alínea b da LACP, em que descreve entre as finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência,

aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

À vista disso, parcela da doutrina entende que após a alteração introduzida pela lei 8.884/94, somente os temas previstos na alínea “b” podem ser objeto de ação civil pública por associações. em contrapartida, há outra parcela da doutrina que afirma, com fundamento no artigo 1º, IV, da LACP, que as associações podem ajuizar ações civis públicas em face de qualquer interesse difuso ou coletivo.

Independentemente das divergências doutrinárias, as associações, desde que presentes os requisitos de representatividade adequada, possuem representatividade além dos direitos expressamente previstos na alínea “b” do artigo 5º da LACP, na defesa de crianças e adolescentes, portadores de deficiência, idosos, bem como nos casos de violência doméstica e familiar.

Outra questão que deve ser mencionada, é se o poder judiciário poderia fazer um controle da legitimação coletiva. Há quem afirme que para a averiguação da legitimação coletiva, é suficiente o exame do texto da lei. Nessa hipótese, o magistrado não poderia, por exemplo, afirmar que um ente legalmente legitimado não tem o direito de conduzir o processo em determinado caso.

Para essa corrente, o legislador teria estabelecido um rol taxativo de legitimados, firmando uma presunção absoluta de que seriam sempre “representantes adequados”, não cabendo ao magistrado fazer uma avaliação caso a caso. A verificação da “*adequacy of representantion*” seria tarefa apenas do legislador, de forma que a legitimação coletiva seria sempre *ope legis*.

Todavia, há quem, se baseie na experiência americana, admitindo o controle judicial da “representatividade adequada”. Ou seja, permite a análise e controle da legitimação coletiva pelo magistrado no caso concreto, conforme as características do legitimado.

Para esses doutrinadores, defendidos por Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier, a legitimação no Brasil, mesmo a dos entes públicos, deveria passar por um filtro judicial, não sendo suficiente a previsão legal. Parte-se da premissa de que uma entidade, apenas

por estar autorizada legalmente para a condução do processo coletivo, possa propor indistintamente qualquer demanda coletiva, pouco importando suas peculiaridades.

Da mesma forma que é exigido das associações uma pertinência temática para que atue no processo coletivo, deveria ser aplicado aos demais entes, de forma que nem mesmo o Ministério Público poderia ser um legitimado universal, pois também à sua atuação se imporia o controle jurisdicional da sua legitimidade. Por exemplo, o STF, na ADI 3.943, reconheceu que a Defensoria Pública tem legitimidade para a tutela coletiva de acordo com as suas finalidades institucionais, ou seja, para a tutela dos necessitados.

A jurisprudência nacional caminha nesse sentido, mesmo que a passos lentos. O STF entendeu que o Ministério Público não está autorizado a propor ações coletivas tributárias, nem aquelas relacionadas a direitos individuais indisponíveis, embora não houvesse nenhuma ressalva nesse sentido, no texto legal.

Assim, nas palavras de Didier e Zaneti (2017, p. 210), a escolha do legitimado adequado deve levar em consideração a complexidade do litígio (complexidade de interesses envolvidos), assim como a própria condução do processo pelo legitimado deve atender para algumas exigências que a legitimarão.

A aplicação da legitimidade adequada, está intimamente ligada à aplicação do devido processo legal a tutela coletiva, desta forma, é necessário um equilíbrio entre a qualidade da representação judicial e a necessidade de efetivação dos direitos coletivos, o que é indispensável à concretização do devido processo legal coletivo.

Em se tratando das associações, além de assegurar a legitimidade ativa desses entes para a propositura de ações voltadas à tutela coletiva, é necessário assegurar que essa legitimidade seja exercida por entes sérios, e que tenham por objetivo, de fato, a proteção aos direitos de seus associados ou representados (uma forma de manifestação da representatividade adequada). A esse respeito, Ada Pellegrini Grinover, discorrendo sobre a questão, defende a necessidade de se respeitar, com rigor, os requisitos de legitimidade das associações para evitar o:

Manejo de ações coletivas por parte de associações que, embora obedeçam aos requisitos legais, não apresentam a credibilidade, a seriedade, o conhecimento técnico-científico, a capacidade econômica, a possibilidade de produzir uma defesa processual válida, dados

sensíveis esses que constituem as características de uma ‘representatividade’ idônea e adequada.

Pensando nisso, o legislador, visando o controle na propositura de ações infundadas por entes que, na realidade, pretendem auferir ganhos com eventual resultado favorável, o artigo 17 da LACP, prevê que em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os direitos responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos. Tal regra também encontra previsão no artigo 87 do Código de Defesa do Consumidor.

4. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PROJETOS DE LEI PARA ALTERAÇÃO DA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Para melhor contextualizar, diante da importante relevância jurídica e social da tutela coletiva de direitos, os projetos de lei (PLS) propostos entre 2020 e 2021 atraíram significativa repercussão e debates, dada a possibilidade de mudanças consideráveis no regramento vigente.

Esses projetos foram apresentados em diferentes momentos, por distintos atores e com perspectivas diferentes acerca do processo coletivo – tanto nas suas previsões, quanto também em suas justificativas, o que suscitou diversos questionamentos, em especial, sobre os eventuais efeitos que essas propostas legislativas carregam com suas disposições. Em ordem cronológica tem-se o projeto de lei 4.441/20, seguido do projeto 4.778/20 e por fim o projeto 1641/21.

O projeto 1.641/2021, denominado Projeto de Lei Ada Pellegrini Grinover, é substitutivo dos PLs 4.441/20 e 4.778/20, propondo modificações no texto vigente, no entanto, os três projetos sofrem com críticas de grandes nomes doutrinários, como Kazuo Watanabe e Hugo Nigro Mazzilli.

Como visto anteriormente, a noção de representatividade adequada é essencial nas demandas coletivas, pois visa diminuir a má representação dos grupos interessados e expõe a intenção do legislador de proteger estes grupos, embora haja diversas críticas à escolha do legislador sobre o método de representação adequada adotado pelo Brasil, sobretudo quando comparado com o direito norte-americano.

A partir dos debates sobre legitimidade e representatividade que foram propostas mudanças substanciais nos projetos legislativos. Alguns aspectos permanecem os mesmos: a legitimidade ainda é aferida *ope legis*, todavia alguns PLs já falam em controle jurisdicional da adequação da legitimidade durante o andamento do processo (artigo 6º, §3º do PL 4.778/20), bem como outros critérios para constatar a representatividade adequada das associações.

Em estudo promovido pela Clínica de Acesso à Justiça da FGV Direito São Paulo sobre as mudanças apresentadas pelos projetos de lei citados, foram ouvidos diversos representantes de associações, que apontam que mesmo no regime vigente, as associações enfrentam desincentivos para a busca da tutela coletiva, o que pode se intensificar diante das mudanças propostas.

Como demonstrado, as associações são as que mais sofrem restrições quanto a legitimidade, mesmo atualmente. Há de se observar que os projetos sob análise estabelecem critérios exemplificativos para estabelecer a representatividade adequada, prevendo que a análise desta de determinados critérios “entre outros”, ou “outros meios” ou “avaliando dados como”. Desta forma, há um viés maior de controle a ser exercido pelo Poder Judiciário, ou seja, maior discricionariedade para que o julgador realize essa análise quando se tratar de associações.

Com relação à prévia autorização estatutária ou assemblear, o PL 4.778/20 e o PL 4.441/20 a tornam indispensáveis, enquanto o PL 1.641/2021 mantém sua dispensabilidade, tal como a lei atual. No entanto, nenhum dos projetos expressa a necessidade de haver ou não deliberação específica para o ajuizamento de uma ação coletiva, ainda que a necessidade de prévia autorização estatutária ou assemblear seja prevista como requisito de aferição para a representatividade.

Especificamente quanto ao PL 4.478/20, esse é o mais rígido quanto aos requisitos exigidos para a representatividade das associações no processo coletivo, apresentando um rol não taxativo diferente do apresentado na LACP e no CDC, fazendo exigências específicas às associações, como se verifica no artigo 5º, incisos IV e V do PL.

O PL 4.441/20 propõe também critérios mais rígidos e não taxativos, como a) a análise do número de associados; b) capacidade financeira das associações; c) o histórico na defesa judicial e extrajudicial dos direitos coletivos; d) o tempo de constituição e o grau de representatividade perante o grupo e; e) para as associações civis, prévia autorização estatutária ou assemblear.

Somado a esses critérios, o artigo 6º, §1º, ainda propõe que: “A adequação da legitimidade ao caso concreto pressupõe que o autor não tenha conflito de interesses como grupo e que sua finalidade institucional tenha aderência à situação litigiosa e ao grupo lesado”. Ao menos nesse ponto, tem-se um critério para legitimação adequada que não se aplica somente às associações civis, devendo ser aplicado a todos os legitimados.

Percebe-se que dentre as principais alterações propostas pelos projetos, a questão da legitimidade para propositura de Ação Civil Pública foi restringida principalmente no tocante a representatividade das associações, que estaria condicionada a atender requisitos não previstos na legislação atual, bem como outros critérios a serem estipulados pelo juízo.

Já o PL 1.641/2021, elaborado pela comissão de juristas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), colaciona critérios mais detalhados para a análise da legitimação do autor, porém, mas flexíveis, pois, diferentemente do anterior, prevê aplicação para qualquer legitimado, não somente para as associações.

Os critérios sugeridos pelo PL 1.641/21 estão relacionados, em sua maioria, à: I) experiência do autor, tais como a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; e II) seu histórico na proteção extrajudicial dos interesses ou direitos, além III) da conduta em outros processos coletivos (artigo 7º, §2º, incisos I, II, III).

Ainda que seja necessário que as ações coletivas sejam propostas por entidades sérias, que realmente tenham legitimidade para representar a sociedade civil, é essencial permitir ampla participação de entidades interessadas na defesa da coletividade para promoção da justiça social.

Atualmente o PL 4778/2020 está apensado ao PL 4441/2020 foi encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania em fevereiro de 2021 e ainda aguarda designação de Relator para análise da redação, conforme dados da Câmara dos

Deputados. Já o PL 1.641/21, também está apensado ao PL 4441/2020, estando na Coordenação de Comissões Permanentes, conforme o informado no site da Câmara dos deputados.

Os projetos de lei em análise buscam ampliar os critérios para representação das associações, de forma que restringe a legitimidade desses entes. Dessa maneira, a questão que surge é a seguinte: o que ocorre caso a associação autora seja declarada ilegítima para atuação em determinado processo? Neste caso, cada PL apresenta um efeito:

Danieli Chiuzuli e Maria Cecília Asperti, descrevem que para o PL 4.441/20, o juiz tem a possibilidade de promover a sucessão processual na hipótese de ilegitimidade da associação, indicando ainda que outros legitimados, como a Defensoria Pública sejam notificados para assumirem o processo. Ou seja, oferece uma solução para que o processo não seja extinto sem resolução de mérito no caso de ilegitimidade da associação, embora ainda haja espaço para discricionariedade do MP e demais entidades em aceitar ou não a substituição processual para figurar no polo ativo da demanda.

O PL 4.778/2020, no artigo 5º, dispõe sobre a exigência do Ministério Público se manifestar quanto à representatividade adequada na ACP antes mesmo de ocorrer a citação da parte ré. É previsto ainda que o juiz pode se pronunciar a respeito de ausência de representatividade adequada em qualquer momento ao longo do processo de ofício, o que pode gerar grande insegurança jurídica para as associações, uma vez que podem iniciar o processo acreditando serem legitimadas para atuar em determinado caso e ser surpreendida no curso do processo, o que seria extremamente prejudicial para os representados.

De forma parecida com o primeiro, este PL prevê que em caso de ausência de representatividade adequada, o MP ou outro legitimado *poderá* assumir a titularidade ativa. Dessa maneira, o termo escolhido para essa redação, deixa dúvida quanto ao procedimento de aceite das demais instituições legitimadas e quanto a possibilidade de extinção do processo caso não haja aceite por parte dos demais legitimados, uma vez que apresenta uma margem para que os representados fiquem sem representação.

Por sua vez, o PL 1.641/2021, determina, faz previsão de que no caso de não ser verificada a legitimidade adequada do ator, haverá um prazo para que o autor se

manifeste, por meio de emenda à petição inicial (artigo 7º, §6º). Assim, o autor terá oportunidade de apresentar as razões pela qual é legitimado adequado para condução do processo em questão.

Há previsão ainda, de que no caso de ser verificada a ilegitimidade adequada, haverá sucessão processual promovida pelo juiz, que poderá ser aferida “a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição”, o que também promove certa insegurança jurídica ao autor, uma vez que outros possíveis legitimados podem assumir a condução do processo que ocorrerá a partir de intimação do Ministério Público, da Defensoria Pública e outros legitimados.

Desta maneira, é possível verificar que todos os projetos de lei propostos, visam reduzir ainda mais a atuação das associações, uma vez que acrescentam critérios que, em quase todos os casos, somente serão aplicáveis às associações, além de em algumas hipóteses poder gerar uma insegurança jurídica quanto à legitimação desses entes, já que podem sair do processo a qualquer momento.

Ainda sobre a possibilidade de insegurança jurídica, os projetos dão ampla margem para discricionariedade dos magistrados em analisar a representatividade adequada, uma vez que os critérios seriam apenas exemplificativos.

Há de ser mencionado também, que pode gerar a possível exclusão de algumas associações menores, que não possuem os recursos necessários, entre eles o financeiro, para cumprir com as novas exigências legais, bem mais rígidas do que a em vigor atualmente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo coletivo evoluiu gradativamente ao longo dos anos em busca de uma efetiva proteção aos direitos difusos, coletivos, e individuais homogêneos, visando a manutenção do acesso à justiça, diante de uma virada da tutela individual de direitos para uma tutela coletiva quando a sociedade se viu diante de direitos que não poderiam ser tutelados individualmente, pois abrangiam uma coletividade.

Nesse momento foi necessária a implementação de mecanismos que permitissem a tutela desses direitos, formando então o microssistema de processo coletivo, encabeçado pela Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.

O grande ponto controvertido se trata da legitimidade das associações, todavia, entende-se que estas possuem legitimidade extraordinária para atuar em nome dos seus associados. Nesse viés, o Supremo Tribunal Federal entendeu a legitimidade das associações como extraordinária.

Nesse contexto, existe a tratativa da legitimação adequada, comparada com o sistema norte-americano, em que se defende um controle pelo Poder Judiciário sobre a legitimidade caso a caso, para melhor defender os interesses da coletividade.

Baseado no instituto de legitimação adequada, os Projetos de Lei 4.441/20, 4.778/20 e 1641/21, tem por objetivo alterar a Lei de Ação Civil Pública, para permitir que o Poder Judiciário interprete a legitimidade dos entes ativos.

Todavia, o que se tem com esses projetos, nada mais é do que o afunilamento da atuação das associações no processo coletivo, de forma que insere um rol exemplificativo de requisitos a serem cumpridos, que restringem a atividade dessas associações, o que de fato pode prejudicar a sociedade e também as associações de pequeno porte. Ressalta-se que como o rol de requisitos é não taxativo, outros requisitos poderiam ser implementados pelo juízo, de forma que a incerteza e insegurança jurídica seriam absurdas.

O que se analisou diante dos Projetos de Lei estudados, é que a questão da legitimidade só é tratada no âmbito das associações, ou seja, para os demais legitimados, nada mudou, apenas para a sociedade civil, incluindo soluções para a substituição dessas entidades por outros entes legitimados, caso não cumpram os requisitos.

Por fim, o que se verifica é um retrocesso no processo coletivo brasileiro, visto que os Projetos de Lei que visam alterar a Lei de Ação Civil Pública prejudicariam as associações, uma vez que busca implementação de diversos dispositivos contendo requisitos a serem cumpridos somente pelas associações, o que pode causar exclusão de diversas entidades menores, que buscam proteger os direitos de seus associados. Deve ser ressaltado que a análise desses requisitos poderia se dar em qualquer momento do processo, o que causa enorme insegurança jurídica, uma vez que a entidade poderia ser removida do processo em qualquer instância.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gabriel Aparecido Bastos. **A Tutela jurisdicional coletiva e o sistema de precedentes no direito brasileiro**. Unoeste, 2018. Disponível em <https://rockcontent.com/br/talent-blog/referencia-bibliografica-abnt/>. Acesso 12/06/2023.

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. **Processo coletivo: teoria geral, cognição e execução**. 2ª ed. Curitiba, 2018.

ALMEIDA, Marcelo Pereira de; MELLO, Cinthia Gorges Rego; SOUZA, Maria Julia da Silva. Legitimidade ativa das ações públicas: uma análise quanto as alterações propostas pelos projetos de lei nº 4778/2020, nº 44441/2020 e nº 1.641/21. In **Direitos Humanos em Debate**. Ogs. Marcelo Pereira de Almeida; Tatiana Trommer Barbosa; Denise Mercedes Nunes Nascimento Lopes Salles; Sergio de Souza Salles; Letícia Pereira de Araujo; Nicole Rivello Fortes de Almeida; Adriano Moura da Fonseca Pinto; Andre Miranda de Abreu; Klever Paulo Leal Filpo. Petrópolis - Rio de Janeiro: UCP, 2022. p. 500-511.

BATISTA, Fernando Natal. Há prejudicialidade entre as pretensões individuais e as coletivas? o tratamento dado pela jurisprudência do superior tribunal de justiça e pelo projeto de lei substitutivo 1.641/2021. In **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 23, n. 2, 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e da outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm > Acesso em: 10 mar. BRASIL. Projeto de lei nº 4.778, de 01 de outubro de 2020. Dispõe sobre a nova Lei de Ação Civil Pública e dá outras providências. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1933591&filenome=PL+4778/2020. Acesso em 22/10/2023.

_____. **Projeto de lei nº 4.441, de 02 de setembro de 2020**. Disciplina o procedimento da Nova Lei de Ação Civil Pública. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra513?codteor=1927512&filename=PL+4441/2020. Acesso em 22/10/2023.

_____. **Projeto de lei nº 4.778, 01 de outubro de 2020**. Dispõe sobre a nova Lei de Ação Civil Pública e dá outras providências: disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1927513. Acesso em 22/10/2023.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 509 p.

GRECO, Leonardo, 2007. Titularidade da ação civil pública. In **Coleção Ensaios Acadêmicos**, Universidade Gama Filho, p. 16-17.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. In **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 79, p. 283- 307, 1984.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **A Legitimidade Ativa do Indivíduo nas Ações Coletivas**. São Paulo: RT, p. 33-46, 2013.

MIRANDA, Raphael de Almeida. **A legitimidade ativa no processo coletivo**. Direito UNIFACS–Debate Virtual, n. 143, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988, In **Revista de Processo**, nº 61, ano 16, janeiro-março/1991, p. 8-11.

_____. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos. In **Revista de Processo**, vol. 39/1985, p. 55-77, Jul – Set/ 1985. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 9, p. 171-201, Out/2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1426.

_____. **Código de Processo Civil Comentado**, 17ª ed. São Paulo, Revista dos tribunais, 2018, p. 131-133

NETTO, Carlos Eduardo Montes; NETO, Zaiden Geraige. A legitimidade das associações no processo coletivo segundo o entendimento do supremo tribunal federal. In **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**. 2019. p. 67-87.

NUNES, Dierle, COSTA; Veiga Fabrício; GOMES, Magno Federici. **Processo Coletivo, Desenvolvimento Sustentável e Tutela Diferenciada dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

RICHTER, Bianca Mendes Pereira. **Representatividade adequada: uma comparação entre o modelo norte-americano da class-action e o modelo brasileiro**. 2012. 18 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

ROSA, Ana Carolina et al. **Análise dos Projetos de Lei 4.441/20, 4.778/20 e 1.641/21, que propõem alterações na regulação das ações coletivas no Brasil**. 2021.

SEMENSATO, Beatriz Egea. O desenvolvimento do microssistema de processo coletivo brasileiro no tempo: uma breve análise histórico-legislativa. ETIC - **Encontro de Iniciação Científica** -ISSN 21-76-8498, v. 18, n. 18, 2022.

VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In **Revista de Interesse Público**, v. 3, 2020.

VITORELLI, Edilson; BARROS, José Ourismar. **Processo Coletivo e Direito à Participação: Técnicas de atuação interativa em litígios complexos**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

WATANABE, Kazuo et al. **Controle da representatividade adequada nas ações coletivas: um estudo comparativo dos sistemas brasileiro e norte-americano**. 2018. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

ZANETI JUNIOR, Hermes. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. In **Revista Videre**, v. 2, n. 3, p. 101-116, 2010.

PEDAGOGIA DECOLONIAL NO ENSINO SUPERIOR: APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DE ATIVIDADES ACADÊMICAS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES ÉTNICO-RACIAIS

Cecilia Silva Guimarães ¹

Eixo Temático: GT:4 Educação e Direitos Humanos

RESUMO

O presente artigo tem como principal objetivo apresentar o desenvolvimento da Pedagogia Decolonial no Ensino Superior a partir de atividades acadêmicas realizadas no Centro Universitário La Salle – RJ. Para tanto serão identificados os conceitos de colonialidade, decolonialidade e próprio conceito de pedagogia decolonial. A Semana Internacional de Africanidades e o Encontro Internacional dos Povos Originários das Américas serão apresentados e brevemente analisados como propostas que contribuem para o desenvolvimento de práticas pedagógicas decoloniais e para a formação integral de toda comunidade acadêmica.

Palavras-chave: Ensino Superior, Pedagogia Decolonial, Relações Étnico-Raciais.

INTRODUÇÃO

A concepção da África enquanto um continente composto por uma enorme savana a céu aberto, dominado apenas por fome, guerras civis e doenças se apresenta de forma significativa no imaginário coletivo. Em paralelo, a história do negro no Brasil acaba sendo resumida apenas à história da escravização e sobre os povos originários das Américas observamos a idealização de uma história e cultura congeladas no tempo e no espaço. Ainda que tais percepções sofram alguma variação, os estereótipos sempre aparecem como ponto comum (Guimarães, 2018).

Tais perspectivas estão intrinsecamente relacionadas a tentativa de silenciamento e marginalização das narrativas dos referidos povos, a sua proposital ausência numa historiografia oficial e nos diferentes âmbitos de uma sociedade eurocêntrica. Na educação, o reflexo ou manifestação das questões apontadas, se concretiza na inexistência ou superficialidade de tais histórias – africanas, afro-brasileiras e indígenas – nos currículos, seja da Educação Básica ou dos Cursos de Graduação.

¹ Doutorado em História pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro; cecilia.guimaraes@lasalle.org.br; <http://lattes.cnpq.br/9800919881382080>.

Diante deste cenário compreendemos o quanto é necessária a formação de indivíduos com capacidade de refletir e agir numa nova realidade, na qual a História da África, Afro-brasileira e dos Povos Originários precisa ser pensada e trabalhada de forma renovada. Neste sentido, não apenas no princípio da heteronomia, por conta das Leis 10.639/2003 (Brasil, 2003) e 11.645/2008 (Brasil, 2008), que tornaram obrigatório o ensino de tais temáticas na Educação Básica e, conseqüentemente, no Ensino Superior, mas pelo entendimento da urgência e importância de uma pedagogia decolonial, que possa trazer à tona as narrativas de tais povos, contribuindo para uma educação antirracista.

1. PEDAGOGIA DECOLONIAL

Para tratarmos do conceito de pedagogia decolonial é necessário recuperarmos algumas considerações sobre o conceito de colonialidade, que está inserido no colonialismo, mas não se encerra nele (Mignolo, 2017, p.02). A colonialidade teria começado com as invasões dos europeus em terras americanas e com a emergência do comércio de africanos escravizados. Posteriormente, tal perspectiva também pode ser observada com a colonização efetiva do continente africano, em fins do século XIX.

Segundo Luiz Fernandes de Oliveira e Vera Maria Ferrão Candau, acompanhando o processo de colonização havia uma opressão sob o desenvolvimento do conhecimento, do pensamento original do colonizado e até mesmo do seu campo simbólico, reforçando, desta maneira, a valorização do colonizador e das suas práticas correntes. Uma série de estratégias eram usadas, como o “fetichismo cultural”, na qual o europeu estimulava a superioridade de sua cultura em detrimento a do colonizado. Os autores citam que Walter Mignolo afirma que a “expansão ocidental após o século XVI não foi somente econômica e religiosa, mas também de formas hegemônicas de conhecimento (...) estabelecendo, assim, a colonialidade do saber”. (Oliveira; Candau, 2010, pp. 19-21)

Aníbal Quijano, que desenvolve o conceito de "colonialidade do poder" ou “patrón colonial de poder”, destaca quatro elementos – sustentados pelos fundamentos racial e patriarcal do conhecimento – que se relacionam e caracterizam tal conceito: o controle da autoridade; da economia; da sexualidade e gênero e; do conhecimento e subjetividade. (Mignolo, 2017, p.05). A questão racial despontou com a invasão do Novo

Mundo e as relações estabelecidas entre europeus, indígenas e africanos, sendo, gradativamente, acirrada e legitimada pela própria Ciência. A proposta de análise que se coloca sobre as diferentes regiões que foram colonizadas e que, conseqüentemente, carregam em sua formação a colonialidade, é o rompimento com os resquícios da colonialidade do poder, reforçando a concepção de uma sociedade decolonial.

Mas, quais seriam as estratégias para construção de uma sociedade a partir da concepção decolonial? Catharine Walsh, referência nos estudos sobre pedagogia decolonial, também nos apresenta o conceito de “posicionamento crítico de fronteira”, a partir do qual se objetiva tornar visível pensamentos diferentes da dinâmica predominantemente eurocêntrica. De acordo com Walsh, esta concepção possibilita a criação de estratégias entre os grupos e conhecimentos ainda reconhecidos como “minorias”, como a população negra e indígena. Bernardino-Costa e Grosfoguel afirmam que tais fronteiras não são apenas locais onde as “diferenças são reinventadas”, pois configuram também como espaços onde são desenvolvidos e reforçados os conhecimentos a partir das experiências e visões de mundo de tais grupos. (Bernardino-Costa; Grosfoguel, 2016, p. 19)

Portanto, identificamos a pedagogia decolonial como uma perspectiva crítica e teórico-metodológica que, além de expor o colonialismo marginalizante tanto de africanos e afrodescendentes, quanto de indígenas, busca estratégias pedagógicas que possam repensar e combater as conseqüências deste processo característico da modernidade europeia. Neste sentido, segundo Eliane Almeida de Souza Cruz, “decolonizar” – no que se refere à pedagogia decolonial – significa no âmbito da Educação um levante assertivo, caracterizado por ações concretas e não apenas de denúncia sobre a colonialidade. Para os autores, “decolonizar na educação é construir outras pedagogias além da hegemônica. Decolonizar é apenas denunciar as amarras coloniais e não constituir outras formas de pensar e produzir conhecimento (Cruz; Oliveira, 2016, p. 125).

2. ENSINO SUPERIOR, TEORIAS RACIAIS E PEDAGOGIA DECOLONIAL

Os diferentes projetos políticos baseados em teorias raciais e evolucionistas, que ganharam força no Brasil, ainda na metade do século XIX, mantiveram a população

negra e indígena marginalizada. As teorias raciais relacionavam as características físicas e culturais dos indivíduos ou grupos ao seu possível nível intelectual e civilizatório. Segundo tais considerações, a Europa era o grande exemplo de civilização, restando para os povos indígenas e os africanos e afrodescendentes o status de inferiores e atrasados (Dantas, 2010, pp. 141-142). Ademais, desde o final do século XIX, a produção intelectual no Brasil debruçou-se sobre a perspectiva da mestiçagem e a formação da identidade nacional. Esta produção teve diferentes interpretações, ora despertando curiosidade, ora preocupação sobre os rumos civilizatórios que o Brasil poderia não alcançar.

O debate sobre a formação da sociedade brasileira estava em pauta nos círculos estrangeiros, muitas vezes representados pelos naturalistas que passaram por aqui, nos periódicos, nos debates políticos e científicos. Historicamente, as Universidades brasileiras se constituíram a partir e para classe social dominante, que para além de desconsiderar a importância da presença de africanos, afro-brasileiros e indígenas na formação da sociedade brasileira, buscava legitimar as concepções supracitas. Neste sentido, segundo Lilia Moritz Schwarcz, no Brasil, o debate se concentrou entre as escolas de Direito e Medicina. “Instaurada uma disputa pela hegemonia e predomínio científico no país, percebem-se dois contendores destacados. De um lado o remédio, de outro a lei; o veneno previsto para uns, o antídoto nas mãos dos outros” (Schwarcz, 1994, p. 141).

No caso do Direito, destaca-se a preocupação em proteger sua hegemonia e a pretensão de garantir a hierarquia social, mantendo assim uma discussão voltada para a raça em detrimento da cidadania. Quando tratamos das escolas de Medicina, encontramos a imagem do médico/cientista social que, segundo Schwarcz, deu “lugar à imagem do higienista e do perito criminal, ambos de intervenção política e social” (Schwarcz, 1994, p. 144). Assim como haviam diferentes interpretações entre as diversas escolas de Direito, observamos esta mesma situação na Medicina. Os médicos, por exemplo, do Rio de Janeiro, preocupavam-se com a higiene pública e a propagação de epidemias, enquanto na Bahia, a atenção era voltada para medicina criminal, representada pela figura de Nina Rodrigues. No cerne destas discussões, seja no âmbito do Direito ou da Medicina, a população negra era analisada a partir das teorias raciais que objetivavam eliminar o que consideravam o atraso da nação, aquilo que impedia um futuro promissor

para o Brasil: a miscigenação.

Os estudos não se encerraram no campo do Direito ou da Medicina. No final da década de 1920 e ao longo da década de 1930, segundo John M. Norvell em artigo publicado no livro *“Raça como retórica: a construção da diferença”* foram produzidos três trabalhos que contribuíram de forma significativa para os estudos sobre a formação social e histórica do Brasil: *Retrato do Brasil* de autoria de Paulo Prado; *Raízes do Brasil* de Sérgio Buarque de Holanda e *Casa-grande & Senzala* de Gilberto Freyre. Norvell apresenta os pontos de convergência destes autores como, por exemplo: “os três preocuparam-se com a alma brasileira (...) os três encontraram a mistura de raças” (Norvell, 2002, p. 249).

Paulo Prado era um aristocrata e crítico de São Paulo e foi um dos organizadores da Semana de Arte de Moderna em 1922. Em meio a grande produção literária do período, Prado argumentava sobre a dificuldade do Brasil em se desenvolver e progredir de acordo com os melhores moldes ocidentais. No trabalho citado acima, ainda que possamos observar a menção de aspectos positivos do indígena, do africano e do mestiço, é necessário destacar que o autor estava inserido no contexto histórico do racismo científico, da eugenia e das políticas de branqueamento, conceitos e ideias latentes nesta época. Prado também chama atenção para o papel das mulheres neste processo de miscigenação: “(...) essa nação (...) é um lugar feminino, cada vez mais definido pela indígena, pela escrava africana e pela mestiça e a mulata que mantém a mistura de raças como processo permanente” (Norvell, 2002, p. 252).

Em *Raízes do Brasil*, Sérgio Buarque de Holanda preocupa-se em problematizar um outro elemento envolvido nesta “mistura de raças”: os portugueses. Sublinha que esta mistura já havia começado no além-mar com a invasão de norte africanos e o contato com os escravizados que eram levados para Portugal. Sobre a produção textual de Holanda, que menciona que esta antiga mistura deu-se “com gente de cor”, é interessante a observação de Norvell: “Holanda usa um sujeito branco indeterminado, discursivamente privilegiado, que se mistura *com* pessoas de cor.” E ainda a mistura é ‘*com* gente de cor’, não ‘*de* raças diferentes’, não ‘*de* pessoas de cor” (Norvell, 2002, p. 254).

Segundo Peter Burke, Gilberto Freyre estava inserido no âmbito dos intelectuais

brasileiros que se inspiravam no positivismo francês e tinha extremo interesse na história do cotidiano social, ganhando destaque devido ao desenvolvimento de novas abordagens e métodos de análise que também se relacionavam com outras áreas – a sociologia, a antropologia e a própria história social (Burke, 1997, pp. 4-5). No clássico *Casa-grande & Senzala*, Freyre reforçava a ideia de cooperação étnico-racial (indígenas, portugueses e africanos) no âmbito cultural e definidor da formação de nossa identidade nacional. “Se antes a sociedade brasileira era condenada pela raça, com Gilberto Freyre ela, na verdade, estaria salva pela miscigenação, fruto de uma tradição legada pela herança ibérica” (Maio, 1999, p. 112). Embora Freyre não deixasse de mencionar a violência estabelecida entre brancos e negros, a concepção de uma confraternização entre estes, marcada pela positivação do mestiço, camuflou a perspectiva de uma democracia racial em nosso país, concepção que não tardaria a ser revisada nas décadas seguintes.

As críticas à obra de Gilberto Freyre começaram ainda na década de 1940. Sociólogos como Antônio Cândido e Luiz Aguiar Costa Pinto demonstram-se reativos ao enfoque culturalista de Freyre. No mesmo caminho, o sociólogo Donald Pierson, professor da Escola Livre de Sociologia e Política de São Paulo – fundada em 1933 – critica a existência de concepções biológicas em *Casa-grande & Senzala*, o que, segundo ele, comprometeria o estudo sociológico do autor (Maio, 1999, p. 117). Nos anos seguintes a obra de Freyre continuou sendo revisitada e sofrendo críticas, contudo o autor não aceitou a compreensão de sua obra sob a projeção de uma convivência étnica harmoniosa. Segundo Marcos Chor Maio “para Freyre, a democracia racial à brasileira seria uma espécie de tipo ideal weberiano. (...) Na versão freyreana evidências de racismo não descaracterizariam a tradição cultural que informaria as interações sociais no Brasil” (Maio, 1999, p. 129).

Posteriormente, ainda que a concepção de democracia racial tenha sido desconsiderada, foi com o acirramento e consolidação do governo ditatorial no Brasil que acompanhamos uma série de retrocessos também no campo da Educação. Observamos, portanto, um cenário pouco favorável para as renovações historiográficas e curriculares consideradas decoloniais. Sem desconsiderar os movimentos de resistência à Ditadura, foi somente a partir da década de 1980, da abertura política e do processo de redemocratização, que podemos observar uma renovação teórico-metodológica mais efetiva no que diz respeito aos conteúdos decoloniais.

Na década de 1990, quando os estudos sobre o pós-colonialismo já haviam ganhado ainda mais vulto, um grupo de intelectuais latino-americanos e americanistas que viviam nos Estados Unidos fundou o Grupo Latino-Americano de Estudos Subalternos. Por causa de uma série de divergências teóricas, o novo Grupo não demoraria muito para de desmembrar, o que aconteceu no ano de 1998, ano em que foram realizados os primeiros encontros entre os componentes que formariam o Grupo Modernidade/Colonialidade (Ballestrin, 2013, pp. 93-96).

O Grupo Modernidade/Colonialidade foi sendo construído gradativamente a partir de uma série de encontros como seminários, congressos e publicações, além de reuniões oficiais que ocorreram entre os anos de 2001 e 2006. Composto por vários estudiosos, principalmente, da América Latina e de diversas áreas do conhecimento, o Grupo além de problematizar o próprio conceito de colonialidade, busca desenvolver a perspectiva da decolonialidade, rompendo com os padrões eurocêntricos, resquícios do colonialismo.

Foi, principalmente, a partir dos anos 1990, que os estudos decoloniais foram emergindo nos espaços universitários, em diferentes áreas do conhecimento. Atualmente, mesmo após as Leis 10.639/2003 e 11.645/2008, consideradas propostas fundamentais na perspectiva da decolonialidade, no que se refere à pedagogia decolonial na Educação Básica e no Ensino Superior, destaco duas questões basilares, a saber: sobre toda comunidade acadêmica ressalta-se a fragilidade da formação dos indivíduos na Educação Básica no que diz respeito a História da África, Afro-brasileira e Indígena e a reprodução de uma série de estereótipos sobre tais povos e; o entendimento e defesa da importância de propostas acadêmicas que tratem dos temas de forma pontual e contínua, contribuindo em âmbito institucional para implementação de propostas no campo dos direitos humanos e das relações étnico-raciais, independentemente da área de conhecimento.

Ante o exposto, este artigo pretende apresentar dois projetos realizados no Centro Universitário La Salle – RJ: a Semana Internacional de Africanidades e Encontro Internacional dos Povos Originários das Américas. Os dois eventos acadêmicos são organizados pelos Cursos presenciais de História, Pedagogia, Relações Internacionais e o Núcleo de Arte e Cultura, são gratuitos, abertos ao público externo e a toda comunidade acadêmica lassalista. Os projetos se caracterizam como práticas decoloniais e fomentam

as reflexões e ações antirracistas e de conscientização, principalmente, de docentes, discentes e demais colaboradores.

3. ATIVIDADES ACADÊMICAS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES ÉTNICO-RACIAIS

A Semana Internacional de Africanidades teve início em 2019 e acontece, desde então, no mês de maio, em celebração ao dia 25 de maio, Dia da África, data que em 1963 foi fundada a OUA - Organização da Unidade Africana, hoje conhecida como União Africana. Ao longo das seis edições contou com a colaboração de diversos convidados nacionais e internacionais, que participaram de palestras, rodas de conversa, oficinas, lives nas rede sociais, apresentações artísticas e feira de empreendedorismo negro. Foram diversos os temas explorados, tais como: letramento racial; desconstrução de estereótipos; educação antirracista; literatura africana e afro-brasileira; religião afro-brasileira; relações internacionais da África; cultura africana e afro-brasileira; artes plásticas africana e afro-brasileira; saúde da população negra; legislação antirracista; entre outros.

O Encontro Internacional dos Povos Originários das Américas começou no ano de 2020, no auge da pandemia da Covid-19. Foi escolhido o mês de outubro em referência ao dia 12, quando é celebrado, na América Latina, o Dia da Resistência Indígena, data que originalmente era atribuída à chegada de Cristóvão Colombo às Américas – Dia da Hispanidade e foi ressignificada como reivindicação e denúncia dos séculos de exploração e extermínio dos povos originários. A metodologia utilizada é a mesma que em “Africanidades” em relação às atividades e participação de convidados, já os temas mais explorados foram: desconstrução de estereótipos; resistência indígena; literatura indígena; saúde da população indígena; educação indígena; artes e cultura indígena; diversidade indígena; moradias indígenas; experiências internacionais de povos originários das Américas; entre outros.

Ao longo da existência dos dois eventos contamos com a inscrição de 12.662 pessoas em seis edições da Semana Internacional de Africanidades e 5.202 pessoas em 4 edições do Encontro Internacional dos Povos Originários das Américas. Destaco algumas observações importantes a partir dos números mencionados anteriormente: primeiro o volume expressivo de inscrições na II Semana Internacional de Africanidades, que

aconteceu em maio de 2020, quando estávamos no auge da pandemia da Covid-19, em processo de quarentena indeterminado e começando a utilizar as metodologias tecnológicas numa proporção nunca vista ou realizada. Nesta segunda edição, o evento contou com 4.174 inscritos, que lotaram as salas virtuais, sendo necessária a transmissão das atividades por diferentes recursos técnicos. Para além do Google Meet, precisamos usar o YouTube para que todos os interessados pudessem participar.

Um segundo ponto que é extremamente necessário de ser apontado e problematizado é a discrepância em relação ao número de inscritos nos dois eventos. Mesmo que o Encontro Internacional dos Povos Originários das Américas tenha começado um ano após Africanidades e não tenha sido realizado ainda em 2024, é inegável que o número de inscrições em Povos Originários é sempre menor. Tal constatação corrobora o desconhecimento e distanciamento sobre a História dos Povos Indígenas e o quanto o Ensino de tal temática avançou pouquíssimo desde sua obrigatoriedade a partir de 2008. Hoje o desafio que se coloca é estimular a comunidade acadêmica e externa em relação a importância de conhecermos as narrativas dos povos originários, desconstruindo uma série de estereótipos que continuam sendo reproduzidos nos diferentes âmbitos da sociedade.

Os eventos também são caracterizados pela interdisciplinaridade e a cada edição contam com a participação de outros Cursos convidados para além dos organizadores, tais como: Arquitetura, Direito, Enfermagem, Psicologia, Gastronomia, Marketing. Assim como são reforçados os diálogos com a Educação Básica, a partir da participação direta na apresentação de trabalhos dos alunos da Escola La Salle e Colégio La Salle Abel, integrantes da rede lassalista.

Em termos político-institucionais destaco a importância das atividades realizadas para atingirmos os pressupostos identificados e descritos no PDI – Plano de Desenvolvimento Institucional do Centro Universitário La Salle – RJ com vigência de 2022 a 2026, no que se refere à Política Institucional dos Temas Transversais. (UNILASALLE-RJ, 2022, p. 171) A inserção de tais temas nos currículos acadêmicos se torna indispensável para formação profissional e continuada do corpo docente, discente e demais colaboradores. Desta forma a Política Institucional dos Temas Transversais tem

como referência, dentre outros documentos, o Indicador 1.5 Conteúdos Curriculares do Instrumento de Avaliação de Cursos de Graduação Presencial e a Distância:

Os conteúdos curriculares, previstos no PPC, possibilitam o efetivo desenvolvimento do perfil profissional do egresso, considerando a atualização da área, a adequação das cargas horárias (em horas-relógio), a adequação da bibliografia, a acessibilidade metodológica, a abordagem de conteúdos pertinentes às políticas de educação ambiental, de educação em direitos humanos e de educação das relações étnico-raciais e o ensino de história e cultura afro-brasileira, africana e indígena, diferenciam o curso dentro da área profissional e induzem o contato com conhecimento recente e inovador (Brasil, 2017).

Sobre uma breve análise qualitativa, os eventos apresentam um significativo, importante e exponencial retorno pedagógico, que colabora para formação integral dos alunos e docentes e, para formação específica, daqueles que atuam diretamente com os temas em suas escolhas profissionais, como os alunos das Licenciaturas. Para além de provocar e inquietar os participantes das oficinas e palestras, existe a intenção de afetar toda comunidade acadêmica presente na Instituição. É a partir do trabalho desenvolvido pelo Núcleo de Arte e Cultura, que em todas as edições seleciona e organiza Exposições de Artes na Galeria La Salle, que os dois eventos atingem toda a IES, extrapolando as paredes dos auditórios com as temáticas da História da África, Afro-brasileira e Indígena.

Por fim, destaco algumas particularidades vivenciadas nas edições já realizadas: o envolvimento direto dos alunos de História, Pedagogia e Relações Internacionais no trabalho de monitoria dos eventos e na organização de exposições a partir do acervo do Núcleo e Arte e Cultura, como Exposição Numismática e Filatélica ou a partir da apresentação de banners de pesquisas realizadas em disciplinas curriculares. A oportunidade de levarmos as Exposições sobre Africanidades para o Salão Nobre da OAB-Niterói e a participação de importantes lideranças indígenas ou da negritude nas atividades realizadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas considerações finais cabe destacar a intrínseca relação do presente trabalho com a temática do VI Seminário Interinstitucional e Internacional para efetivação dos

Direitos Humanos na Contemporaneidade – Os 35 anos da Constituição de 1988: avanços e retrocessos na efetivação dos Direitos Humanos.

A legislação antirracista e indígena se apresentou muito frágil ao longo da história do Brasil, basta nos debruçarmos na literacia histórica e trazermos à tona as relações étnico-raciais estabelecidas com a chegada dos europeus e africanos escravizados, que se relacionaram de diversas formas com os povos originários. Analisar a implementação de Leis em defesa de determinados grupos sociais, numa sociedade construída com base na violência e privação de liberdade de determinados sujeitos – africanos, afro-brasileiros e indígenas – e que se caracteriza pelo enraizamento do racismo estrutural, requer criticidade, questionamento e posicionamento.

A Constituição de 1988 (Brasil, 1988) trouxe avanços importantes, por exemplo, no reconhecimento à propriedade de suas terras aos remanescentes das comunidades quilombolas. Contudo, o estudo da Base de Informações Geográficas e Estatísticas sobre os Indígenas e Quilombolas do IBGE apresenta uma estimativa de que em 2019 existiam 5.972 territórios quilombolas, dos quais apenas 404 são territórios oficialmente reconhecidos, o que deixa clara a morosidade dos processos de reconhecimento e titulação de terras quilombolas (IBGE Educa, 2023).

Recentemente acompanhamos o andamento do Marco temporal, uma tese jurídica que pretendia estabelecer que os povos indígenas teriam direito apenas de ocupar as terras que já estavam ou disputavam na data da promulgação da Constituição de 1988. Tal tese fere a própria Constituição, pois esta estabelece que os indígenas têm direitos sobre as terras que ocupam de natureza originária, portanto têm direitos garantidos e anteriores a própria formação do Estado brasileiro.

Apresentar tais questionamentos corrobora a pertinência deste trabalho, pois precisamos de uma análise ampliada sobre a História de formação da nossa sociedade e tudo que ela implica. A morosidade ou tentativa de infração de Leis relacionadas aos povos afro-brasileiros e indígenas estão intrinsecamente relacionadas à marginalização de tais sujeitos e suas narrativas e à colonialidade enraizada, a partir, por exemplo, do racismo estrutural.

As considerações finais também seguem através daqueles que participaram ativamente dos eventos:

A semana de africanidades preencheu total a ausência de matérias relacionadas a cultura afro-brasileira na escola, se durante algum momento do ensino médio eu tivesse a chance de ter participado de um evento que coloca pessoas iguais a mim como protagonistas, muitas coisas teriam sido diferentes na minha vida. É incrível estar em um ambiente que as pessoas têm as mesmas vivências que você, que trazem assuntos que poucas vezes você consegue discutir em ambientes acadêmicos sem que diminuam o que você sente e passa. Foi na primeira Semana de Africanidades que eu entendi que não estava sozinha, que a minha luta não era só minha, mas de todos que tiveram sua história apagada. (Stefany Conceição da Silva. Egressa do Curso de História)

A Semana Internacional de Africanidades realizada na universidade foi um marco significativo na minha trajetória acadêmica e pessoal. Este evento, voltado para a celebração e discussão das culturas africanas e afro-brasileiras, proporcionou um espaço de reconhecimento, reflexão e empoderamento para muitos de nós, especialmente para mim, como uma mulher preta. Participar das atividades e palestras foi uma experiência transformadora. A troca de conhecimentos e a valorização da história e cultura africana trouxeram à tona questões essenciais sobre identidade e pertencimento. A relevância de abordar as questões raciais e de gênero dentro do ambiente universitário não pode ser subestimada. Através da educação e do diálogo, é possível desconstruir estereótipos, combater preconceitos e promover uma sociedade mais justa e equitativa. A Semana Internacional de Africanidades mostrou-se, portanto, não apenas como um evento de celebração, mas como um fomento para a transformação social. (Suellen da Silva Nascimento. Egressa do Curso de História)

Como funcionário do Núcleo de Arte e Cultura do Unilasalle-RJ e estudante do Curso de Arquitetura e Urbanismo, percebo o Encontro Internacional dos Povos Originários das Américas como uma oportunidade para promover o diálogo intercultural e valorizar a diversidade indígena dentro do ambiente universitário. Este evento fortalece nosso compromisso com a promoção dos direitos humanos, além de contribuir com a preservação cultural e histórica na ocupação dos povos originários no nosso território. Ações como estas contribuem para uma comunidade mais consciente e socialmente engajada, reapropriando a cultura indígena para o centro das discussões acadêmicas e profissionais. (Yuri O. do Nascimento Felisberto. Funcionário do Núcleo de Arte e Cultura do Unilasalle-RJ e estudante do Curso de Arquitetura e Urbanismo)

O Encontro dos Povos Originários que acontece anualmente no Centro Universitário La Salle - RJ tem fundamental importância na formação dos estudantes de todos os cursos de graduação, no que diz respeito à

importância do contato com a diferença, diversidade cultural e o acesso ao conhecimento a outros modos de vida, cultura e tradições constituintes da sociedade nacional, sobretudo para reafirmar que os espaços acadêmicos também são lugares que povos indígenas podem e devem ocupar, principalmente na formação dos estudantes dos cursos de licenciatura para que os futuros professores ao iniciarem a atuação no magistério possam contribuir para a construção de uma Educação transformadora e decolonial, visando a ruptura dos estigmas, estereótipos e a desinformação que cercam os povos originários para a formação de uma sociedade mais justa e igualitária. (Thaynara Macuxi Santos de Oliveira. Egressa do Curso de Pedagogia)

Após seis edições da Semana Internacional de Africanidades e quatro edições do Encontro Internacional dos Povos Originários das Américas, aqui apresentados e brevemente analisados, é inegável a constatação da importância de tais propostas no âmbito do Ensino Superior. É compreendendo a relevância da formação do estudante e de toda comunidade acadêmica e “considerando a perspectiva da formação integral, expressa na missão e traduzida na identidade educacional do “ensinar a bem viver” (UNILASALLE-RJ, 2022, p. 61), que o Unilasalle-RJ, neste artigo representando pelos Cursos de História, Pedagogia, Relações Internacionais e o Núcleo de Arte e Cultura, vem caminhando na implementação de pedagogias decoloniais, que possam contribuir para a formação pessoal e profissional de excelência das diferentes personagens que constroem e compartilham suas trajetórias nesta Instituição. Por fim, o fio condutor desse trabalho reforça a pedagogia decolonial como proposta contínua de formação dos indivíduos, especificamente, em todos os segmentos da Educação e, para além desta, em todos os setores e âmbitos da sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Ministério da Educação. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Diretoria de Avaliação da Educação Superior. Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior. **Instrumento de Avaliação de Cursos de Graduação presencial e a distância**. Brasília, 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 09 de novembro de 2023.

_____. **Lei 11.645 de 10 de março de 2008**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111645.htm. Acesso em 09/11/2023.

_____. **Lei 10.639 de 09 de janeiro de 2003.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.639.htm#:~:text=L10639&text=LEI%20No%2010.639%2C%20DE%209%20DE%20JANEIRO%20DE%202003.&text=Altera%20a%20Lei%20no,%22%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em 09/11/2023.

BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro colonial. In: **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº 11. Brasília, maio-agosto, 2013.

BERNARDINO-COSTA, Joaze; GROSGOUEL, Ramón. Decolonialidade e perspectiva negra. In: **Revista Sociedade e Estado**, v. 31, nº 1, janeiro/abril 2016.

BURKE, Peter. Gilberto Freyre e a nova história. *Tempo Social*. **Revista de Sociologia da USP**. São Paulo, 9(12): 1-12, outubro de 1997.

DANTAS, Carolina Vianna. Racialização e mobilização negra nas primeiras décadas republicanas. **Revista do Programa de Educação sobre o Negro na Sociedade Brasileira**. Cadernos Penesb. Niterói, nº 12. 2010.

GUIMARÃES, Cecília Silva. **História da África no Ensino Superior: a formação de professores de História e a Prática Docente**. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, 2018.

IBGE EDUCA. **Quilombolas no Brasil**. Disponível em <https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/21311-quilombolas-no-brasil.html>. Acesso em 09/11/2023.

MAIO, Marcos Chor. Tempo controverso: Gilberto Freyre e o Projeto Unesco. *Tempo Social*; **Revista de Sociologia**. USP, São Paulo, 11. pp.111-136, maio de 1999.

MIGNOLO, Walter D. O lado mais escuro da modernidade. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Vol. 32, nº 94, junho/2017.

NORVELL, John M. **A brançura desconfortável das camadas médias brasileiras**. In: MAGGIE, Yvonne; REZENDE, Claudia Barcellos. Raça como retórica: a construção da diferença. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Espectáculo da miscigenação**. *Estudos Avançados*, 8(20), 1994.

SOUZA E CRUZ, E.; OLIVEIRA, L. Penso, mas não existo! A invisibilidade da África nos currículos de História do Rio de Janeiro. In: **Gavagai - Revista Interdisciplinar de Humanidades**, v. 3, n. 1, p. 119-141, 9 jul. 2016.

UNILASALLE – RJ. **PDI - Plano de desenvolvimento institucional: 2022- 2026**. Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro. – Niterói, RJ: Unilasalle-RJ, 2022.

(RES)SOCIALIZAÇÃO A PARTIR DA LEITURA: UMA QUESTÃO DE RESISTÊNCIA AO MODELO PRISIONAL DESUMANIZADOR BRASILEIRO

Antonio Eduardo Ramires Santoro¹

Rodrigo Machado Gonçalves²

Ronaldo dos Santos Silva Junior³

Marianna da Silveira Figueiredo Carvalho e Carvalho de Araujo⁴

Eixo Temático: GT05 – Políticas Criminal e Penitenciária. Direitos Material e Processual Penal Contemporâneos frente aos Direitos Humanos.

RESUMO

O presente trabalho é fonte da pesquisa iniciada para a elaboração da monografia intitulada “(Res)socialização pela Leitura: Perspectivas de uma Execução Penal Democrático-Humanizadora”, apresentada em 2022 ao Curso de Direito do Centro Universitário La Salle/RJ. A partir das reflexões a respeito da redução da pena pela leitura para promover a ressocialização dos apenados, no âmbito da Resolução Nº 391/2021 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e sua adequação na perspectiva de um Estado Democrático de Direito, pretende-se dar seguimento aos estudos realizados sobre as práticas educacionais e literárias no cárcere, considerando os desafios para sua prática, tomando como base uma análise crítica acerca da estrutura do cárcere e da execução penal brasileira. Apoiando-se em uma metodologia analítica-qualitativa-jurídico-pedagógica e um viés qualitativo-bibliográfico-exploratório, visa, portanto, sob a forma dogmático-analítica, propiciar o reconhecimento dessas políticas sociais e educativas enquanto resistência e instrumento para a ruptura com práticas executórias penais que ainda perpetuam perversos modelos de punições inquisitoriais e da perspectiva da abertura de portas para a (re)inserção desses sujeitos, através da leitura e do estudo, superando mitos que (re)produzem imaginários igualmente indignos desde a figura do apenado, também responsáveis por diversos preconceitos a respeito da implementação dessas medidas, e, ao mesmo tempo, pontuar avanços já realizados, a partir da demonstração da sua repercussão no cotidiano do espaço prisional.

Palavras-chave: Direito e Literatura; Ressocialização; Educação e Leitura; Execução Penal; Dignidade da Pessoa Humana.

Sumário: Introdução; 1. Do suplício ao cárcere-fábrica: o presídio moderno enquanto espaço de concentração e exploração dos “indesejáveis”; 2. Estado democrático de direito e execução penal: a dignidade, a “ressocialização” e a educação enquanto direito violado dentro e fora do cárcere; 3. A leitura, a educação e a literatura no espaço carcerário como esperança e resistência ao modelo desumanizador prisional brasileiro; Considerações Finais; Referências.

¹ Pós-Doutor em Direito Penal e Garantias Constitucionais pela Universidad Nacional de La Matanza - Argentina, antoniosantoro@antoniosantoro.com.br, <http://lattes.cnpq.br/9190879263950156>.

² Doutorando em Teorias Jurídicas Contemporâneas no PPGD/FND da Universidade Federal Rio de Janeiro – RJ, prof.rodrigo.goncalves@soulasalle.com.br, <http://lattes.cnpq.br/6074988147923888>.

³ Pós-Graduado com especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, prof.ronaldo.junior@soulasalle.com.br, <http://lattes.cnpq.br/8665557065714986>.

⁴ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário La Salle Rio de Janeiro e graduanda na licenciatura em Letras (Português-Literaturas) pela Universidade Federal Fluminense, mariannadasilveira@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/9187295675309560>.

INTRODUÇÃO

No âmbito da monografia **(Res)socialização pela Leitura: Perspectivas de uma Execução Penal Democrático-Humanizadora** (Araujo, 2022), comprovou-se a compatibilidade do instituto da remição da pena pela leitura, e, especificamente, sua previsão a partir da Resolução N° 391/2021 do CNJ com a Carta Magna (CRFB/88) e, conseqüentemente, com a construção de um Estado Democrático de Direito, adequando-se, também, às previsões da Lei de Execução Penal (LEP), do Código de Processo Penal (CPP) e do Código Penal (CP), podendo servir, como no caso de outras medidas, para frear, ainda que “timidamente”, as condições de precarização nos presídios brasileiros.

Intuindo-se, portanto, ser possível contribuir com a identificação da relevância literária no resgate da dignidade humana, o objetivo do presente estudo é o de especificar e aprofundar as análises sobre a remição da pena pela leitura e pelo ensino no cárcere, levando em consideração diversos fatores que viabilizam e inviabilizam sua implementação e eficácia nos presídios brasileiros como: a evasão escolar, a estigmatização, a autoestigmatização, a precariedade do sistema penitenciário em todas as suas dimensões.

Para tal desiderato, a observância da “ressocialização” dos apenados deve se fundar em hipóteses inerentes às relações de poder e, nesse sentido, ao desvelar o comportamento violento Estatal-Penal, sob a forma de: prisões injustas, superlotação presidiária, insalubridade, e inúmeras perspectivas de indignidade humana, partindo de um deslocamento do cunho pedagógico, preponderante às análises desenvolvidas à época da elaboração da monografia em destaque, para, desta vez, aprofundar-se na crítica ao modelo prisional brasileiro contemporâneo, contatando sua relação com o modelo carcerário originado em meio às revoluções industriais – cárceres-fábrica –, cujo objetivo era a concentração e a exploração da mão de obra dos apenados.

O trabalho conta com a construção de um método analítico-qualitativo- jurídico-pedagógico, pautando-se também em viés qualitativo-bibliográfico-exploratório, uma vez que, por meio de referenciais bibliográficos já existentes, visa-se a construção de um aporte teórico que auxilie na compreensão dos fenômenos e dados aqui abordados (Gil, 2002), auxiliando na compreensão acerca da maneira como esses fatos circulam e produzem sentidos no cotidiano, motivo pelo qual também conta com o método

fenomenológico (Gil, 2006), tendo como objeto do caminho teórico-metodológico a resolução em destaque, as disposições da Lei de Execução Penal, juntamente a pareceres do próprio Conselho Nacional de Justiça (2023), outros dados acerca da leitura e o estudo no cárcere (DEPEN, 2023), sobre a evasão no ensino básico (UNICEF, 2021; IBGE, 2024) e os índices de reincidência (DEPEN, 2022).

Da perspectiva de cunho crítico-criminológico, propõe-se o repensar as estruturas do cárcere, nas quais os detentos, majoritariamente pobres e negros, encontram-se isolados, ignorados, e amontoados como se fossem “inimigos da sociedade”, “feras” a serem “domesticadas”, ou seja, em nítido e único viés retributivo-apenador.

Tal assertiva permite o reconhecimento que se estende ao espaço do presídio o extermínio que esses corpos sofrem reiteradamente nas periferias brasileiras, motivo pelo qual se torna premente abordar o racismo estrutural, a criminalização da pobreza e da negritude, sobretudo pelas obras paradigmáticas de Thula Pires (2017, 2018), Luciano Góes (2013, 2017, 2016) e Silvio de Almeida (2019).

Do mesmo modo, é importante ressaltar a filiação da presente produção à teoria da criminologia crítica desenvolvida, dentro outros, por Lola Anyar de Castro (1983), Vera Malagutti (2007, 2009, 2011), Nilo Batista (2010), Juarez Cirino dos Santos (2006) e Raúl Zaffaroni (2007), contruindo, assim, reflexões acerca do abandono, discriminação e violência estatais como fatores criminógenos preponderantes no território das favelas e que são reproduzidos, mantidos e, por vezes, potencializados no cárcere, caracterizando-se um ciclo de exclusão, tortura e extermínio gravíssimo, juntamente às obras de Achille Mbembe (2018), Salo de Carvalho (2008), Dario Melossi e Massimo Pavarini (2006), as quais permitem estabelecer compreensão da relação intrínseca entre o neoliberalismo e o cárcere, sobretudo no que tange à pena privativa de liberdade como a regra apenatória e a manutenção do “estado de coisas inconstitucional” da Execução Penal, o qual se afeiçoa por modelo penitenciário violador da dignidade da pessoa humana, sob vários aspectos.

O desvelar acima mencionado viabiliza a compreensão das reincidência e incapacidade carcerária de realização da função social da pena, o que evidencia a estruturalização da aplicação da pena, materialmente considerada, em paradigma eclesástico (suplício-redenção), segundo Michel Foucault (1999, 2002, 2007, 2015).

Por outro lado, em meio a tantos antagonismos, gerados e mantidos, sistematicamente, pelas estruturas e relações de poder (Ribeiro, 1995), o trabalho também recorre às contribuições de Antonio Candido (2011) acerca do “Direito à Literatura”, os ensinamentos de Paulo Freire (1987), assim como as de Lenio Streck e André Trindade (2013), para demonstração do quanto a leitura e o aprendizado se configuram como aspectos de humanização indiscutíveis no cumprimento da pena e sua função constitucional-social, como o auxílio das perspectivas daqueles que já ocuparam o espaço prisional e, pelo estudo, romperam com essa realidade, como Roberto da Silva (2010) e Samuel Lourenço Filho (2015, 2019).

Nesse sentido, o percurso a ser trilhado pelo presente estudo é composto por três sessões. Na primeira, será apresentado um contexto da formação dos presídios, sua concepção enquanto um espaço de concentração e gestão dos “indesejáveis”, a partir das revoluções industriais, e como esse modelo se desenvolve no Brasil e se agrava na atualidade.

A persistência desse modelo de cárcere-fábrica indica reiteradas e sistêmicas transgressões diretas ao texto constitucional, sobretudo no que se refere à função social da pena, objeto de discussão da segunda sessão, através da qual visa-se desenvolver reflexões a respeito do que simboliza a presença do ensino na prisão, sob a ótica criminológica da socialização/ressocialização, partindo da precarização do ensino básico nacional, juntamente à evasão escolar, sofrida pela grande maioria da população carcerária, bem como a defasagem na educação no espaço prisional.

Representando uma chance de se (re)inserção social, em um terceiro momento, pretende-se analisar a repercussão da política escolar no cárcere, sobretudo na questão da remição da pena pela leitura e pelo estudo, e sua perspectiva restaurativa para os sujeitos privados de liberdade, o que a torna indubitável na contribuição para a efetivação de seus direitos, na preservação da sua dignidade e, com efeito, na possibilidade de construção de espaço carcerário tendente, ao menos sob esse aspecto, à democratização e humanização.

Dessa forma, apesar das inúmeras dificuldades que obstaculizam a implantação imediata e eficiente do ato normativo, pretende-se reconhecer, nessa implementação, um importantíssimo passo para que a pena atenda aos axiomas fundamentais da democracia.

Logo, ressalta-se que este trabalho não envolve apriorística de qualquer fator

romantizador acerca da eficácia imediata das medidas ou permite elementos próprios de discursos “meritocráticos” quanto ao estudo no presídio. Ao contrário, afirmando-se a complexidade estrutural-conjuntural da realidade carcerária brasileira, tão somente se propõe ao desenvolvimento de reflexões sobre a implementação da prática da leitura e do consequente projeto educacional inerente à resolução objeto de análise, tornando viável a possibilidade da pessoa apenas angariar subsídio que permite transcendência da sua realidade dentro e fora das grades.

1. DO SUPLÍCIO AO CÁRCERE-FÁBRICA: O PRESÍDIO MODERNO ENQUANTO ESPAÇO DE CONCENTRAÇÃO E EXPLORAÇÃO DOS “INDESEJÁVEIS”

No âmbito das sociedades pré-capitalistas, ainda que se pudesse observar a existência do cárcere enquanto instituição, a aplicação do aprisionamento preventivo e/ou por dívida, não se verifica a condenação às penas privativas de liberdade enquanto “pena autônoma e ordinária” (Pavarini, Melossi, 2014, p. 21). Não era, portanto, a punição em si, mas tão somente o instrumento para “facilitar a aplicação das penas propriamente ditas, que consistiam em sanção pecuniária, pena capital, banimento, punições corporais (esquartejamento, queima, marcação de corpos), etc” (Kirchheimer, Rusche, 2004, *apud* Vianna, 2010, p. 19).

Essas penas traziam em si um caráter suplicante (Foucault, 1999), ainda que de maneira acessória em diversos casos concretos, pois envolvia-se rituais que promoviam a marcação dos corpos dos sujeitos condenados, de forma calculada e realizada para que a penalização seguisse o apenado, mesmo após sua aplicação, juntamente à exposição e humilhação. Assim, um suplício, consiste na pena “corporal, dolorosa, mais ou menos atroz” (Ferrus, 1980, *apud* Foucault, 1999, p. 36). Entretanto, por mais bárbaro e cruel, não há que se falar em “suplício penal” perante a ocorrência de toda e qualquer punição corporal, tampouco da “perda de controle estatal” quando da efetiva condenação ao suplício:

O suplício penal não corresponde a qualquer punição corporal: é uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune: não é absolutamente a exasperação de uma justiça que, esquecendo seus princípios, perdesse todo o controle. Nos “excessos” dos suplícios, se investe toda a economia do poder (Foucault, 1999, p. 37).

Essa barbárie, portanto, fazia parte do método punitivo daquelas sociedades, que realizavam o adestramento dos corpos através do medo e da expiação – de uma punição que, comumente, estava diretamente ao “castigo divino” (Pavarini, Melossi, 2014, Foucault, 1999).

O controle das massas, sobretudo no âmbito do sistema penal, atravessa os séculos e chega à modernidade (e permanece na contemporaneidade), porque a relação cárcere-sociedade traduz a relação entre classe dominante e classe dominada, logo, “quem exclui e quem é excluído, ou melhor dizendo, entre quem tem o poder de criminalizar e quem está sujeito à criminalização” (Batista, 2011, p. 91).

A partir da revolução francesa, em 1789, o advento e a expansão do iluminismo, juntamente à Primeira Revolução Industrial na Inglaterra, entre os anos de 1760 a 1830, observa-se significativas mudanças quanto à repressão penal. Com efeito, Antonio Santoro (2019, p. 329), a partir das elucidações de Michel Foucault (2015, p.23), indica que:

[...] no início do século XIX, momento em que definiu como da instauração e funcionamento do grande sistema penal cujas linhas foram dadas na França pelo Código de Instrução Criminal (1808) e do Código Penal (1810), é possível identificar quatro elementos de análise: primeiro, está em curso uma guerra social que não é universal, mas de ricos contra pobres; segundo, as leis são feitas por pessoas às quais elas não se destinam, para serem aplicadas àqueles que não as fizeram; terceiro, o aparato judiciário é comandado pelo princípio da vigilância universal, convertendo o espetáculo em vigilância; quarto, o sistema de reclusão [...].

Nesse sentido, o aparelho repressivo penal na modernidade se diferencia dos sistemas anteriores pelo “desaparecimento dos suplícios”, a partir de uma retirada, do centro da aplicação da pena, o corpo do apenado, agora não mais “supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo” (Foucault, 1999, p. 12), de modo que se fez necessária a imposição de uma nova forma de penalização: a privação de liberdade.

Por outro lado, a ausência explícita dos suplícios não representa a existência de um sistema penal humanizado. Ao contrário, desde o enfraquecimento do feudalismo e o início da formação do capitalismo na Europa – antes mesmo da Revolução Francesa e da primeira Revolução Industrial –, nota-se a criação de locais como, por exemplo, as casas

de correção e de trabalhos forçados (*bridewells* e *workhouses*) na Inglaterra, no século XVI, sob a vigência da *Poor Law*⁵, “destinada a gerir a população pobre, desempregada, rebelde, ociosa, vagabunda” (Vianna, 2010, p. 41).

Em meio à expulsão dos trabalhadores rurais, a expansão das manufaturas e dos centros urbanos, dos impostos e, por consequência, o aumento da pobreza e da criminalização desses indivíduos (Kirchheimer, Rusche, 2004; Batista, 2011), essas são algumas das instituições criadas sob a justificativa de se “solucionar” a exclusão social, ocasionada pela expropriação dos trabalhadores das terras e do crescente desemprego, tanto no espaço urbano quanto na zona rural, naquele momento (Melossi, Pavarini, 2006; Vianna, 2010).

Busca-se “ressocializar” e “dar disciplina” aos “vagabundos”, pois o “inimigo” não é mais aquele que desafia as “leis divinas”, mas aquele que, de alguma forma, se opõe ou atrapalha a expansão do capital (Foucault, 1999, 2015; Melossi, Pavarini, 2006; Santoro, 2019). Perante o crescimento exponencial das fábricas, a exploração do trabalho passa a ser cada vez mais utilizado como controle social. Sobre o seu funcionamento, Dario Melossi indica que:

[...] o problema foi enfrentado através da extensão a todo o país das casas de correção que deviam fornecer trabalho aos desempregados, ou obrigar a trabalhar quem se recusasse a fazê-lo. Tratava-se de instituições que, calcadas no modelo da primitiva *Bridewell*, atendiam a uma população bastante heterogênea: filhos de pobres "com a intenção de que a juventude se acostume a ser educada para o trabalho", desempregados em busca de trabalho e aquelas categorias que, como já foi visto, povoaram as primeiras *bridewells*, ou seja, *petty offenders*, vagabundos, ladrõezinhos, prostitutas e pobres rebeldes que não queriam trabalhar [...] (2006, p. 37, itálicos do autor).

Não mais flagelado, o corpo do apenado é “preservado” para servir como instrumento de produção de capital, pelo “contrato como fixação do tempo de trabalho e da sentença como fixação do tempo de reclusão” (De Giorgi, 2006, *apud* Santoro, 2019, p. 330). E o sistema penitenciário representa um local de segregação, sob a ideia de que o condenado “regresse ao seio social apenas quando se logra que internalize a obrigação ao

⁵ Desde a era da Dinastia Tudor, na Inglaterra, as *Poor Laws* foram implementadas como forma de gestão dos marginalizados. A chamada *Old Poor Law*, foi implementada durante o reinado da Rainha Elizabeth I, enquanto que a *New Poor Law*, foi promulgada em 1834. Esse sistema só é superado a partir do século XX (ALVES, 2015).

trabalho deve ser lido como uma estrutura burocrática e organizacional de potencialização da socialização” (Vaz, 2021, p. 797).

Logo, há uma estreita relação entre o surgimento do modelo de produção capitalista e a consolidação da instituição carcerária, tornando-a essencial para manutenção do poder capital (Melossi, Pavarini, 2006; Santoro, 2019), servindo ao controle econômico e ideológico: “Em outras palavras, a produção de sujeitos para uma sociedade industrial, isto é, a produção de proletários a partir de presos forçados a aprender a disciplina da fábrica” (Melossi, Pavarini, 2006, p. 211), concentrando os indesejáveis dentro do espaço prisional.

Passa a se estabelecer o exercício de poder pela privação de liberdade e exploração do trabalho do condenado. Essa prática penal a partir da lógica do capital e da produção, consolida-se principalmente a partir do século XIX e da Segunda Revolução Industrial. Foi um período marcado por revoluções populares, seja nos países europeus seja nos países colonizados, com um significativo crescente da prática de delitos contra a propriedade, momento no qual retornam “os castigos físicos e as mutilações, e a prisão se converte na pena mais importante de todo o mundo ocidental, com seu sistema de disciplinas e a difusão do isolamento celular” (Batista, 2011, p. 93), tornando-se, “um aparelho disciplinar exaustivo” (Batista, 2011, p. 95).

Dessa forma, a chamada “ressocialização” se atrela tão somente à utilidade, à mão de obra, barata (e precarizada) dos apenados, apoiando-se em falácias como “o trabalho liberta” – como ficou gravada na entrada do campo de concentração em Auschwitz (Polônia), durante o regime nazista –, revelando que o fim da aplicação explícita do suplício indica o início da aplicação de novas penas de caráter igualmente bárbaro e opressor.

Na contemporaneidade, a ascensão do neoliberalismo, a pobreza, o desemprego, bem como a negação do acesso à educação e outros direitos fundamentais, também possuem ligação direta com a criminalização desses sujeitos. Ainda que tenha se erguido um significativo avanço acerca dos direitos humanos após o fim da segunda grande guerra e ao longo do século XX, em face da preservação da expansão do capital, persiste a seletividade na punição e a exploração do corpo dos marginalizados, resultando no fenômeno do hiperencarceramento, não somente dentro das fronteiras do continente europeu, como também nos Estados Unidos, cuja população carcerária cresceu em 442%

entre os anos de 1970 e 1995 (Silva, 2015, p. 57).

Do mesmo modo, os países América Latina também trazem essas mesmas problemáticas. Em especial, o Brasil, cuja população prisional é a terceira maior do mundo, retoma-se e reproduz, para além dos trabalhos forçados das fábricas e nos campos de concentração, o modelo colonial e escravocrata na seleção dos corpos a serem explorados – e exterminados (Foucault, 2007, Mbembe, 2018), destacando-se o uso perverso do cárcere como gestão dos sujeitos indesejáveis, como a “crescente taxa de encarceramento se dirige especialmente a pessoas pobres e negras” (Santoró, 2019, p. 330).

Associados à precarização dos espaços carcerários brasileiros, há também uma popularização de discursos que defendem a privatização dos presídios (Silva, 2015), indicando a permanência do elemento do trabalho no cárcere como uma ferramenta para realizar manutenção da posição servil, de desumanização e criminalização desses sujeitos, desafiando as disposições constitucionais e a lei de execução penal vigentes, as quais visam romper com os resquícios inquisitoriais e coloniais, ao estabelecer a segurança e a mínima dignidade do encarcerado, objetivando-se, também, a implementação de condições adequadas para a sua (re)integração social.

2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E EXECUÇÃO PENAL: A DIGNIDADE, A “RESSOCIALIZAÇÃO” E A EDUCAÇÃO ENQUANTO DIREITO VIOLADO DENTRO E FORA DO CÁRCERE

Após o fim do Regime Ditatorial Militar e a promulgação da Constituição Republicana de 1988, o país passa a funcionar sob a égide de um Estado Democrático de Direito⁶, o qual, nos termos do próprio preâmbulo da Carta Magna (Brasil, 1998), possui como objetivo garantir e assegurar o “exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”.

São sob tais prospecções que o direito penal assume o caráter punitivo-acusatório, favorecendo “modelos de juiz popular e procedimentos que valorizam o

⁶ Art. 1º da CRFB/88, CAPUT: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito[...]” (Brasil, 1988).

contraditório como método de busca da verdade” (Ferrajoli, 2010, p. 452), aplicando-o em *ultima ratio* na resolução dos conflitos e tendo a restrição da liberdade somente após a sentença condenatória transitada em julgado.

A figura da “ressocialização”, aqui, passa a se atrelar à preservação do estado de dignidade do apenado. Na esteira da compreensão da pena privativa de liberdade, no contexto legislativo brasileiro, pelas disposições gerais da lei de execução penal⁷, deve-se oferecer aos encarcerados recursos necessários para sua inserção na sociedade, de maneira integral, de modo que haja acesso a subsídios para tornar possível o recomeço das suas vidas, após o cumprimento das respectivas penas (Juzo, Barros, 2016). São oferecidas assistências materiais, à saúde, jurídicas, educacionais, sociais e religiosas⁸, salvaguardando o reconhecimento da cidadania e da humanidade daquelas pessoas que foram condenadas, uma vez que, como elucida Salo de Carvalho (2008, p. 176, *itálicos do autor*):

É lógico que da perda do direito de ir e vir decorrem inúmeras limitações, daí o escopo normativo em suprir o encarcerado das necessidades materiais através do estatuto social positivo [...] *Tudo porque reconhece-se que o preso, apesar de ter sua liberdade restringida, não perde todos os direitos adquiridos enquanto cidadão.* Desde esta perspectiva, como titular de direitos públicos no plano individual (estatuto negativo) e social (estatuto positivo), o apenado apresenta-se como ‘sujeito de direitos’, em uma situação processual com o Estado-punição.

Há, portanto, uma quebra de paradigmas no que tange ao modelo do cárcere-fábrica e, portanto, da exploração desses “sujeitos”, cuja prática restringiria o acesso a outros direitos, para além da privação de liberdade, expressamente vedado pelo Código Penal, em seu artigo 38⁹(Carvalho, 2008), superando a noção da exploração dos corpos condenados. Inclusive, o trabalho do detento, na perspectiva da lei de execução penal, e em compatibilidade com as diretrizes constitucionais¹⁰, passa a representar um direito, cuja

⁷ Art. 1º da LEP: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (Brasil, 1984).

⁸ Art. 11 da LEP: “A assistência será: I - material; II - à saúde; III -jurídica; IV - educacional; V - social; VI – religiosa” (Brasil, 1984).

⁹ Art. 38, CP: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.” (Brasil, 1940).

¹⁰ Art. 60 da CRFB/88: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o **trabalho**, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (Brasil, 1988, grifo nosso).

função é pedagógica e não parte da pena¹¹, devendo ser remunerado e garantir os benefícios da previdência social¹², sendo a vedação à condenação de trabalhos forçados uma garantia fundamental e individual estabelecida pela própria CRFB/88¹³.

Todavia, a despeito de todos os avanços legislativos, teóricos e dogmáticos, a figura da privação de liberdade enquanto punição e sua função “ressocializadora” segue representando uma ideia ilusória e fracassada, levando-se em consideração a realidade prisional, a precariedade e a violação sistêmica de direitos, somado ao alto índice de prisões injustas, majoritariamente direcionadas aos setores mais marginalizados da sociedade. Dessa forma, “o que se percebe são os objetivos bem claros: medidas de contenção sociais elaboradas com critérios bem explícitos na sua seletividade” (Batista, 2003, p. 130).

Notável o papel que o direito penal desempenha no controle social (Batista, 2007, p. 22; Zaffaroni, 2007). Segue como uma máquina responsável por concentrar e moer os indesejáveis, conforme já discutido, a partir da seção anterior, a partir da qual pode-se inferir que, em se tratando do comportamento estatal-penal brasileiro, cuja opressão serve de instrumento à perpetuação do processo criminalização principalmente da pobreza e dos negros, perpetua-se o modelo colonial e reforçando os imaginários de tais sujeitos enquanto “perigosos”, “criminosos” (Góes, 2016; Almeida, 2019).

Ocorre uma verdadeira segregação, sob o instrumento do direito, sobretudo o direito penal, pois sua “função primordial determinar condutas desviantes, a partir de conflitos sociais específicos” (Pires, 2018, p. 68), selecionando aqueles setores sociais e “formas de vida” que serão protegidos e aqueles que serão punidos, colocados na posição de “inimigos”, selecionando quem será preservado e quem será descartado (Mbembe, 2018; Pires, 2018).

E esse “descarte” se dá tanto pelo encarceramento em massa desses sujeitos, mas, além disso, ocorre, por exemplo, pela não punição de práticas racistas e pelos discursos ferozes contra as políticas públicas (Pires, 2017, 2018; Almeida, 2019), além do extermínio em si, usualmente pela violência física da força policial (Góes, 2017).

¹¹ Art. 28 da LEP: “O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva” (Brasil, 1984).

¹² Art. 39, CP: “O trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social” (Brasil, 1940).

¹³ Art. 5º, XLVV, “c” da CRFB/88: “Não haverá penas[...]de trabalhos forçados” (Brasil, 1988).

Com efeito, a noção da “ressocialização”, através do sistema penal, representa uma armadilha (Batista, 2003), estando programado para concentrar os “indesejáveis” e “inadequados”, perpetuando-se a violência no cárcere, tendo como resultado a morte de diversos desses indivíduos (dentro e fora dos presídios) ou na sua reincidência.

Logo, o cárcere não serve à “proteção da sociedade”, à “ressocialização dos apenados”. Ao contrário, no sistema penal, e mais especificamente no sistema prisional, sobrepõem-se seus objetivos reais (ou ocultos), em detrimento dos seus objetivos ideológicos da prisão:

Os objetivos ideológicos do aparelho penal se resumem nas metas de *repressão da criminalidade e de controle/redução do crime*. Os objetivos reais do aparelho penal consistem numa dupla reprodução: *reprodução da criminalidade* pelo recorte de formas de criminalidade das classes e grupos sociais inferiorizados (com exclusão da criminalidade das classes e grupos sociais dominantes) e *reprodução das relações sociais*, porque a repressão daquela criminalidade funciona como "tática de submissão ao poder" empregada pelas classes dominantes (Santos, 2006, p. 82, itálicos do autor).

Outra face colonial e dominadora do uso do Estado como forma de gestão dos “indesejáveis” se descortina pelo fato de que esse controle se torna possível pela privação de direitos fundamentais desde o nascimento desses sujeitos. Interessante, para este trabalho, observar os obstáculos para a efetivação do direito à educação¹⁴, quais sejam: a precariedade no ensino público, a evasão escolar, a educação no presídio e a sua relação com a utilização do espaço carcerário como local de concentração e adestramento dos apenados, uma vez que a ideia de utilidade dos “presidiários”, por meio da exploração da sua mão de obra, advém dos discursos que apontam o trabalho braçal como **única** possibilidade para a massa.

De fato, a miséria e a falta de auxílio estatal refletem na “sensação” de que a perspectiva do trabalho enquanto mão de obra barata, de que é realmente a alternativa que resta àqueles que se encontram à margem. Essa realidade se imprime em alarmantes índices sobre crianças, jovens e adolescentes, de maioria negra ou parda, que, todos os anos, evadem da escola, visando trabalhar para trazer algum sustento para suas famílias (UNICEF, 2021; IBGE, 2024). Ademais, há uma parcela considerável de crianças e

¹⁴ Art. 205 da CRFB/88: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (Brasil, 1988).

adolescentes que perdem o interesse e também evadem (IBGE, 2024), devido, inclusive precariedade nos investimentos na educação pública (incluindo a falta ou precariedade na alimentação fornecida e o próprio acesso físico à escola), bem como em relação à falta de incentivo para que as crianças e os adolescentes em idade escolar permaneçam estudando, aprofundando a desigualdade – e, de maneira contraditória, perpetuando-se os imaginários a respeito da meritocracia e de que o povo brasileiro seria “preguiçoso”, “pouco esforçado” (Ribeiro, 1995).

Em resumo, o controle sobre tais corpos, conduzido pelo processo de estigmatização e autoestigmatização, é realizado, dentre outras maneiras, por dois caminhos: por um lado, a não permanência na educação básica – juntamente a ausência de um ensino que realmente emancipe esses sujeitos – faz parte dessa “máquina” movida pelo “pavor-pânico” das elites de que tais setores não mais se subordinem (Ribeiro, 1995), mas sigam em posição servil (Freire, 1987). Por outro lado, tem-se a falta de recursos e o desespero, que lança os marginalizados à criminalização, muitas vezes atrelada à chamada “guerra às drogas” – leia-se: guerra aos pobres e aos negros (Almeida, 2019). A “insubordinação” pode resultar no seu encarceramento ou na perda da sua vida, essa segunda servindo enquanto uma espécie de “pena paralela” (Júnior, Góes, Pedroso, 2022).

Tratando-se daqueles que adentram o cárcere, a privação de dignidade se intensifica, e a luta pela sobrevivência é diária em um espaço superlotado e violento, ao passo em que a assistência educacional, assegurada pela Lei de Execuções Penais (Seção V, art. 17 – 21-A), é igualmente escassa e desvalorizada: dentre “1347 unidades prisionais no país, 30,4% não têm bibliotecas ou espaços de leitura e 26,3% não realizam atividades educacionais” (CNJ, 2023a), em conformidade ao disposto pelo professor Roberto da Silva (2010, p. 212/213):

[...] os programas educativos em estabelecimentos penitenciários são inadequados, de baixa qualidade e de pouca frequência por um único motivo: incompatibilidade dos objetivos e das metas da educação com os da pena e da prisão [...] Enquanto prevalecer a concepção de prisão como espaço de confinamento, de castigo, de humilhação e de estigmatização social, a educação não terá lugar na terapia penal, limitando-se a ser, como efetivamente é, apenas mais um recurso a serviço da administração penitenciária para ocupar o tempo ocioso de alguns poucos presos e evitar que se envolvam em confusões.

Repete-se e maximiza-se uma “vivência social autoritária, conservadora e

discriminatória, que dela recolhem somente um retalho para justificar a retribuição pela retribuição” (Prado, 2005, p. 353). Por óbvio, o resultado não poderia ser outro senão a recriminalização do apenado, tornando o espaço prisional uma “Escola do Crime”, não por autonomia dos detentos, mas porque sua existência não é nada menos do que produto da reiterada violação dos seus direitos (Lourenço Filho, Calháu, 2015). Com efeito, uma vez encarcerados, justamente por terem sido privados das condições mínimas para viverem de forma digna, após o cumprimento das suas penas, somando-se ao estigma de “ex-presidiário” que, por si só, fecha diversas portas para esses indivíduos, são recorrentes os casos de reincidência (DEPEN, 2022). Em outras palavras, o cárcere “ensina ao preso viver fora da sociedade, cria-lhe a consciência da injustiça e da rebelião contra os abusos de poder a que é submetido dentro dela” (Castro, 1983, p. 193).

Dessa forma, não há que se falar em “ressocialização” de sujeitos que, em sua maioria, não foram sequer inseridos plenamente na sociedade, ao longo de toda a sua vida, e se tornaram apenas mais um número na estatística do sistema prisional. Ao contrário, trata-se tão somente de mais uma forma de se “adestrar”, “docilizar” esses sujeitos, para que permaneçam restritos ao lugar do cárcere e da margem.

No entanto, embora a presente discussão acerca das problemáticas educacionais indique que poucos avanços tenham sido realizados para dar seu acesso aos detentos, é necessário destacar esses resultados positivos quanto as políticas educacionais (e literárias) – mesmo que ainda sejam considerados poucos e, em uma realidade majoritariamente precária, pareça carregar um caráter “utópico”.

De modo a ressaltar que, em forma de resistência à desumanização prisional, na próxima e última sessão, pretende-se demonstrar um pouco daquilo que pode representar o acesso à educação para esse encarcerado, oferecido-lhe a oportunidade de estudar, e conferindo um pouco de dignidade e esperança para aqueles que se encontram privados de liberdade.

3. A LEITURA, A EDUCAÇÃO E A LITERATURA NO ESPAÇO CARCERÁRIO COMO ESPERANÇA E RESISTÊNCIA AO MODELO DESUMANIZADOR PRISIONAL BRASILEIRO

Retomando as discussões iniciadas a partir da monografia: **(Res)socialização pela Leitura: Perspectivas de uma Execução Penal Democrático-Humanizadora** (Araujo,

2022); a Resolução N° 391/21 do CNJ, que revogou a Recomendação N° 44/2013, também do CNJ¹⁵, estabelece orientações para a sociabilização por meio da leitura e de práticas escolares, ou seja, voltadas à “aquelas de caráter escolar organizadas formalmente pelos sistemas oficiais de ensino” (art. 2º, §único, I), e não-escolares, “assim entendidas aquelas que ampliam as possibilidades de educação para além das disciplinas escolares, tais como as de natureza cultural, esportiva, de capacitação profissional, de saúde, dentre outras” (art. 2º, §único, II).

Percebe-se um regulamentar da Execução Penal a partir de preceitualização e implementação humanizadoras, o que se pode exemplificar pela redução de quatro dias por livro lido (art. 5º, *caput*), bem como possibilita corrigir algumas defasagens e exclusões, a exemplo da inclusão dos detentos analfabetos e/ou em fase de alfabetização, ao possibilitar a adoção de outros “atos de leitura”, a saber: “estratégias específicas de leitura entre pares, leitura de *audiobooks*, relatório de leitura oral de pessoas não-alfabetizadas ou, ainda, registro do conteúdo lido por meio de outras formas de expressão, como o desenho” (art. 5º, III, §2º).

Ademais, oferece alternativas para se garantir o acervo de materiais nas bibliotecas, ao trazer a possibilidade da doação de livros “de visitantes ou organizações da sociedade civil” (art. 5º, II) e indicar a integração, em eventos entre a sociedade e os privados de liberdade, o que também contribui para sua (re)integração, como as Jornadas de Leitura no Cárcere (CNJ, 2022, 2023b).

A relevância da “Resolução” para a efetivação das políticas de ensino-aprendizagem nos presídios se dá pela compreensão de que educação não pode estar dissociada da leitura. Uma vez abrangendo práticas escolares e não-escolares, essa relação não se restringe à escolarização ou ao consumo dos livros didáticos, mas também a outras leituras, possibilitando um aprendizado amplo e libertador (Freire, 1987). Oferece ao indivíduo a oportunidade de explorar e compartilhar possíveis interesses artísticos, literários, científicos, esportivos, etc., além de ter contato com outros saberes.

Importante destacar que a existência de “Resoluções” como a citada, visando a leitura e as políticas educacionais no cárcere, já representa um avanço importante, dada a realidade de manutenção do “estado de coisas inconstitucional” no cárcere, perpetuando-se

¹⁵ Conforme o art. 9º, da Resolução N° 391/21 do CNJ.

e amplificando-se a marginalização da vida fora das grades, ainda que seja indispensável a discussão acerca da aplicabilidade na íntegra, justamente porque as estruturas desumanas dos espaços prisionais repelem sua execução, de modo a perpetuar a criminalização da pobreza, para garantir sua posição de subalternidade, exclusão e aniquilação (Batista, 2003).

Convém, portanto, o seu fortalecimento e fiscalização para se superar a noção de que os direitos humanos estejam limitados àqueles considerados mais “básicos” para a sobrevivência. Uma vez que os direitos considerados “essenciais” seguem reiteradamente violados para os mais pobres, o acesso a direitos considerados “supérfluos”, por essa lógica, como a literatura, é muito mais impossibilitado, permanecendo sob o domínio das classes mais abastadas (Cândido, 2002) – reforçando estereótipos de que a massa é “inculta”, “não pensa”, o brasileiro “não lê”, dentre outros.

Também não se pode ignorar que a ideia de arte e literatura frequentemente é ligada tão somente às produções oriundas do cânone, ou seja, dos setores privilegiados, branco, masculino, europeu (eurocêntrico), a partir do ponto de vista do dominador, cujo objetivo é a permanência de uma “guerra cultural”, criada por ele próprio (Freire, 1987). Coloca-se, conseqüentemente, as produções populares, como “menores” e, por vezes, subversivas e inadequadas. Dessa forma, para leitura no cárcere, é necessário observar tais dimensões, de modo a não reproduzir ainda mais tal perspectiva, mas, ao contrário, além de poder/dever oferecer o cânone (Cândido, 2002), o acervo dessas bibliotecas também têm a tarefa de legitimar as realidades e produções que compartilhem as vivências desses sujeitos.

Não se pode ignorar os obstáculos a serem superados, cujo enfrentamento somente se torna possível por um posicionamento contrário à arbitrariedade e às dinâmicas de estigmatização e autoestigmatização, devendo estabelecer, no espaço carcerário, diálogos horizontais entre diversas posições e visões de mundo (Freire, 1987), sendo observada a vedação de censura aos títulos e autores fornecidos tanto pelas bibliotecas quanto pelos projetos de leitura, como se encontra disposto pelos art. 5º, II e §4º e art. 6º, IV da Resolução Nº 391/21 do CNJ – ainda recorrente em diversas localidades, como no estado de Minas Gerais, no qual, inclusive, o projeto de leitura realizado em algumas prisões foi extinto e há uma intensa censura em relação ao acesso de obras pelos encarcerados (Aguiar, 2024).

Inobstante, sequer há unanimidade no acesso à leitura nas unidades prisionais, tampouco a inclusão de todos os apenados naquelas que possuem projetos de leitura e/ou acervos de obras à disposição. O Censo Nacional de Práticas de Leitura no Sistema Prisional (2023), elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, lançado em uma parceria com o Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN), o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud) e a Universidade Católica de Pelotas (UCPEL), indica que:

53% das unidades com biblioteca não garantem acesso de pessoas sem alfabetização, e 92% não garantem o acesso de pessoas com deficiência. Segundo o Censo, 53% das pessoas privadas de liberdade são analfabetas ou têm ensino fundamental incompleto (CNJ, 2023a).

Essa problemática afeta outras práticas relacionadas à assistência educacional como um todo, em conformidade à Lei de Execução Penal, que prevê seu oferecimento em diversos níveis de instrução, desde o ensino básico até a formação profissional do preso e do internado (art. 17), conferindo a obrigatoriedade do 1º grau, o qual será integrado no sistema escolar da Unidade Federativa (art. 18), além de prever o oferecimento do ensino médio, tanto nas modalidades regular quanto o supletivo, juntamente a cursos supletivos de educação de jovens e adultos (art. 18-A, *caput* e §2º). E, assim como está disposto na Resolução Nº 391/21 do CNJ, a LEP também determina a remição da pena pelo estudo (na forma do seu art. 126).

Porém, “dos quase 644 mil presos em todo o país, 474 mil têm a chance de estudar nos presídios. Isso significa que pouco mais de 73% têm acesso à educação enquanto cumprem penas nas carceragens espalhadas pelo Brasil” (MPMT, 2023). O resultado representa um significativo aumento, inclusive em relação à própria oferta de atividades educacionais – chegando a um crescimento de 56,33% no final de 2023, comparado ao segundo semestre do ano de 2022 (Depen, 2023) – mas, como os próprios dados inferem, o ensino permanece não sendo ofertado em todas as unidades prisionais e nem para todos os apenados.

Por outro lado, as ampliações da assistência e da implementação de políticas educacionais (como a remição da pena) também refletem na participação dos apenados, como revelam alguns resultados. Além da possibilidade de concluir o Ensino Médio e Ensino Técnico (Souza, Dantas, Navarro, 2020), muitos estudam para prestar “vestibular”,

de modo a ingressar no Ensino Superior, cuja procura vem aumentando nos últimos anos: na modalidade do Exame Nacional do Ensino Médio para Privados de Liberdade (ENEM PPL) do ano de 2023, foram realizadas “inscrições de 41.864 custodiados em todos os estados da federação” (SENAPPEN, 2023).

Em meio à desesperança, requer-se o reconhecimento desses números, os quais indicam o esforço dos encarcerados e dos profissionais envolvidos nessas atividades educativas, visando promover a (re)inserção dos apenados na sociedade. Dentre os exemplos de rompimento com esse “sistema” por meio do estudo, destaca-se a figura do pedagogo e professor da Universidade de São Paulo (USP), Roberto da Silva, falecido em dezembro de 2023, cuja trajetória, ainda na infância e na juventude, foi marcada pela criminalização – com passagens pela Febem, aos 12 anos, e pelo Carandiru, aos 19 anos –, depois, pelo estudo como forma de transformação de realidades e ocupação no espaço acadêmico. Nas palavras de dois dos seus alunos:

Durante seu período na prisão, desenvolveu um interesse pelo Direito e, como autodidata, conseguiu reduzir sua pena em um quinto, ao mesmo tempo em que iniciava sua militância pelos direitos dos presos. Após conquistar a liberdade, retomou seus estudos, concluindo o ensino formal interrompido na quinta série, e se graduou em Pedagogia pela Universidade Federal do Mato Grosso (Souza, Júnior, 2024).

Trata-se de um caso concreto de interrupção com as estatística que ilustra a perspectiva restauradora da educação, cuja função deve ser a de representar a “chave” para a mudança necessária para que possam se emancipar, de modo que a “ressocialização” não seja mais parte dos objetivos ocultos do sistema penal (Santos, 2006), um instrumento para adestrá-los, frequentemente limitada ao mínimo essencial para o exercício das atividades laborais, inclusive quando se pensa no ensino para pessoas privadas de liberdade (Silva, 2010) – mais uma “armadilha” que busca se apropriar das políticas sociais e educativas para manter a exploração e o domínio sobre esses corpos (Batista, 2003).

É incoerente – ingênuo ou desonesto – acreditar que, depois de um processo de reiterada marginalização, a pessoa criminalizada acredite em qualquer possibilidade de inserção (Castro, 1983). Isso não ocorre via de regra e muito menos sem incentivo.

Portanto, não basta esperar que o detento se interesse pelo estudo “por conta própria” ou seja um “autodidata”, como ocorreu com o professor Roberto da Silva, de

acordo com o relato acima destacado, e ainda acontece – inclusive, na própria Resolução do CNJ, objeto da presente análise, é reconhecida a forma de estudo “autônoma”.

Do mesmo modo, não se pode utilizar o instituto da remição da pena como um mero “merecimento” para quem supostamente se interessou, o que representa a manutenção dos discursos meritocráticos e neoliberais que tão somente visam a permanência do “estado de coisas inconstitucional” (Carvalho, 2008).

O abandono nas celas das prisões também possui essa perversa dimensão de entregá-los “à própria sorte”, sendo indubitável a importância da implementação dessas políticas, de modo a “resgatar” esses indivíduos de maneira objetiva e efetiva. Nas palavras de Samuel Lourenço Filho, também egresso do sistema carcerário brasileiro, em sua monografia para conclusão do curso de bacharelado em Gestão Pública para o Desenvolvimento Econômico e Social da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ):

Imaginar que tudo isso começou, ainda dentro de uma cela, de um pátio de cadeia, e termina na rua, em casa, é atestar que a educação é libertadora, nesse caso, literalmente. Ingressei numa universidade pública, preciso agradecer a população brasileira, mesmo sabendo que alguma parte dela odeia saber que presidiários conseguem vaga para estudar em instituições públicas de ensino superior. Eu preciso ser grato. Ingressei na Universidade Federal do Rio de Janeiro, por intermédio do Exame Nacional do Ensino Médio, e fui bacharelado de um curso que surgiu por intermédio do Reuni. Políticas Educacionais que democratizaram, ainda mais, o Ensino Superior permitiram que eu fosse alcançado dentro da cadeia, reconheço e agradeço (FILHO, 2019, p. 7).

A partir do trecho em destaque, apresenta-se um exemplo mais recente do resultado dos avanços do ensino na prisão e da importância do suporte aos detentos, do olhar humanizado - e humanizador - sobre essas pessoas, na forma da leitura e do estudo, oferecendo ferramentas para construir uma nova história.

Assim como deve ocorrer em qualquer escola fora das grades, isso não pode representar um processo educacional que se dá pelo “entregar-lhes “conhecimento” ou impor-lhes um modelo de bom homem, contido no programa cujo conteúdo que nós mesmos organizamos” (Freire, 1987, p. 54). Necessário se faz o reconhecimento da capacidade criativa, seja na produção de conhecimentos ou nas interpretação e produção textuais.

É relevante ressaltar que a escrita, como último aspecto a ser analisado pelo

presente trabalho, juntamente ao estudo e a leitura, representa um elemento de suma importância na abertura à crítica e a criatividade dos sujeitos. Especificamente no presídio, sua presença auxilia no ensino e na fruição das obras literárias, na elaboração dos resumos/relatórios dos livros lidos (para fins de obtenção da remição da pena), na realização das atividades educacionais (formais ou informais), nos projetos de leitura e oficinas de escrita. Para além das atividades sociais e educativas, também serve à criação de textos literários, cartas - a exemplo das “cartas de denúncia”¹⁶ endereçadas à ouvidoria do sistema prisional (Silva, Passos, Marques, 2019).

A respeito da produção textual no cárcere, não é possível esquecer as literaturas advindas desse espaço pelas mais diferentes perspectivas/autorias, seja dos agentes penitenciários, dos professores, magistrados, promotores, advogados, detentos e egressos do sistema prisional (Silva, Passos, Marques, 2019). Em conformidade ao disposto por Lenio Streck e André Trindade (2012, p. 6) quando afirmam que “O direito também pode ser contado a partir da literatura. Assim, estaríamos não só humanizando o direito como também mostrando que ele não precisa desempenhar sempre o papel de vilão da história”.

Torna-se essencial reconhecer que a transversalização do direito e da arte, em destaque a literatura, é instrumento de “resgate”, serve como ferramenta para se atingir, além do mínimo à dignidade, gestos estéticos e críticos quanto às subjetividades inerentes a cada indivíduo que compõe a dinâmica penal e carcerária, possibilitando-se vislumbrar o dia a dia do presídio e as histórias “apagadas” por seus muros e celas.

Da mesma forma, a literatura pode trazer uma perspectiva democrática e humanizadora para a execução penal. O “escutar” quem faz parte desse cotidiano, em especial aqueles que vivenciam na pele suas agruras dentro das celas, traz à tona depoimentos reconstrutivos dos fatos sob a ótica do seu autor, oportunizando-se o narrar escrito de experiências, sensações e traumas (Seligmann-Silva, 2010) de quem sobrevive e sobreviveu ao cárcere. Pelas produções é possível dar voz aos silenciados, propiciando-se o descortinar da experiência na prisão, o “denunciar” dos contornos nefastos do sistema penal ao público em geral (Lourenço Filho, 2018; Calháu, Nogueira, 2021).

Imediatamente, recorda-se que, dentre os autores que ocupam o espaço canônico da produção literária brasileira, o escritor Graciliano Ramos, então preso político na “Era

¹⁶ O termo “denúncia” foi utilizado com o sentido de comunicação de fato.

Vargas”, escreveu a obra “Memórias do Cárcere” (2020), lançada postumamente. Há outros exemplos dos chamados “clássicos”, nacionais e internacionais.

Muitas são, também, as obras lançadas no que pertine à produção contemporânea nacional, como o Diário de um detento (2001), escrito por Josenir Prado (mais conhecido como Jocenir), sobre sua passagem pelo sistema carcerário em Barueri, no ano de 1994, cujos trechos da obra foram usados como inspiração para a música “Diário de um detento” (Racionais MC’s, 1997), que, em um deslocamento da obra autobiográfica, retrata a véspera do Massacre no Carandiru, ocorrido em 1992. Segundo seu autor, o diário retrata o “inferno” pelo qual o próprio passou, assim como “milhares de companheiros que tentam sobreviver trancafiados” (Jocenir, 2001, p. 17).

O “consumo” de obras, estudos e/ou das escritas de “testemunhos” e de outras produções literárias e/ou acadêmicas, por diversas vezes iniciadas no ambiente prisional, gradualmente torna viável e efetiva a ocupação de outros espaços e o protagonismo dessas pessoas. Como resultado, tem-se a revelação do quanto a leitura ofertada no cárcere é capaz de minorar preconceitos e relações de poder e permanente exclusão social.

Essas são algumas das perspectivas democrático-humanizadoras engendradas ao desenvolvimento educacional-literário no cárcere, porquanto signifiquem o entrelaçamento construtivo de uma nova realidade, apesar de todas as estruturas que limitam o seu alcance.

É um constante “navegar contra a corrente”, de modo a oferecer subsídios para que as pessoas apenas rompam com esse ciclo de opressão/dominação e se tornem autoras da própria história, para que os “Samuéis”, os “Robertos”, os “Jocenis” e outros/outras egressos/egressas não sejam apenas “pontos fora da curva”.

Nesse sentido, resta ter em mente os ensinamentos de Paulo Freire, os quais permitem reconhecer que a educação, em qualquer instância, local ou circunstância: “é um ato de amor, por isso, um ato de coragem. Não pode temer o debate. A análise da realidade. Não pode fugir à discussão criadora, sob pena de ser uma farsa” (1987, p. 97).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma análise crítica acerca das políticas educacionais e literárias no presídio, baseadas nas disposições da Lei de Execuções Penais e orientadas por resoluções como a Resolução Nº 391/2021 do CNJ, implica em reconhecer que ainda não se pode falar em

uma aplicação satisfatória do ponto de vista democrático-humanizador. Tais medidas permanecem sendo utilizadas enquanto uma espécie de “paliativo”, que, em uma perspectiva da realidade geral, serve tão somente para estabelecer alguma dimensão socializadora nesses espaços.

Não é surpreendente revelar a existência de inúmeros obstáculos estruturais e conjunturais para a efetivação daquilo previsto na mencionada resolução, sobretudo quando se trata dos alarmantes sobre a evasão escolar e a precarização/insalubridade do sistema carcerário, reforçando a relação de poder e violência estatal-penal que, ao negar direitos, dentro e fora das grades, em especial nas periferias brasileiras, “aprisiona” esses sujeitos em uma perversa dinâmica de exclusão, criminalização e reincidência.

São reforçados mitos que (re)produzem imaginários igualmente indignos desde a figura do apenado, enquanto “monstro”/ “irrecuperável”/ “eterno devedor da sociedade”, a imaginários sobre uma parcela considerável do povo brasileiro, que é tida como “inculta”/ “ignorante”, também responsáveis por diversos preconceitos a respeito da implementação das medidas sociais e educativas.

No lugar do sistema acusatório, coerente com um Estado Democrático de Direito, o sistema penal brasileiro, de maneira empírica, comporta-se de acordo com os ditames do sistema inquisitorial, torturando, moendo os corpos dos apenados e vitimando sujeitos marginalizados.

Em uma estrita relação com o neoliberalismo, o modelo penitenciário contemporâneo, retoma-se o modelo do cárcere-fábrica, ao explorar e concentrar os “delinquentes”, em situações de extrema violação da dignidade humana, trancando-os como “selvagens” a serem domados e controlados, sem quase qualquer perspectiva de recomeço.

Diante das violações aos princípios constitucionais, o encarceramento se apresenta falho do ponto de vista da função social da penal e a figura da “ressocialização” apresenta um caráter falacioso, uma vez que o discurso da “recuperação” dos detentos se filia à noção de uma adequação aos moldes de produção e utilidade, ao passo em que a população carcerária em sua maioria é composta por pessoas oriundas dos setores sociais considerados enquanto “indesejáveis” – pobres e negros, em sua maioria – revelando a seletividade quanto à privação da liberdade enquanto forma de punir.

Ademais, não se pode ignorar que as condições precárias e insalubres, assim como a privação das assistências que devem ser garantidas aos detentos, torna indubitável a compreensão sobre impossibilidade de “recuperar”, posto não serem tratados como seres humanos e que, via de regra, têm seus direitos negados desde a infância.

A educação, direito social presente no rol de assistências dos apenados, está no centro desse debate, posto seu potencial de transformação das realidades. No entanto, sua precariedade no Brasil, a falta de recursos populacionais para dar continuidade aos estudos, leva crianças e adolescentes a evadirem – geralmente para trabalhar, como discutido ao longo do presente trabalho.

No cárcere, por sua vez, a não assistência educacional em todas as instituições prisionais do país aprofunda desigualdades e “mina” a possibilidade de ruptura com as limitações dela advindas, uma vez que a falta de recursos e emancipação resulta, em boa parte dos casos, em reincidência.

Por outro lado, ainda que de maneira insuficiente, por não ser oferecida em todos os espaços prisionais, a educação, de maneira abrangente, ainda é a única forma de se obter uma chance de (re)começo. Dessa forma, não se pode ignorar os avanços já realizados e as pessoas que, através dessas políticas, puderam construir uma nova oportunidade.

Nessa esteira, a presença literária na prisão também adentra nas perspectivas educacionais por resgatar, ao menos um pouco, a dignidade dos (as) encarcerados (as), pois, além de contribuir na remição da pena e na efetivação da assistência educacional, minora a realidade estigmatizadora das pessoas presas, as humaniza.

A literatura, tanto sob a perspectiva do conhecimento quanto de sua produção, simboliza e estimula um reconhecimento da sua dimensão crítica, interpretativa e criativa dos saberes, bem como de circulação das vivências.

É preciso resgatar a esperança dessas pessoas pelo oferecimento de subsídios para refazerem suas vidas, “dentro e após” o cárcere. Cada resultado positivo no espaço prisional representa uma vitória, uma libertação, mais uma ruptura com o caos.

Enfim, a leitura é um ato de resistência ao modelo prisional desumanizador brasileiro e um fio condutor de esperança fora dele!

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Leandro. “Só entra autoajuda e Bíblia”: presídios barram literatura para detentos. **Publica**, 29/02/2024. Disponível em: <https://apublica.org/2024/02/so-entra-autoajuda-e-biblia-presidios-barram-literatura-para-detentos/>, acesso em: 13/07/2024.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural** (Feminismos Plurais)[Recurso Eletrônico]. São Paulo: Editora Jandaíra, 2019.

ALVES, Ismael Gonçalves. Da caridade ao *welfare state*: um breve ensaio sobre os aspectos históricos dos sistemas de proteção social ocidentais. *In: Ciência e Cultura*, v. 67, n. 1, p. 52-55, 2015.

ARAUJO, M.S.F.C.C. **(Res)socialização pela leitura: perspectivas de uma execução penal democrático-humanizadora**. Monografia (Bacharel em Direito) – Centro Universitário La Salle (Unilasalle/RJ), Niterói, Rio de Janeiro. Niterói, Unilasalle-RJ, 2022, p. 56.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: 11ª Ed, Editora Revan, 2010.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Instituto Carioca de Criminologia, 2003.

_____. **O Realismo Marginal: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo**, ”. *In: Mello, Marcelo Pereira de. (Org.)*. Sociologia e direito: explorando as interseções. Niterói: PPGSD, 2007.

_____. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 13 jul. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm, acesso em: 08/11/2023.

BRASIL. **Resolução n.º 391, de 10 de maio de 2021**. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3918>. Acesso em: 09/11/2023.

CALHÁU, S.; NOGUEIRA, A. R. A escrita e o desvelamento da realidade vivida nos presídios brasileiros: uma leitura amorosa do livro *Além das Grades*, de Samuel Lourenço Filho. *In: Revista Brasileira de Pesquisa (Auto)biográfica*, [S. l.], v. 7, n. 20, p. 18–37, 2022.

CANDIDO, Antonio. **O Direito à Literatura**. *In: Vários Escritos*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Ouro sobre Azul, 2011.

CARVALHO, Paulo Roberto Alves de. **Somos Hermanos: Literatura de Cárcere como Testemunho – o caso de Diário de um Detento: O Livro, De Jocenir**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Humanas e Naturais, 2011.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**: tradução de Ester Kosovski. - Rio de Janeiro: Ed.Forense, 1983.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA [et al.]. **Censo Nacional de Práticas de Leitura no Sistema Prisional**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2023.

CNJ. **Acesso à leitura ainda é restrito nas prisões, aponta censo do CNJ**. 26/10/2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/acesso-a-leitura-ainda-e-restrito-nas-prisoas-aponta-censo-do-cnj/>, acesso em: 09/06/2024.

_____. **3ª edição da Jornada de Leitura no Cárcere é acompanhada por mais de 30 mil pessoas**. 07/12/2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/3a-edicao-da-jornada-de-leitura-no-carcere-e-acompanhada-por-mais-de-30-mil-pessoas/>, acesso: 10/12/2022.

_____. **4ª Jornada de Leitura no Cárcere começa quarta (22/11) com transmissão aberta ao público**. 21/11/2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/4a-jornada-de-leitura-no-carcere-comeca-quarta-22-11-com-transmissao-aberta-ao-publico/>, acesso em: 09/06/2024.

DA SILVA, Roberto. O direito à educação de pessoas em regimes de privação da liberdade. *In: Publicação periódica do Centro UNISAL*, sob a coordenação do Programa de Mestrado em Educação Ano XII-Nº 22-1º Semestre/2010, p. 199, 2010.

DEPEN. Depen divulga relatório prévio de estudo inédito sobre reincidência criminal no Brasil. Brasília: 17/11/2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias/depen-divulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil>, acesso em: 01/12/2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: Nascimento da Prisão. 20ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

_____. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. 3ª edição. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

_____. **A Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 2007.

_____. **A sociedade punitiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido** [Recurso Eletrônico]. 17ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GIL, Antonio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GÓES, Luciano. Criminologia antropofágica: aportes para uma criminologia crítica brasileira. *In: Captura Críptica*: direito, política, atualidade, v. 4, n. 1, p. 95-120, 2013.

_____. Pátria exterminadora: o projeto genocida brasileiro. *In: Revista Transgressões*, v. 5, n. 1, p. 53-79, 2017.

_____. **Tradução de Lombroso na obra de Nina Rodrigues** - O racismo como base estruturante da criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2016.

IBGE. “Uma em cada quatro mulheres de 15 a 29 anos não estudava e nem estava ocupada em 2023”. **IBGE**, 2024. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/39531-uma-em-cada-quatro-mulheres-de-15-a-29-anos-nao-estudava-e-nem-estava-ocupada-em-2023>, acesso em: 10/06/2024.

JUNIOR, Salah Hassan Khaled; GÓES, Luciano; PEDROSO, Anayara Fantinel. Controle racial militarizado: desvelando as dinâmicas subculturais de significado que facilitam a atuação policial pensada à violação de direitos humanos. *In: Revista Direito e Práxis*, v. 15, n. 1, p. 1–31, 2022.

JUZO, Ana Carolina; DE BARROS, Antônio Milton. O fim da ressocialização pela prisão: uma análise da função especial positiva da pena sob a ótica da criminologia crítica. *In: Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca*, v. 1, n. 1, p. 29-44, 2016.

KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro, São Paulo: Editora Revan, 2004.

LOURENÇO FILHO, Samuel. **Além das Grades**. Rio de Janeiro: Editora Nova terapia Grupo Multifoco, 2018.

LOURENÇO FILHO, Samuel. CALHÁU, Maria do Socorro Martis. A educação escolar e a escola do crime: a formação de um sujeito “indesejável” no espaço prisional. **Anais II CONEDU: II Congresso Nacional de Educação**. Campina Grande: Realize Editora, 2015.

MBEMBE, A. **Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte**. São Paulo: N-1 edições, 2018.

MELOSSI, D., PAVARINI, M. **Cárcere e Fábrica**. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MPMT. **Dos presos de todo país, 73% estudam dentro do sistema carcerário**. 23/11/2023. Disponível em: <https://mpmt.mp.br/portalcas/news/1162/132120/dos-presos-de-todo-pais-73-estudam-dentro-do-sistema-carcerario>, acesso em: 09/06/2024.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminologia crítica e pacto narcísico: por uma crítica criminológica apreensível em português. *In: Revista brasileira de ciências criminais*, n. 135, pág. 541-562, 2017.

_____. Racializando o debate sobre direitos humanos. *In: SUR-Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 15, n. 28, p. 65-75, 2018.

RACIONAIS MC’S. **Diário de um detento**. Disponível em: <https://www.lettras.mus.br/racionais-mcs/63369/>, acesso em 13/06/2024.

RAMOS, Graciliano. **Memórias do cárcere**. Editora Record, 2020.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. Desenhos não democráticos de processo penal: controle social punitivo da pobreza pelo processo penal tradicional. *In: Leituras de Direito Público*. Rio de Janeiro: Ágora, v. 21, 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 2ª ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2006.

SELIGMANN-SILVA, Márcio. O local do testemunho. *In: Revista Tempo e Argumento*, v. 2, n. 1, p. 03-20, 2010.

SILVA, José Adaumir Arruda da. **A privatização de presídios e sua (in)compatibilidade com o estado democrático de direito: a ressocialização irrefletida**. 2015. 123 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém, 2015. Programa de Pós-Graduação em Direito.

SILVA, Roberto da; PASSOS, Thais Barbosa; MARQUES, Marineila Aparecida. Literatura carcerária: educação social por meio da Educação, da escrita e da leitura na prisão. *In: Eccos Revista Científica*, n. 48, p. 35-50, 2019.

SOUZA, Luis Antônio Gonçalves de; DANTAS, Soraya Braga; NAVARRO, Arthur Martins Marques. O direito ao trabalho como instrumento na concreção da ressocialização dos presos egressos do sistema prisional. *In: Sociedade em Debate*, v. 2, n. 01, 2020.

SOUZA, Sheila Perina de. JÚNIOR, Celso Luiz de Oliveira. “Professor Roberto da Silva: 66 anos contrariando as estatísticas”. **Jornal da USP**, 04/01/2024. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/professor-roberto-da-silva-66-anos-contrariando-as-estatisticas/>, acesso em: 10/06/2024.

STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam. **Direito e Literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade**. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

UNICEF. “**Trabalho infantil aumenta pela primeira vez em duas décadas e atinge um total de 160 milhões de crianças e adolescentes no mundo**”. 10/10/2021. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/trabalho-infantil-aumenta-pela-primeira-vez-em-duas-decadas-e-atinge-um-total-de-160-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-no-mundo>, acesso em: 01/12/2022.

VAZ, André. Uma revisão de Punição e Estrutura Social e Cárcere e Fábrica à luz da teoria crítica do valor. **Revista Direito e Práxis**, v. 12, n. 2, p. 779-802, 2021.

VIANNA, Giselle Sakamoto Souza. **Disciplina, direito e subjetivação: uma análise de Punição e estrutura social, Vigiar e punir e Cárcere e fábrica**. Dissertação de mestrado - Curso de Programa de Pós-graduação em Sociologia, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, UNICAMP, Campinas, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Revan, 2007.

MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Fernando Gama de Miranda Netto¹
Marcelo Pereira de Almeida²
Mariana Avila Barbosa³

Eixo Temático: GT6: Direitos Fundamentais e Métodos Processuais

RESUMO

Visando combater a morosidade e acúmulo de ações, a jurisdição aumenta seus poderes de coerção nas execuções de pagar quantia, conhecidas como o gargalo dos procedimentos judiciais, e causa de insatisfação dos jurisdicionados que, apesar de possuírem um direito garantido, não recebem o bem da vida pretendido. Contudo, é questionável até que ponto os direitos da personalidade podem ser atingidos para proteger o direito ao crédito. Assim, o artigo questiona se as medidas executivas atípicas adotadas nas execuções de prestações pecuniárias são constitucionais e se houve uma troca da responsabilidade patrimonial por um procedimento atípico pautado em meios coercitivos pessoais. Para isso, foi realizado um diálogo entre as correntes doutrinárias a favor e contra a utilização do art. 139, IV, nas execuções de pagar quantia, bem como a análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto.

Palavras-chave: Medidas executivas atípicas; devido processo legal; modelo processual.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho (2007), com período de um ano (Março/2006-2007) de pesquisa na Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften de Speyer (Alemanha) e no Max-Planck-Institut (Heidelberg) com bolsa CAPES/DAAD. É Professor Associado de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense (UFF, campus Niterói, desde 2009), líder do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais (UFF), e membro do Programa de Pós-Graduação 'Stricto Sensu' em Sociologia e Direito (UFF, desde 2011) e em Direito, Instituições e Negócios (UFF, desde 2017). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO). Diretor Regional do Instituto Panamericano de Direito Processual (IPDP-Brasil). fernandojuris@yahoo.com.br, <http://lattes.cnpq.br/0832019587284612>.

² Pós- Doutor em Direito Processual pela UERJ. Pós-doutorando em Direito pela Universidade de Burgos (Espanha). Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (2013). Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2007). Professor Adjunto de Teoria Geral do Processo e Direito Processual da Universidade Federal Fluminense, Professor do Programa de Pós- Graduação em Direito, Instituições e Negócios (PPGDIN) da UFF (Doutorado), Professor de Direito Processual Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professor Permanente do PPGD (mestrado) da UCP. Coordenador adjunto do Curso de Direito e Professor de Direito Processual da Unilasalle - Institutos Superiores de Ensino. Professor do Curso de Pós- Graduação em Direito Processual da Universidade Federal Fluminense - UFF. Consultor da Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP/UERJ - Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil - IBDP, da Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPro e do Instituto Carioca de Processo Civil - ICPC. Membro da Comissão de Garantismo Processual da OAB/RJ. Advogado, e-mail: marcelo.almeida@ucp.br, <http://lattes.cnpq.br/0245213114864531>.

³ Mestre em Sociologia e Direito pelo PPGSD/UFF, membro do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais (UFF), advogada. E-mail marianaavilabarbosa@yahoo.com, <http://lattes.cnpq.br/0013300344846529>.

INTRODUÇÃO

Ultrapassada a fase de conhecimento, e liquidado o direito, ou, possuindo-se um título extrajudicial de igual certeza, tem o jurisdicionado acesso à fase executória, onde pode ultrapassar a vontade de um mal pagador e conseguir aquilo que foi prometido por meio da intervenção estatal.

Contudo, a prática forense demonstrou que a execução, em especial a de pagar quantia, evidencia ainda mais as falhas presentes no acesso à justiça, isso porque a sua morosidade é incomparavelmente maior que a da fase anterior, e em muitos casos não se alcança nenhum resultado prático.

Dessa forma, todo o gasto financeiro, temporal e psicológico despendido pelo exequente, não raro, é vão, sendo preferível que não recorra ao judiciário e aceite a perda do direito presente no título executivo.

Assim, ao longo dos anos diversas reformas legislativas tentaram simplificar o processo de execução, seja por meio da diminuição dos procedimentos necessários para a sua instauração, como a criação da fase de cumprimento de sentença, seja pela aplicação de diversas medidas executivas ainda não previstas.

Nesse ínterim, o Código de Processo Civil de 2015 inova mais uma vez, trazendo a previsão em seu artigo 139, IV, da aplicação de medidas atípicas, abrindo espaço de discricionariedade judicial a partir da análise do caso concreto.

A previsão de tal inciso segue uma tendência ativista, dando força para a criação de precedentes e transformando a taxatividade legal em mera orientação, que pode ou não ser seguida pelos aplicadores do Direito, a depender do que entendam necessário para se alcançar uma justiça efetiva.

Essa posição foi solidificada com o julgamento da ADI 5941 que declarou constitucionais as medidas de suspensão da CNH, apreensão do passaporte e proibição de

participação em concursos públicos ou processos licitatórios no plano abstrato, devendo eventual excesso no caso concreto ser retificado por meio das vias recursais.

Antes deste julgamento, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisões no sentido de que a constitucionalidade das medidas atípicas deveria ser analisada caso a caso, e que seria instrumento capaz de trazer efetividade para as prestações jurisdicionais, neste sentido são os HCs nº 97.876, nº 411.519 e nº 478.963 e REsps nº 1.788.950 e nº 1.782.418.

Contudo, a adoção de tal postura, por mais que possua como justificativa a alteração de um cenário de desesperança, gera desconforto e reserva por parte daqueles que atuam no processo como representante das partes, principalmente por flexibilizar as garantias fundamentais contra o arbítrio Estatal.

1. BUSCA PELA EFETIVIDADE NA EXECUÇÃO

Parcela significativa da doutrina brasileira defende a adoção das medidas atípicas inclusive nas execuções de pagar quantia, não apenas para o cumprimento de obrigações acessórias, mas também na busca pelo objeto principal. Seus argumentos se aproximam dos ensinamentos instrumentalistas que entendem como solução para a inefetividade da prestação jurisdicional a ampliação dos poderes dos magistrados.

Nesse sentido, Marcos Youji Minami (2023, pp. 73-74) declara que a vedação ao non factibile seria decorrente da vedação ao non liquet, onde o magistrado não pode se recusar a julgar por não saber qual o direito a ser aplicado ou por não ter certeza dos argumentos trazidos pelas partes. Neste caso, ressalta o autor, o ordenamento encontrou a solução no ônus da prova. Se aquele incumbido de provar suas alegações não o fizer, terá uma decisão contra si. E garantir a decisão e não garantir a efetividade da prestação certificada seria uma contradição:

Indo além, não garantir a efetividade das decisões seria ainda uma forma de violar o acesso à justiça e ao direito fundamental garantido no art. 4º do CPC, eis que o processo

deve assegurar decisão de mérito em prazo razoável, inclusive em relação à tutela satisfativa.

Dessa maneira, se os meios executivos previstos em lei não se mostrarem suficientes para alcançar o adimplemento da obrigação, a utilização de medidas atípicas não pode ser descartada com base em uma suposta escolha pelo procedimento típico em determinadas espécies de execução. Segundo o autor (Minami, 2023, pp.84-86), a tipicidade ou atipicidade da execução não é expressa no código, sendo possível determinar a sua existência com base em interpretação sistemática dos dispositivos, a fim de entender a escolha legislativa.

Já Sérgio Cruz Arenhart (2023) dispõe que pior que um Estado que ignora os direitos de seus cidadãos, seria aquele que, apesar de os reconhecer, falha em garantir a sua entrega. Dessa forma, garantir a autoridade judicial seria uma verdadeira forma de implementar direitos. Mas isso deveria ocorrer de maneira mensurada e limitada, para que, aumentando seus poderes, o problema não passe a ser o juiz.

Assim, uma das formas de orientar a atuação da jurisdição seria a adoção de uma visão pan-processual, diversamente do que ocorre com o exame apenas do referido caso concreto na escolha entre a adoção das medidas do 139, IV.

É necessário entender que o Judiciário, como qualquer outra esfera pública, trabalha com recursos limitados, sejam humanos, estruturais ou financeiros, e que o emprego deles em um processo específico determinará quanto sobrar para os remanescentes:

Assim ocorre, por exemplo, com a legislação inglesa. As Civil Procedure Rules, de 1997, em sua primeira parte (Overriding Objective), no seu art. 1.1, estabelece o dever de o juiz tratar a causa segundo a justiça, o que implica, na medida do possível, entre outras coisas 'b) diminuir custos; c) lidar com a causa de forma que seja proporcional; i) ao montante de dinheiro envolvido; ii) à importância da causa; iii) à complexidade dos temas; e iv) à condição econômica de cada parte; d) assegurar que a causa seja tratada de forma expedita e justa; e e) alocar à causa uma apropriada parcela de recursos da corte, tendo em consideração a necessidade de alocação de recursos às outras causas'. [...] Na ordem jurídica brasileira, embora não exista preceito

idêntico, é possível extrair essa mesma orientação da garantia constitucional de eficiência na administração do Estado, estampada no caput do art. 37, da Constituição. De fato, se a atividade jurisdicional pode ser enfocada - na visão do cidadão - também como um serviço público, é evidente que ele deve pautar-se pela eficiência, tomando em consideração o conjunto de demandas com que o Judiciário deve lidar. (Arenhart, p.1002).

Ao ponderar as melhorias que as medidas atípicas trazem, não se deve olhar de forma isolada, apenas para o caso em que serão aplicadas, mas para todos os demais processos que o Judiciário terá de lidar.

Dessa forma, para o autor não há justificativa para o tratamento diferenciado que era dado aos credores de obrigações de fazer, não fazer, e entrega de coisa daquele proporcionado ao de pagar quantia, não há razão, em seu entendimento, para que a atipicidade seja utilizada de forma subsidiária, simplesmente por já existir procedimento legislado:

Apenas para exemplificar, veja-se que dentre as prestações de fazer podem enquadrar-se obrigações de reparação de um móvel ou de um eletrodoméstico qualquer; por outro lado, estariam dentre as prestações pecuniárias as obrigações de pagamento de alimentos por ato ilícito (às quais a jurisprudência sempre resistiu em oferecer o mesmo regime dos alimentos fundados em relação de família). É possível dizer que as primeiras espécies de obrigação merecem, na ordem jurídica brasileira, tratamento preferencial em relação às últimas? (Arenhart, pp.1010-1017).

Apesar da subsidiariedade não ser critério orientador para a adoção das medidas atípicas, a discricionariedade judicial seria limitada por quatro critérios na visão de Arenhart: a) a máxima efetividade; b) as garantias fundamentais do devedor; c) a proporcionalidade pan-processual e d) a menor onerosidade ao executado.

Para Alexandre Câmara (2023), apesar de ser possível aplicar as medidas atípicas nas execuções de prestações pecuniárias, para que não violem o devido processo legal, elas devem guardar relação com o objeto executado. Com isso, devem ter caráter patrimonial, pois o devedor deve responder com seus bens presentes e futuros, nos termos do art. 789 do CPC, e não de forma pessoal.

Não seriam admitidas medidas atípicas de suspensão de CPF, CNH, apreensão de passaporte e tampouco bloqueio de cartões de crédito, mas seria possível, por exemplo, a adoção de multa além da prevista legalmente ou a proibição de participação em licitações públicas até o adimplemento da obrigação, o que seria muito eficaz nos casos de devedores que são litigantes frequentes, como companhias de energia elétrica e água, ou instituições bancárias.

Também defendendo a adoção das medidas atípicas do 139, IV, nas prestações pecuniárias, Guilherme Cavalcanti Lamêgo (2023) traz mais um critério para o emprego do dispositivo: a avaliação do risco da execução para o credor e a possível violação de seu direito fundamental ao crédito.

Isso porque é prevista a responsabilidade objetiva do exequente quando a sentença transitada em julgado reconhecer a inexistência da obrigação - art. 776, do CPC - que se estende para os casos de títulos executivos fraudulentos, extinção da obrigação pelo pagamento ou novação, ilegitimidade passiva ou ativa de uma das partes, ou de excesso de execução, quando parte da obrigação é inexistente.

Esse risco é agravado quando a execução possui caráter provisório, já que basta que a decisão definitiva modifique o que foi determinado previamente para que a execução se caracterize como indevida pela inexistência da obrigação.

Além da responsabilidade objetiva, caso a execução seja extinta por causa diversa daquelas previstas no art. 776, também haverá a responsabilização do credor pelos danos causados, desde que comprovada a culpa ou dolo, nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil.

Assim, a análise dos riscos corridos pelo exequente faria parte dos critérios de adoção das medidas atípicas previstas no art. 139, IV, inclusive, sendo necessária a sua intimação para que se manifeste previamente acerca do meio executivo a ser adotado.

Vinicius Silva Lemos (2023) também defende a aplicabilidade das medidas atípicas nas execuções pecuniárias, e dispõe que, apesar do art. 789 limitar a

responsabilidade ao patrimônio do devedor, o que impede, em regra, que seja atingida a esfera pessoal do executado, há uma interseção entre a patrimonialidade e o art. 139, IV, do CPC.

Não entende que o inciso seja a solução para todos os problemas dos processos de execução, mas que pode ser uma ferramenta legítima na busca da efetividade, isso se instituídos limites aos poderes do magistrado como a boa-fé, cooperação, primazia do julgamento de mérito, ou melhor, primazia da efetividade, com a oportunidade de um contraditório influenciante e decisão devidamente fundamentada.

Além disso, existiria uma hierarquia entre os meios típicos e atípicos de execução, sendo que esses só devem ser aplicados, em regra, quando esgotados os primeiros. A exceção estaria na hipótese de adoção concomitante quando demonstrado que a medida legal não será suficiente para trazer eficácia. Exemplo disso seria o requerimento de penhora juntamente com uma medida atípica destinada a obstar, durante a busca de bens, alguma atividade fraudulenta ou com o objetivo frustrar a execução.

Contudo, em geral, a penhora de bens teria efeito neutralizador em relação às medidas atípicas, porque se torna desnecessária a atuação na vontade do devedor quando a execução já se mostra garantida por patrimônio expropriável.

Marcelo Miranda Caetano (2023), em artigo anterior ao julgamento da ADI 5941, traz como requisitos de adoção das medidas atípicas os critérios utilizados pelo STJ e STF em suas decisões:

Primeiramente, as medidas atípicas não podem ser utilizadas como forma de restringir o escopo social do processo e os direitos fundamentais mínimos, como a ampla defesa, contraditório, devido processo legal, isonomia, razoabilidade e proporcionalidade. Sendo ultima ratio, com a adoção anterior dos meios típicos. (REsp.1.864.190)

Assim, os meios atípicos só devem ser adotados se verificada a ineficácia dos meios típicos de execução, e possuindo igual eficácia, deve-se prestigiar o meio previsto em lei, de forma a observar o princípio da menor onerosidade do devedor. Havendo

dúvida entre qual medida adotar, deve ser ouvido o executado, e, em seu silêncio, será possível o emprego do meio atípico. (RE 1.221.543)

Além disso, a mera ineficácia dos meios típicos, por si só, não basta para justificar a sua adoção, seria necessário demonstrar que o devedor possui padrão de vida incompatível com o estado de insolvência, que indique ocultação de patrimônio, sob risco da medida atípica caracterizar sanção pelo inadimplemento. (STJ - RHC 97.876 e REsp 1.960.446).

Em resumo, cada doutrinador traz requisitos diversos que permitiriam a adoção das medidas atípicas sem a violação do devido processo. Com efeito, para alguns é necessário esgotar os meios típicos e para outros é possível a aplicação concomitante. Outros acreditam que, além de demonstrar a ineficácia dos meios previstos em lei, também é preciso comprovar que o devedor possui patrimônio expropriável.

Há algum consenso sobre a finalidade das medidas atípicas: Trazer efetividade para a execução por meio do aumento dos poderes do magistrado, mantendo as garantias processuais dos executados através do contraditório prévio. Mas os argumentos sobre a substituição da patrimonialidade da execução, com a limitação da responsabilidade aos bens e não à pessoa do devedor são rasos e totalmente contrários ao previsto na Constituição, como será visto no tópico a seguir.

2. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

A opção pela responsabilidade patrimonial visa evitar a aplicação de punições à pessoa do devedor por não ser capaz ou não querer cumprir obrigações diretamente patrimoniais ou de fundo patrimonial, deixando evidente que o direito ao crédito não pode se sobrepor à dignidade da pessoa humana.

Assim, o art. 789 do Código de Processo Civil anuncia a responsabilização dos bens presentes e futuros do devedor pelas obrigações que contrair, salvo as restrições estabelecidas em lei. E apesar de ser encontrado na parte dedicada ao processo de

execução por título extrajudicial, também é aplicado ao cumprimento de sentença por força do art. 771.

Mas é preciso pontuar que, apesar de não ser a regra, a responsabilidade pessoal também foi regulada no ordenamento jurídico brasileiro, e sua constitucionalidade será medida levando em consideração alguns critérios que serão analisados a seguir.

A busca pela efetividade na execução se inicia com a especificação de procedimentos distintos para cada tipo de obrigação. Assim, se houve um período em que a tutela específica ou o resultado prático equivalente eram transformados em perdas e danos ao primeiro obstáculo, com o passar dos anos as reformas legislativas privilegiaram o adimplemento pela tutela específica, iniciando com o Código de Defesa do Consumidor e seguido pelo CPC de 73.

Seguindo a tendência de busca pela tutela específica, ou, ao menos, se baseando neste argumento, o CPC/15 traz o art. 139, IV, estabelecendo medidas executivas atípicas também nas obrigações pecuniárias, última espécie que era pautada, até então, na tipicidade dos meios executivos. Contudo, apesar do grande aplauso da doutrina e jurisprudência, dar igual tratamento das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa às obrigações pecuniárias não se mostra correto.

Observe-se o seguinte: Existe uma especificidade nas obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa que exige a atividade criativa do magistrado para que seja alcançada a tutela específica ou o resultado prático equivalente, sem que o executado decida se quer cumprir a obrigação devida ou pagar perdas e danos.

Imagine um exemplo comum de obrigação de não fazer: A proibição de construção em determinada área por risco de desabamento das construções vizinhas, neste caso, iniciada obra no local e ajuizado cumprimento de sentença para interditar a atividade, qual efetividade traria a transformação da obrigação em perdas e danos, caso, no primeiro momento, recebida a intimação, o executado ignore a ordem e prossiga a construção?

É possível quantificar monetariamente o valor dos imóveis atingidos, mas isso não leva em consideração o risco que os moradores correm até a desocupação, a necessidade de, apesar de terem ordem judicial em seu favor, abandonarem seu lar por conta de um executado relutante, e, por fim, a incerteza sobre sua capacidade financeira para custear os prejuízos.

Esse exemplo demonstra que a tutela específica deve ser privilegiada neste tipo de obrigação e que o pagamento de indenização em dinheiro nem sempre protege direito já acobertado em sentença ou título extrajudicial. Razão pela qual há procedimento diferenciado para executar as obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, com a aplicação de medidas atípicas e escolha conforme o caso concreto pelo magistrado.

O princípio da especificidade, buscada por meio de medidas atípicas, fica evidente nas palavras do art. 536, caput e §1º, que abrange a obrigação de fazer e não fazer, e no art. 538, §3º, referente à entrega de coisa.

É intrínseco que as execuções das espécies acima se deem de forma indireta, preferencialmente, porque, em grande parte dos casos, a vontade do executado é fundamental para o adimplemento da obrigação. O que não ocorre com as prestações pecuniárias. Nestas, é possível a substituição pela atuação Estatal, que, invadindo a esfera patrimonial do devedor ou responsável, retira deste a quantia devida e a entrega ao credor.

A escolha por detalhar a execução de forma direta e, preferencialmente subrogatória, nas obrigações de pagar quantia não pode ser deixada de lado pela simples menção de responsabilidade pessoal ao final do inciso IV do art. 139 “IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;” (grifos nossos)

Interpretar tal inciso da forma como os instrumentalistas desejam, e como foi compreendido pelo julgamento da ADI 5941 é declarar que todo o procedimento legislado para as execuções pecuniárias não existe, e que é indiferente a utilização ou não de meios sub-rogatórios na busca por patrimônio.

Ora, a obrigação em pecúnia exige apenas a existência de patrimônio, que já esteja em moeda corrente ou que possa ser transformado nela, pouco importa se o executado concorda com a expropriação ou não, o Estado possui poder para, identificada a existência de patrimônio, adjudicá-lo ao credor, aliená-lo e quitar o débito com o proveito obtido, realizar desconto em folha de pagamento do executado ou apropriar-se dos frutos ou rendimentos.

O termômetro para medir a necessidade de utilização de medidas atípicas é a dependência da vontade do executado para que as obrigações sejam adimplidas, e, como demonstrado, nas obrigações de pagar quantia, ela se mostra irrelevante. Sendo significativa apenas nas obrigações acessórias, como a indicação de bens para penhora e do local onde se encontram.

Ademais, não existindo bens, qual benefício pode trazer para o credor além de poder se agraciar com o sofrimento do devedor através de sua responsabilização pessoal, já que as medidas de indução não são capazes de fazer surgir dinheiro onde não existe. Poderá, no entanto, levar o devedor a abrir mão da proteção da impenhorabilidade, para que se desfaça de bem ou valor que a lei buscou proteger.

Indo adiante, aplicar medidas atípicas de coerção, ainda que de forma subsidiária, desconsidera que até mesmo nas execuções de obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa, há um limite para a indução ao cumprimento, e que, constatado que não ocorrerá o adimplemento da obrigação, são convertidas em perdas e danos sob pena de caracterizar punição pessoal por dívidas.

Se isso acontece nos casos em que a vontade do devedor é relevante, quanto mais nos casos em que se mostra dispensável, existindo, por isso mesmo, procedimentos que podem ser escolhidos pelo exequente quando constatada a inexistência de patrimônio, como a suspensão da execução, a decretação de insolvência civil ou falência e as fraudes contra credores e à execução.

Isso porque a caracterização da incapacidade em pagar o débito presume que a atuação sobre a vontade do devedor será irrelevante, e que a utilização de medidas indutivas se converterá em pena retributiva:

Se a obrigação pecuniária tem por finalidade a própria satisfação do credor por pecúnia, motivo lógico e determinante da responsabilidade patrimonial do devedor, a aplicação das medidas atípicas indutivas e coercitivas após frustração dos meios típicos de execução e caracterização de indícios de sua insolvência, implica caracterização de medida análoga à pena, já que visa, exclusivamente, o castigo do devedor, pelo “mal” causado ao credor, decorrente da renitência no adimplemento. (Carvalho Filho, Sousa e Pereira, 2020, p.82).

Em igual sentido Luciana Benassi (2022) destaca que o critério de esgotamento das medidas típicas de execução é na verdade um atalho tomado pelo credor que deixa de levar em consideração as possibilidades já legisladas para tratar devedores relutantes, seja pela falta de bens ou pela ocultação patrimonial. Apesar do caminho ser longo e demandar esforço extra do exequente, essas seriam as hipóteses previstas em lei e alegar o esgotamento é apenas uma falácia a fim de justificar a preferência por ignorar as garantias do executado.

A execução de obrigação de pagar quantia é guiada pela substituição da vontade do devedor, através da desapropriação de bens que servirão para garantir o resultado prático equivalente. Sendo frustrada a busca por bens, levando em consideração a adoção da responsabilidade patrimonial pelas dívidas, é possível requerer a declaração de insolvência civil ou de falência, a depender do tipo de executado.

Apesar de possuir efeitos drásticos como a perda do direito de administração dos próprios bens e o vencimento antecipado de todas as dívidas, o que por si só configura meio indutivo para adimplemento da obrigação, são pouco utilizadas, porque dependem de fase de conhecimento prévia, que demanda tempo e custos financeiros, mas, mais uma vez, pelo pensamento da autora, foi o meio escolhido pelo legislador e não caberia ao magistrado ignorar a forma de tratamento legal das execuções frustradas.

Assim, conclui que, a retórica do esgotamento dos meios típicos deixa de considerar também as medidas preventivas que podem ser adotadas pelos credores para

garantir seu crédito e que pouco são utilizadas, como a constituição de hipoteca judiciária, prevista no art. 495 do CPC, o arresto, sequestro e protesto contra alienação de bens. Outras possibilidades pouco utilizadas são a ação pauliana para configuração de fraude contra credores e o requerimento de incidente para decretação de fraude à execução.

3. POSIÇÃO DO STJ

Anteriormente ao julgamento da ADI 5941 pelo STF, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestava sobre a constitucionalidade das medidas executivas atípicas e fez o papel de determinar as diretrizes de sua aplicação no caso concreto. Os acórdãos proferidos pelo Tribunal Superior foram e são utilizados como paradigma.

Mesmo após o julgamento da ADI 5941 o posicionamento do STJ continua a ser relevante, já que a ação direta de inconstitucionalidade se limitou a declarar constitucional a adoção em abstrato das medidas atípicas, e não trouxe todos os parâmetros de aplicação, assim pode-se entender que os julgados do STJ continuarão a funcionar como paradigmas para as instâncias inferiores.

Entre os principais recursos que servem de fundamentação para as instâncias inferiores estão o REsp nº 1.782.418/RJ e do REsp nº 1.788.950/MT, ambos de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgados em 23/4/2019, DJE 26/4/2019.

A análise do primeiro acórdão se mostra interessante não apenas pela definição dos requisitos de adoção das medidas, mas porque ele é decorrente de um recurso interposto em face de uma decisão que indeferiu a suspensão da CNH e a apreensão do passaporte de um executado em cumprimento de sentença de uma ação de indenização por dano moral e material decorrente de acidente automobilístico.

Para a corte estadual de origem, as medidas não auxiliavam a busca por bens do devedor e imporiam limitação ao seu direito de ir e vir, sendo que a execução se orienta pelo princípio da patrimonialidade, onde apenas os bens devem responder pelas dívidas e não a esfera pessoal do executado. Contudo, para o Tribunal Superior, as medidas podem ser adotadas desde que 1) haja indícios de que o devedor possui patrimônio

expropriável, mas deseja frustrar a execução de maneira injustificada; indeferindo as medidas quando provar-se que não há patrimônio; 2) sejam utilizadas de forma subsidiária, após esgotados os meios previstos em lei, sob pena de ignorar-se toda a sistemática processual escolhida pelo legislador; 3) a decisão que defira sua aplicação contenha fundamentação que leve em consideração as especificidades do caso concreto, não sendo suficiente decisão que se limite a indicar ou reproduzir texto de lei ou que traga conceitos jurídicos indeterminados sem mencionar como se adaptam ao caso concreto, nos termos do art. 489, §1º, I e II do CPC; 4) que tenha sido observado o contraditório substancial, sendo inaceitável a prolação de decisão sem a oitiva prévia do executado, conforme art. 9º do CPC e 5) respeite a proporcionalidade, utilizando medidas que sejam adequadas, necessárias e razoáveis.

Na fundamentação do julgamento, a relatora do recurso, Ministra Nancy Andrichi, ressaltou que o art. 134, IV foi criado com a finalidade de trazer efetividade para as decisões judiciais, em especial para a tutela satisfativa, e que haveria um claro abandono da tipicidade da execução pelo Código de Processo Civil, partindo para a um processo mais elástico e que teria maiores condições de proteger o direito material reconhecido.

Para a ministra as medidas teriam caráter coercitivo, atuando sob a vontade do devedor, e não se confundiriam com medidas punitivas pelo inadimplemento, já que, mesmo adotadas, não haveria a sub-rogação do débito, como ocorre com a prisão civil do devedor de alimentos, que permanece em débito, ainda que cumpra o período de encarceramento.

Além disso, a análise de parâmetros que restrinjam os direitos fundamentais de forma razoável evitaria a caracterização de punitividade das medidas, mas isso só poderia ocorrer caso a caso. Com isso, o STJ declarou que as medidas executivas atípicas não são vedadas de forma abstrata, e que a fundamentação do TJ com base na patrimonialidade da execução não seria suficiente para manter o indeferimento, devendo ocorrer o retorno dos autos para a instância inferior analisar a existência dos pressupostos assentados pela corte.

O segundo acórdão, julgado posteriormente, reforça os pressupostos já detalhados acima para adoção das medidas atípicas, e nega provimento ao recurso pois neste caso a ausência de patrimônio já estava caracterizada, ou seja, esgotadas as buscas por bens, deveria o credor trazer indícios de que há ocultação patrimonial, não ocorrendo isto, as medidas coercitivas atípicas não trazem qualquer utilidade para a execução, se tornam meramente uma punição pelo inadimplemento e devem ser indeferidas, como fez o Tribunal de origem.

2. POSIÇÃO DO STF: ADI 5941/DF

A ação direta de inconstitucionalidade interposta pelo Partido dos Trabalhadores buscava a declaração de nulidade sem redução do texto para que considerasse inconstitucional a suspensão da carteira de motorista, apreensão do passaporte e a proibição de participação em licitações e concursos públicos como possíveis medidas atípicas.

As medidas de suspensão da CNH e apreensão do passaporte violariam o direito fundamental de ir e vir, protegido constitucionalmente e não haveria preponderância de outro direito fundamental que tornasse a medida justificável; bem como não poderia ocorrer tal privação pela mera atividade discricionária do magistrado em afronta ao devido processo legal.

Igualmente, a proibição de participação em licitação e concursos públicos de forma atípica e com o objetivo de forçar a satisfação de obrigação pecuniária violaria a dignidade da pessoa humana, pois a responsabilidade por débitos é patrimonial, representando a responsabilização pessoal um retrocesso aos direitos garantidos na Constituição.

O Presidente da República, o Congresso Nacional e a Advocacia-Geral da União declararam que a constitucionalidade das medidas tratadas só pode ser analisada em concreto, e que teriam como objetivo a busca pela concretização do direito material, de forma que as especificidades de cada caso determinariam se há proporcionalidade ou não.

A então Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, por sua vez, se manifestou de acordo com o Partido dos Trabalhadores para que a ação fosse julgada procedente, eis que a responsabilidade civil moderna teria como objetivo evitar a vingança privada e as penas na pessoa do devedor pelo inadimplemento. Exceção à essa evolução social seria a possibilidade da prisão civil do devedor de alimentos, fundamentada no princípio da solidariedade e na dependência para o suprimento de necessidades básicas do alimentado.

As liberdades fundamentais de ir e vir, contratar e exercer profissão, não poderiam ser formas de coação para efetividade executória e o magistrado não seria livre para instituir limitações que o legislador não fez, caracterizando tal atuação uma violação ao princípio democrático.

Por fim, declarou que a aplicação de medidas atípicas diversas das mencionadas exige a demonstração ampla e fundamentada do esgotamento dos meios de execução previstos em lei, a fim de que seja comprovada a proporcionalidade e adequação.

A Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPro, foi admitida como *amicus curiae* e requereu a declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto por afronta aos direitos expressos nos art. 5º, incisos II, XXXIX e LIV. Defendendo que o processo seria ferramenta para contenção da atuação Estatal e não mecanismo para realização de seus desejos.

A execução de pagar quantia seria orientada pela adoção de medidas subrogatórias, pois a vontade do devedor é irrelevante para o cumprimento da obrigação que se dá pela expropriação dos bens, ao contrário de outras espécies de execução, como a obrigação de fazer, onde a adoção de medidas indutivas e coercitivas atípicas se faz necessária para o adimplemento.

Aplicar medidas atípicas na busca de obrigações pecuniárias como justificativa ao processo justo não encontraria proteção constitucional, que garante o devido processo legal, o que tornaria apenas duas interpretações possíveis ao art. 139, IV do CPC: a) Para o cumprimento de obrigações acessórias dentro dos procedimentos executórios, como a

indicação de bens à penhora; ou para o b) cumprimento de ordem judicial que possua carga preponderantemente mandamental, diversamente do que ocorre com as sentenças que instituem obrigação de pagar, que teriam força predominantemente condenatória.

Além disso, a obrigatoriedade de esgotamento dos meios típicos também deveria levar em consideração a série de medidas previstas legalmente para os casos de devedor que intimado não paga e não possui patrimônio rastreável, como a decretação de insolvência, falência, os procedimentos de desconconsideração da personalidade jurídica ou fraude à execução, bem como a suspensão do processo pelo prazo de um ano. E ignorar o sistema previsto pelo legislador equivaleria a instituição de sanção retributiva pelo inadimplemento.

Por fim, em relação às medidas em si, além das restrições aos direitos fundamentais da autonomia privada, ir e vir e liberdade de contratação, haveria clara utilização de penas ou medidas preventivas sem prévia cominação legal, que seria requisito de aplicação.

A apreensão do passaporte, em matéria penal, é medida preventiva diversa da prisão, a fim de evitar a fuga do acusado; a suspensão do direito de dirigir é prevista como pena administrativa no Código de Trânsito Brasileiro e pena criminal no Código Penal em decorrência de condutas ilícitas realizadas com veículo automotor; e, por fim, a proibição de participação em licitação ou concurso público é prevista como pena criminal, administrativa ou por ato de improbidade administrativa.

Estes argumentos tornam impossível a demonstração de necessidade e adequação das medidas atípicas no caso concreto. Elas seriam apenas penas retributivas sem prévia cominação legal.

Mas, no dia 09 de fevereiro de 2023 ocorreu o julgamento da ADI 5941 que pacificou o entendimento acerca da possibilidade da adoção das medidas executivas atípicas mencionadas. Segue abaixo sua ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OS ARTIGOS 139, IV; 380, PARÁGRAFO ÚNICO; 400, PARÁGRAFO ÚNICO; 403, PARÁGRAFO ÚNICO; 536, CAPUT E §1º E 773, TODOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MEDIDAS COERCITIVAS, INDUTIVAS OU SUB-ROGATÓRIAS. ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, SEM REDUÇÃO DE TEXTO, PARA AFASTAR, EM QUALQUER HIPÓTESE, A POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO JUDICIAL DE MEDIDAS COERCITIVAS, INDUTIVAS OU SUB-ROGATÓRIAS CONSISTENTES EM SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR, APREENSÃO DE PASSAPORTE E PROIBIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO EM CONCURSOS PÚBLICOS OU EM LICITAÇÕES. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À PROPORCIONALIDADE. MEDIDAS QUE VISAM A TUTELAR AS GARANTIAS DE ACESSO À JUSTIÇA E DE EFETIVIDADE E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO ABSTRATA E APRIORÍSTICA DA DIGNIDADE DO DEVEDOR. AÇÃO CONHECIDA E JULGADA IMPROCEDENTE. (ADI 5941, Min. Relator Luiz Fux, Tribunal Pleno, Data do Julgamento 09/02/2023, Data da Publicação 28/04/2023).

É possível notar a forte tendência instrumentalista na íntegra do acórdão, pois os argumentos da doutrina que defende a ampliação dos poderes gerais dos magistrados são repetidos diversas vezes, como o acesso à justiça e a utilização de uma política quase empresarial, com o objetivo de cumprir metas numéricas, para justificar a celeridade processual.

Assim, conforme a maioria dos votos, a morosidade e inefetividade seriam lesivas para as partes e também para a sociedade, porque aumentaria os custos da estrutura institucional do Judiciário, violando o acesso à justiça que seria garantido no art. 5º, LXXVIII da CRFB/88 e no CPC/15, art. 4º.. Indo além, o processo de execução representaria um gargalo na prestação jurisdicional, e as modificações legislativas não teriam alcançado mudança significativa neste cenário.

Uma das formas encontradas para reverter tal estado de coisas seria a adoção de cláusulas gerais pelo magistrado, dotando este de maior liberdade para concretizar a tutela do bem pretendido, mas sem esquecer o devido processo legal, a proporcionalidade e demais princípios que nortearam a atividade processual.

A proporcionalidade das medidas executivas seria controlada pelo sistema

recursal e a flexibilização da tipicidade buscaria a razoável duração do processo e maior efetividade, que seriam deveres não apenas do Estado-juiz mas também das partes, por meio da cooperação e boa-fé processuais. E, em caso de violação de tais princípios, o judiciário deveria possuir mecanismos de repressão (enforcement e accountability) que não se confundiriam com a punição pelo inadimplemento.

A amplitude de situações com as quais o judiciário se depara no dia a dia tornaria impossível imaginar qual valor jurídico deve preponderar no caso concreto, bem como tornaria impossível determinar a inconstitucionalidade em abstrato das medidas atípicas tratadas na ADI, quais sejam a suspensão da CNH, apreensão do passaporte, proibição de participar de concursos ou licitações públicas.

Pensar de forma diversa retiraria da atividade jurisdicional características que lhe são intrínsecas como a discricionariedade e a criatividade, reduzindo as ferramentas disponíveis para realizar a entrega da pretensão. E modificar a realidade afetaria não apenas o credor, mas a sociedade como um todo, já que, a partir da análise econômica do direito, a falta de incentivo para a cooperação e boa-fé do devedor prolonga a quantidade e a duração dos litígios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Avaliar a constitucionalidade da adoção de meios coercitivos pessoais na busca da satisfação do crédito encontra obstáculo na proteção dos direitos fundamentais do devedor, que limita a busca da obrigação pecuniária a qualquer custo. Assim, o processo de execução deve funcionar como limite às ambições financeiras, impedindo que os direitos patrimoniais se sobreponham à dignidade da pessoa humana e também deve obstar a utilização como vingança privada, onde mais importa infligir um sofrimento ao devedor pela imoralidade de não arcar com suas obrigações, que limitar a cobrança das dívidas ao seu patrimônio.

Assim, a discussão precisa se deter na troca da patrimonialidade para uma execução pautada em meios coercitivos pessoais, como já ocorre com as obrigações de fazer, não fazer e dar coisa. E, se isso seria o ideal a partir de um processo civil que deve atuar como limite à ganância da sociedade por dinheiro e vingança, bem como a um

judiciário que tem como prioridade a apresentação de resultados econômicos e não de justiça social, como argumenta em seus pronunciamentos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil e Normas Correlatas. Brasília, 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 29/02/2024.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 1974. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em 29/02/2024.

ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que anda aceitar o “é ruim, mas eu gosto”? in: **Medidas Executivas Atípicas**. Eduardo Talamini e Marcos Youji Minami (Coords.). São Paulo: Juspodvm, 2023. v 3.

CAETANO, Marcelo Miranda. Atipicidade dos meios executivos. In: **Medidas Executivas Atípicas**. Eduardo Talamini e Marcos Youji Minami (Coords.). São Paulo: Juspodvm, 2023. v 3.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos. in: **Medidas Executivas Atípicas**. Eduardo Talamini e Marcos Youji Minami (Coords.). São Paulo: Juspodvm, 2023. v 3. pp. 258-262.

CARVALHO FILHO, Antônio; SOUSA, Diego Crevelin de; PEREIRA, Mateus Costa. **Réquiem às medidas judiciais atípicas nas execuções pecuniárias**. Londrina: Editora Thoth, 2020.

CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. As medidas executivas atípicas e a retórica do esgotamento dos meios típicos. **Revista Empório do Direito**. 21 set. 2020. Disponível em <https://emporiiododireito.com.br/leitura/80-as-medidas-executivas-atipicas-e-a-retorica-do-esgotamento-dos-meios-tipicos>. Acesso em 28/07/2022.

LAMÊGO, Guilherme Cavalcanti. Risco da execução e direitos fundamentais do credor. In: **Medidas Executivas Atípicas**. Eduardo Talamini e Marcos Youji Minami (Coords.). São Paulo: Juspodvm, 2023. v 3.

LEMOS, Vinicius Silva. A penhora e sua função neutralizadora ao art. 139, IV do CPC e as medidas atípicas. In: **Medidas Executivas Atípicas**. Eduardo Talamini e Marcos Youji Minami (Coords.). São Paulo: Juspodvm, 2023. v 3.

MINAMI, Marcos Youji. Uma justificativa às medidas executivas atípicas - vedação ao *non factibile*. In: **Medidas Executivas Atípicas**. Eduardo Talamini e Marcos Youji Minami (Coords.). São Paulo: Juspodvm, 2023. v 3.

METODOLOGIA DE JULGAMENTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROPOSTA NO ARE 1309642: UMA ANÁLISE A PARTIR DO MODELO DEMOCRATIZANTE DE PROCESSO

Alexandre de Castro Catharina ¹

Eixo Temático: GT6: Direitos Fundamentais e Métodos Processuais

RESUMO

O trabalho propõe uma reflexão sobre a metodologia de julgamento adequada para formação de precedentes judiciais. A instituição de precedentes judiciais obrigatórios no CPC/15 exige a construção gradativa de uma teoria da decisão judicial, na prática judiciária brasileira, que possibilite o aperfeiçoamento contínuo das técnicas de formação, aplicação e revisão dos provimentos jurisdicionais vinculantes. Entretanto, é essencial estabelecer procedimentos decisórios democratizantes que proporcione a construção dialógica dos precedentes judiciais. O diálogo entre órgãos judiciais e a participação efetiva dos sujeitos processuais e interessados é imprescindível não somente para formação dos precedentes judiciais, mas principalmente nos procedimentos de revisão e superação. Diante da premissa acima, o trabalho tem como objetivo analisar a metodologia de julgamento empregada no ARE 1.309.642 e se essa metodologia pode ser aplicada nos demais procedimentos concentrados para formação, revisão e superação de precedentes. O estudo conclui que a referida metodologia é perfeitamente aplicável, de *lege lata*, nos mencionados procedimentos decisórios. A abordagem do estudo é indutiva e a metodologia de pesquisa utilizada é qualitativa-documental, mais especificamente por meio da análise de decisões judiciais.

Palavras-chave: Precedentes judiciais. Participação. Modelos processuais.

INTRODUÇÃO

O trabalho tem como escopo analisar a metodologia de julgamento utilizada no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1309642, no âmbito do Plenário do Supremo Tribunal Federal, e a sua importância como parâmetro para condução de procedimentos concentrados voltados para formação de precedentes qualificados, com ampla repercussão social e jurídica, no contexto dos tribunais superiores.

¹ Pós-Doutor em Direito pela UERJ. Professor Permanente do PPGD UNESA. Professor Adjunto do Departamento de Ciências Jurídicas do IM-UFRRJ-NI, alexandre.catharina@hotmail.com.br, <http://lattes.cnpq.br/4302536084183986>

Pretende-se, com efeito, refletir sobre a metodologia de julgamento de casos que ensejarão precedentes judiciais nos tribunais superiores, mais especificamente na atividade judicante do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais regionais e locais, observando o contraditório efetivo e a participação consistente por meio de debates qualificados que deverão ser, necessariamente, considerados no processo decisório.

O problema de pesquisa que norteará a reflexão apresentada no trabalho é no sentido de que importantes julgamentos que formarão precedentes qualificados, em sua significativa maioria, não consideram efetivamente os argumentos das partes e dos *amici curiae*. Tal fato decorre do volume de processos que compõe o acervo do Poder Judiciário, dentre outras variáveis, que contribuiu para instituir uma metodologia de julgamento em que os votos são elaborados antes mesmo da sessão de julgamento, tornando ineficaz o debate levado a efeito na sessão de julgamento.

Embora o julgamento considere as razões recursais e suas respectivas contrarrazões, é certo que o refinamento da *ratio decidendi* ou tese jurídica a ser firmada será mais depurada com maior lastro argumentativo promovido em sessões voltadas exclusivamente para os debates orais promovidas pelas partes e *amici curiae*. É nesse sentido que o estudo se justifica. A metodologia da cisão de julgamento na formação de precedentes judiciais com ampla repercussão e relevância jurídica, incorporando o maior número de argumento possível dos participantes da sessão de debates, confere maior legitimidade ao modelo de precedentes em desenvolvimento no Brasil.

O objetivo geral é compreender a metodologia proposta no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1309642 e sua dimensão em relação ao contraditório efetivo e a democratização do processo decisório. Os objetivos específicos concernem em refletir sobre a possibilidade aplicar a metodologia empregada no julgamento acima nos procedimentos de formação de precedentes com ampla repercussão social e jurídica no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais regionais e locais.

A metodologia de pesquisa empregada no trabalho é qualitativa-documental com base na análise do voto condutor do Ministro Luís Roberto Barroso, que instaurou a nova metodologia da Corte, nos casos que tenham como objeto questão jurídica complexa e relevância social. A análise dos argumentos apresentados nos permitirá inferir se é possível estabelecer parâmetros para aplicação da metodologia na dinâmica de julgamento do STJ e tribunais locais em julgamento de procedimentos concentrados (IRDR e IAC).

Além da pesquisa empírica, a metodologia da revisão bibliográfica, com ênfase nos trabalhos que se debruçaram sobre metodologia de julgamento no modelo de precedentes vigente, nos permitirá avançar no enfrentamento do problema de pesquisa e formulação de hipóteses.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE PRECEDENTES JUDICIAIS NO CPC/15

O Código de Processo Civil de 2015 buscou instituir um ordenamento processual que propicie o tratamento célere e equânime das demandas judiciais, com maior isonomia e segurança jurídica. Nesse contexto, para evitar posicionamentos diferentes e incompatíveis dos Tribunais acerca da mesma norma jurídica o código criou procedimentos para uniformização e estabilização da jurisprudência (art. 926).

Diferente do que ocorreu nos países que adotaram o *common law*, a uniformização e estabilização da jurisprudência foi estruturada, no Brasil, por precedentes judiciais qualificados determinados previamente pelo CPC/15. O art. 927² dispõe sobre um rol de decisões judiciais proferidas pelos Tribunais que, por sua natureza, são fortemente vinculantes. Trata-se, portanto, de precedentes obrigatórios (Marinoni, 2010) com natureza distintas e oriundos de procedimentos diversos, o que exige a construção de uma

² I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

teoria dos precedentes no Brasil como também a reformulação do conceito de jurisprudência.

Portanto, a adequada funcionalidade do modelo de precedentes obrigatórios disposto no CPC/15 requer o aprofundamento dos estudos em pelo menos duas perspectivas distintas, quais sejam, o delineamento conceitual sobre o que será considerado precedente judicial no Brasil e quais são os órgãos judiciais competentes para sua edição, revisão e superação.

A interpretação literal do art. 927 indica que são considerados precedentes judiciais obrigatórios: a) decisões judiciais proferidos em procedimentos concentrados do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça (incisos I e III), b) enunciados de súmulas vinculantes (inciso II), c) enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (inciso IV) e d) orientações do plenário ou dos órgãos especiais (inciso V).

Para o escopo do trabalho, pode-se conceituar precedente judicial como uma decisão judicial editada pelos Tribunais superiores que, a partir da apreciação de um determinado caso, inova no ordenamento jurídico ou atribuiu novo sentido ao direito. Com efeito, o código eleva à condição de precedente obrigatório provimentos jurisdicionais outros como enunciados de súmulas, vinculante ou não, o que demanda maior ponderação em relação ao delineamento conceitual. Há importantes trabalhos no sentido de delimitar o conceito de precedente judicial obrigatório (Marinoni, 2017; Nogueira, 2017; Mendes, 2021; Almeida, 2022), porém adota-se no trabalho a conceituação de Mitidiero (2017) que propõe uma diferenciação entre jurisprudência uniformizadora e precedente judicial.

Para o autor, a jurisprudência uniformizadora, diferente do conceito tradicional de jurisprudência, depende de forma específica, independe de uniformização e é obrigatória. O entendimento fixado no julgamento de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ou memos o julgamento de um Incidente de Assunção de Competência. Não inova na ordem jurídica, mas uniformiza e estabiliza determinada interpretação da norma jurídica. Precedente, com efeito, é um conceito qualitativo, material e funcional. Destarte,

pode-se dizer que o art. 927 disse menos do que deveria, pois pode ser considerado precedente judicial um acórdão do Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial não repetitivo.

Em relação à competência dos Tribunais para edição de precedentes judiciais obrigatórios, a interpretação sistemática dos arts. 332, 489, §1º, 926 e 927 do Código de Processo Civil indica que os Tribunais superiores são competentes para edição, revisão e superação de precedentes judiciais. No âmbito do processo civil, a competência para edição de precedentes judiciais é do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Para Marinoni (2017) e Mitidiero (2017) os referidos Tribunais são Cortes de Precedentes, sendo atribuída aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais a função de Cortes de Justiça, cuja atuação é voltada para controle das decisões proferidas no âmbito do primeiro grau e a promoção da justiça no caso concreto.

Nesse contexto, as Cortes Supremas, na compreensão dos autores mencionados, têm a função de correção, controle das decisões judiciais proferidas no território nacional, e a função de formação, revisão e superação de precedentes judiciais. É nessa segunda perspectiva que o trabalho está inserido. É imperioso estabelecer procedimentos dialógicos que confirmem maior legitimidade democrática aos precedentes judiciais editados pelos Tribunais superiores e o julgamento do ARE 1309642 é um significativo passo.

2. PROCEDIMENTOS CONCENTRADOS PARA FORMAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS

O CPC institui formalmente um rol de decisões judiciais consideradas precedentes judiciais obrigatórios e editadas por meio de procedimentos concentrados voltados para tal finalidade, conforme foi mencionado acima. Pode-se afirmar, nesse contexto, que os procedimentos do controle da constitucionalidade, edição de súmulas vinculantes, julgamento dos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas e a dinâmica de julgamento de recursos excepcionais repetitivos são, em essência, metodologias para formação, revisão e superação de precedentes obrigatórios.

Mesmo no período anterior à vigência do CPC/15 os referidos procedimentos concentrados formaram significativos precedentes judiciais acerca dos direitos fundamentais, como a constitucionalidade das cotas raciais nas universidades públicas (ADPF nº 186), o reconhecimento da união homoafetiva (ADPF nº 132), entre diversos outros. No entanto, na vigência do CPC/15 se faz necessário aprofundar a compreensão da cláusula do devido processo legal de modo a conferir maior legitimidade à atividade criativa do Poder Judiciário.

É possível identificar no ordenamento processual vigente dispositivos legais que fundamentam e justificam a formação participativa (Theodoro Jr; Nunes; Bahia; Pedron, 2016) dos precedentes judiciais obrigatórios. A ampliação do escopo da atuação dos *amici curiae* (art. 138) é um dado significativo. O aprofundamento do debate no âmbito da jurisdição por meio da atuação dos *amici curiae* nos processos decisórios do controle da constitucionalidade foi relevante para concretização dos direitos fundamentais. Esse movimento foi determinante para o desenvolvimento do conceito de participação no processo civil (Temer, 2020) e para a formulação de um constitucionalismo difuso (Gomes, 2020) por meio do qual os movimentos sociais e a sociedade civil podem contribuir para melhor delineamento e interpretação do texto constitucional e concretização dos direitos fundamentais.

Em termos procedimentais, o art. 927, §2º, do CPC dispõe que a alteração da tese jurídica fixada em enunciado de súmula ou de julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e de participação de pessoas e órgãos que possam contribuir o aprimoramento da tese. Se a tese jurídica que se pretende alterar versar sobre direitos fundamentais a participação é condição de procedibilidade na perspectiva da cláusula do devido processo legal. O mesmo entendimento se aplica à regra que admite a manifestação de interessados para análise da repercussão geral (art. 1.035, §4º) e em relação à designação de audiência pública no julgamento de recursos excepcionais repetitivos (art. 1.038, II).

Apesar do referido tratamento normativo mencionado acima, a prática de formação de precedentes obrigatórios não possui, ainda, a abertura dialógica necessária, o que demonstra que ainda persiste traços da cultura jurídica processual, consolidada na

vigência dos códigos de 1939 e 1973, assentado no modelo solipsista de formação de jurisprudência no âmbito dos Tribunais. Ainda são raros os casos em que a formação de precedentes judiciais é precedida de densos debates entre sujeitos processuais e os segmentos da sociedade civil que serão afetados pelo julgamento da causa.

Trata-se, portanto, de aspecto crucial, do ponto de vista teórico e prático, para o desenvolvimento do sistema de precedentes obrigatórios que está em construção no Brasil. Diante da importância do tema, a Recomendação nº 134 do Conselho Nacional de Justiça destacou a necessidade observar construção dialógica das decisões judiciais paradigmáticas em seu art. 32, vejamos:

Art. 32. No sistema de processos paralelos adotado no Brasil, trabalhe-se, por um lado, dentro de uma lógica de precedente, com o respectivo efeito vinculativo, e, por outro, com a possibilidade de participação e influência por parte dos interessados, bem como ainda com a intervenção necessária do Ministério Público.

Parágrafo único. A oportunidade de manifestação das partes e interessados, especialmente considerados os titulares de direitos que possam ser afetados pelo efeito vinculativo do precedente, deve ser considerado ponto fundamental para a legitimação do procedimento modelo estabelecido no ordenamento brasileiro.

Há, portanto, no ordenamento processual vigente normas jurídicas, no âmbito constitucional e infraconstitucional, que fundamentam a obrigatoriedade da construção dialógica de precedentes judiciais obrigatórios, principalmente que o a causa versar sobre direitos fundamentais. O julgamento do ARE 1309642 corrobora a hipótese apontada acima, conforme será abordado abaixo.

3. O JULGAMENTO DO ARE 1309642 E O DESENVOLVIMENTO DE UMA METODOLOGIA DEMOCRATIZANTE PARA FORMAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS.

O Agravo em Recurso Extraordinário nº 1309642 foi interposto Maria Cecília Nispeche da Silva contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que considerou constitucional o art. 1.641, II, do Código Civil e estendeu sua aplicação às uniões estáveis. O referido dispositivo prevê a obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento de pessoa maior de setenta anos. A repercussão geral foi devidamente

reconhecida pelo Plenário. A matéria fática discutida nos autos se relaciona com postulação da Companheira, em união estável, postular participação na sucessão de seu falecido companheiro em igualdade de condições com os herdeiros necessários.

Em relação ao mérito do recurso, duas questões foram postas para a efetiva solução, quais sejam: (i) a constitucionalidade do dispositivo que impõe o regime da separação de bens aos casamentos com pessoa maior de setenta anos; e (ii) a aplicação dessa regra às uniões estáveis.

Ingressaram como *amici curiae* as seguintes entidades e instituições: Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Ministério Público do Estado de São Paulo - MPSP, Associação de Direito de Família e Sucessões – ADFAS, Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB e a Defensoria Pública da União – DPU.

Após os debates e apresentação dos votos dos Ministros a Corte fixou a seguinte tese jurídica (Tema 1.236): *Nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no art. 1.641, II, do Código Civil pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública.* A questão principal discutida nos autos foi a preservação da autonomia das pessoas idosas como núcleo mínimo da dignidade da pessoa humana.

O julgamento do recurso foi incluído na pauta do dia 18/10/2023 da Suprema Corte, mas a apreciação do mérito foi suspensa em razão da proposta de adoção de nova metodologia de julgamento baseada no fracionamento das etapas decisórias. Primeiro a leitura do relatório e sustentações orais das partes e dos *amici curiae* e, em sessão futura, a apresentação dos votos dos Ministros. Trata-se, nas palavras do Relator Ministro Luís Roberto Barroso, de um experimento metodológico aplicado em questões novas, juridicamente complexa e socialmente relevantes. Em casos dessa envergadura, se faz necessária a organização dos debates de modo a permitir que sejam considerados os argumentos de todos os interessados e densificar o debate antes do julgamento.

O Ministro Relator reconheceu que a metodologia tradicional, em que os Ministros já estão com os votos prontos antes mesmo das sustentações orais, é inadequada

para a formação de precedentes judiciais que tratem de tema jurídico complexo e socialmente relevante. É um relevante passo no sentido da democratização dos processos decisórios que ensejarão precedentes judiciais obrigatórios.

O Ministro Edson Fachin aderiu à metodologia registrando os seguintes argumentos:

Presidente, cumprimento Vossa Excelência, a Ministra Cármen Lúcia e os eminentes Pares. Peço apenas licença para saudar essa metodologia que, já neste primeiro caso, em sustentações orais, está se revelando bastante proveitosa e frutífera.

Em vez de iniciarmos os julgamentos com formações cognitivas já realizadas, iniciamos o julgamento com dúvidas e interrogações cujas respostas vão ser buscadas não apenas nos autos, cujo exame primeiro já fizemos, na revisita aos autos e no prestigiamento das sustentações orais, como tivemos hoje aqui com elegância e firmeza, em sentidos obviamente opostos.

De um lado, Presidente, não é apenas uma inovação metodológica que merece os nossos cumprimentos, mas, de outro, ainda mais importante, creio que o conceito de causa madura, do amadurecimento da controvérsia, ganha bastante espaço.

Por exemplo, no dia de hoje, todos nós aqui ouvindo as sustentações orais, certamente iremos buscar o desempenho do respectivo ônus argumentativo, para mostrar se estamos diante de uma restrição à autonomia privada desproporcional, ou se ela é adequada.

Quem sustenta a constitucionalidade certamente se empenhou em mostrar que ela é adequada. Quem sustenta a inconstitucionalidade procurou se empenhar em demonstrar a incompatibilidade dessa regra diante da tábua normativa de princípios e, portanto, de normas que estão na Constituição.

É certo, portanto, que a metodologia empregada no julgamento do ARE 1309642 deve ser aplicada nos procedimentos concentrados de formação de precedentes judiciais obrigatórios, como também no julgamento de recursos extraordinários, repetitivos ou não, sempre em que o objeto do recurso ou da ação constitucional inove na ordem jurídica, seja juridicamente complexa e socialmente relevante. São parâmetros claros para aplicação da metodologia pelo relator ou requerido pelas partes ou interessados. Cuidasse, com efeito, de uma metodologia que deve ser empregada, necessariamente, quando os parâmetros mencionados acima estiverem presentes, cabendo, inclusive, alteração do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Não significa dizer que a metodologia proposta no caso concreto em análise irá

resolver as questões complexas como julgamento por unanimidade com dispersão dos fundamentos determinantes, o que impede identificar um posicionamento convergente da Corte, entre outros, mas exige maior coerência e ônus argumentativo dos Ministros em relação ao afastamento dos argumentos das partes e dos *amici curiae*, o que é, sem dúvida, um passo concreto na democratização do procedimento e controle público de processos decisórios.

A questão que se coloca a partir da análise da metodologia empregada no âmbito da jurisdição constitucional é a seguinte: é possível sua adoção nos procedimentos concentrados levados a efeito no Superior Tribunal de Justiça e nos Tribunais regionais e locais? A resposta é positiva, inclusive de *lege lata*. O modelo de precedentes judiciais obrigatórios não prescinde da efetiva participação dos sujeitos processuais e de interessados na formação de decisões judiciais com força vinculante.

No julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas o relator, nos termos do art. 983 do CPC, ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. Na sistemática de julgamento de recursos excepcionais repetitivos o relator poderá fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento.

Os dispositivos mencionados acima devem ser aplicados, necessariamente, se estiverem presentes os parâmetros estabelecidos na metodologia empregada pelo STF, ou seja, a possibilidade de inovação, a complexidade jurídica da questão a ser julgada e, por fim, a relevância social da resolução do caso. É evidente que o excesso de participação de interessados poderá, em alguns casos, dificultar a adequada marcha processual, mas nas questões complexas e estruturais, o amplo debate é condição de procedibilidade e legitimidade democrática.

Nesse contexto, a discussão sobre formação e legitimidade dos precedentes

j

judiciais são objetos da teoria da decisão judicial e da teoria dos precedentes judiciais em construção no Brasil (Catharina, 2023). Há importantes fatores a serem considerados, como vieses cognitivos (Nunes; Lud; Pedron, 2022) e uso de inteligência artificial no âmbito dos tribunais superiores, que demandam maior controle e participação. A partir da premissa acima, o aprofundamento do contraditório efetivo realizado através de uma metodologia de julgamento democratizante é essencial para conferir legitimidade ao modelo de precedentes em desenvolvimento no Brasil.

É imprescindível para a teoria dos precedentes em construção no Brasil considerar os aportes da teoria normativa da comparticipação (Theodoro Jr; Nunes; Bahia; Pedron, 2016) e as dimensões democratizantes do processo (Catharina, 2019) e a metodologia empregada no julgamento do ARE 1309642 é um dado empírico importante nesse sentido.

Em pesquisa empírica realizada anteriormente, identificou-se que o aprofundamento da democratização do processo decisório é vital para o adequado dimensionamento de precedentes judiciais com intenso impacto social (Catharina, 2023) e para a efetivação dos direitos fundamentais.

Entretanto, em razão da ausência de uma maior sistematização dos mecanismos de participação e influência em procedimentos concentrados para a formação de precedentes judiciais obrigatórios, a intensidade da democratização do processo decisório ainda depende do perfil do relator e da sua percepção acerca da necessidade de abertura dialógica, elementos subjetivos que não se alinham com o modelo normativo decisório proposto pelo CPC/15. Há, por conseguinte, de se estabelecer parâmetros claros e objetivos que devem ser aplicados, independente do perfil do relator, no julgamento das demandas que envolvam complexidade jurídica e tenha relevância social. A metodologia de julgamento proposta pelo Presidência do Supremo Tribunal Federal no ARE 1309642 é um passo essencial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os aspectos normativos e práticos relativos à formação de precedentes judiciais

obrigatórios analisados acima são elementares para a adequada aplicação do modelo decisório vinculante. O delineamento conceitual acerca das decisões que são consideradas precedentes judiciais obrigatórios, e a sua distinção em relação à jurisprudência uniformizadora aos demais provimentos jurisdicionais vinculantes, se faz necessário para estabelecer graus e intensidade da participação em sua formação.

As causas que não tenha elevada complexidade jurídica e a relevância social não significativa, a dimensão participativa pode ser menos intensa. Por outro lado, as causas que, pela sua natureza, são complexas e com grande relevância social requerem mais densidade participativa. Importante considerar que a definição acerca da maior ou menor complexidade jurídica ou mesmo a relevância social de determinada demanda é construída pelos sujeitos processuais em participação, ou seja, decorre do amadurecimento do debate entre o juízo, as partes e interessados. Essa construção dialógica requer o aprimoramento dos integrantes das carreiras jurídicas, em especial a advocacia que é essencial para dinâmica de revisão e superação dos precedentes judiciais obrigatórios.

É certo que o modelo vinculante disposto no Código de Processo de 2015 tem como seus principais fundamentos a racionalidade da administração da justiça, segurança jurídica e isonomia no tratamento de questões idênticas. No entanto, a fixação de teses jurídicas não se limita à gestão de processos. Ao contrário, possibilita o desenvolvimento do direito de forma coerente, íntegra e estável, o que é elementar em um Estado Democrático de Direito.

Os resultados parciais da pesquisa apontam para um certo déficit democrático na formação de precedentes qualificados, considerando que o procedimento para a formação de teses jurídicas no período de vigência do CPC/15, em proporção significativa, não é precedido de um amplo debate com os atores sociais envolvidos. Repensar uma metodologia de julgamento democratizante é essencial para justificar o modelo decisório vinculante em implementação no Brasil. O debate que engendrou a criação de uma nova metodologia de julgamento no Agravo em Recurso Extraordinário nº 1309642 é um importante passo na consolidação de um modelo democratizante de formação, revisão e superação de precedentes judiciais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcelo Pereira. **Precedentes judiciais**: análise crítica dos métodos empregados no Brasil para solução das demandas de massa. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2022.

CATHARINA, Alexandre de Castro. Teoria da decisão judicial e o Código de Processo Civil de 2015: Breves reflexões. **Revista Da Faculdade De Direito Da Universidade Federal De Uberlândia**, 51(2). 2024. Disponível em <https://seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/67706>. Acesso em 04/05/2024.

_____. **Movimentos sociais e a construção dos precedentes judiciais**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2023.

_____. As dimensões democratizantes do CPC/2015 e seus impactos na cultura jurídica estabelecida. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, [S. l.], v. 14, n. 2, p. e32849, 2019. DOI: 10.5902/1981369432849. Disponível em <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32849>. Acesso em 10/11/2023.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Por um constitucionalismo difuso**: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição. 2ª ed, revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Julgamento nas cortes supremas**: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Jurisprudência e precedentes no Direito Brasileiro: panorama e perspectivas. **Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ**, Rio de Janeiro, RJ, v.22, n. 3, set/dez, 2021. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/62252>. Acesso em: 01/05/2024.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes judiciais**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2ª ed, revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2017.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**: um estudo sobre vieses cognitivos, o ruído, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. 3ª ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

TEMER, Sofia. **Participação no processo civil**: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Podivm, 2020.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

O RACISMO AMBIENTAL E A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DO DIREITO A UMA VIDA DIGNA: O CASO DO LIXÃO DE JARDIM GRAMACHO

Vanessa Dupheim¹
Fidelis Chaves Rangel²
Larissa Maria de Souza³

Eixo Temático: GT6: Direitos Fundamentais e Métodos Processuais

RESUMO

O Direito analisado pelo prisma do racismo ambiental em suas fases de elaboração jurídica, na condição de violação/concretização de direitos fundamentais e garantia a um trabalho digno. Salientamos objetivos específicos: estabelecer um parâmetro conceitual e histórico para o termo “racismo ambiental” no Brasil, com base na legislação e na doutrina, identificar os direitos fundamentais neste caso concreto relacionado ao racismo ambiental; relacionar os principais atores e/ou instituições que atuaram/atua no caso do Lixão citado e as eventuais responsabilidades; compreender a forma como se dá a polarização/multipolarização no contexto; relacionar os principais conflitos/demandas existentes e os meios adequados para a sua solução (judiciais ou extrajudiciais). indicar os caminhos a serem trilhados para alcançar uma vida digna em prol da população em análise. A problemática das Cooperativas e Associações de trabalhadores se fez presente e o campo das disputas entre Poder Público e políticas jurídicas funcionam como objeto de análises pela pesquisa quantitativa, qualitativa e empírica. Um vasto referencial com alguns destaques como: Ana Paula de Barcellos, Henri Acelrad, Júlia Di Spagna. E como conclusão parcial desta pesquisa, importância de se refletir sobre direitos fundamentais nos dias de hoje, principalmente para o povo brasileiro que vive numa realidade de enormes contrastes sociais.

Palavras-chave: Racismo Ambiental. Lixão de Jardim Gramacho. Direitos fundamentais. Responsabilidades do Poder Público. Resolução de Conflitos Socioambientais.

¹ Doutoranda em Direito Público pela UNESA/RJ com ênfase em Acesso à Justiça e Efetividade do Processo, Mestre em Relações Etnicorraciais pelo Centro Federal de Educação Celso Suckow da Fonseca (CEFET/RJ). Bacharel em Direito pela UNESA/RJ. Licenciado em História pela FAHUPE, vdupheim@gmail.com. <https://lattes.cnpq.br/5375099402770624>.

² Mestrando em Direito Público pela UNESA/RJ com ênfase em Acesso à Justiça e Efetividade do Processo. Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo CERS/PE. Bacharel em Direito pela UNESA/RJ. Licenciado em Matemática pela UFF, fidelisrangel@gmail.com. <https://lattes.cnpq.br/6177863141181839>

³ Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro/UERJ. Bacharel em Direito pela UNESA/RJ, l.mariadesouza@outlook.com. <https://lattes.cnpq.br/2630785902894504>.

INTRODUÇÃO

O artigo apresentado tem base na Ciência Jurídica e possui, como tema de fundo da pesquisa, o racismo ambiental, em uma abordagem inicial que visa a conceituação e delimitação da população afetada no Brasil. Essa questão central está normalmente relacionada a negros, à população de baixa renda, a indígenas, a quilombolas e a ribeirinhas que sofrem com a degradação ambiental e a violação de seus direitos territoriais, sendo expostas a condições ambientais prejudiciais, como poluição, queimadas, contaminação da água, enchentes e deslizamentos.

Como desdobramento, apresentamos para compreensão deste fenômeno, o Princípio 10 da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - a ECO 92, realizada na cidade do Rio de Janeiro, no ano de 1992, juntamente com o questionamento de como expressão “racismo ambiental” é tratada pela doutrina e se encontra reconhecimento pelo Poder Público, a exemplo da manifestação do representante do Brasil na 26ª Conferência da Organização das Nações Unidas sobre Mudança Climática - a COP26, realizada na cidade de Glasgow, no ano de 2021.

No presente trabalho, o campo de análise do racismo ambiental é delineado por meio do estudo do caso de despejo de resíduos tóxicos em áreas habitadas por comunidades negras e de baixa renda, como ocorreu no Lixão de Jardim Gramacho (atualmente denominado de Aterro Metropolitano), no Estado do Rio de Janeiro. Como cediço, esse local recebeu durante décadas toneladas de lixo sem tratamento adequado e afetou a saúde e a qualidade de vida dos moradores. Nesse escopo, a delimitação da amostragem no espaço e no tempo está circunscrita à análise da evolução do caso naquele local, a contar do ano de 2012, quando houve o fechamento do Lixão.

A busca por uma vida digna é certamente o ideal para todo ser humano consciente, mas essa concepção varia de pessoa para pessoa. Nas circunstâncias do caso em estudo, faz-se mister descobrir e revelar qual seria a concepção de vida digna para a população afetada pelo Lixão, sendo esse um ponto relevante do debate relativo a direitos humanos na atualidade. Diversas são as dificuldades enfrentadas por essa população, após mais de dez anos do fechamento do Lixão, antiga fonte de renda de muitos catadores de lixo do

local. Mas o que mudou? Qual a participação do Poder Público na evolução do caso e eventual melhoramento das condições de vida dessa população, considerando os termos da Resolução CG/FPC Nº 02/2012?

E, com o avanço da pesquisa, outras perguntas vieram à baila para saber se houve cumprimento das promessas feitas pelo Poder Público, nos termos da Resolução CG/FPC Nº 02/2012? Além disso, surgiram inquietações também sobre as responsabilidades elencadas, quais sejam: de quem é a responsabilidade pelos danos suportados pelos catadores de lixo do antigo “Lixão”? De que forma o Poder Público pode ser acionado para colocar em prática os deveres estabelecidos pela citada Resolução para garantir as condições mínimas de vida no lugar? Quais as consequências jurídicas e legais para o descumprimento dessa norma? E os métodos processuais: quais os tipos de demanda que estão sendo levados ao Poder Judiciário nesse caso?

Além do Poder Público, faz-se imperioso descobrir se há, no local, representatividade organizada, como Associação de moradores. E da mesma forma, cabe analisar se essa população conta com o auxílio da sociedade civil, do engajamento de movimentos sociais ou de Organizações não governamentais para a resolução dos problemas encontrados.

O objetivo geral da pesquisa é analisar o racismo ambiental como um paradigma teórico-epistemológico, em suas fases de elaboração jurídica, estabelecido na condição de violação/concretização de direitos fundamentais.

Os objetivos específicos são: a) estabelecer um parâmetro conceitual e histórico para o termo “racismo ambiental” no Brasil, com base na legislação e na doutrina? b) identificar os direitos fundamentais envolvidos no caso concreto e a sua relação com o racismo ambiental; c) relacionar os principais atores e/ou instituições que atuaram/atua no caso do Lixão de Jardim Gramacho e as eventuais responsabilidades; d) compreender a forma como se dá a polarização/multipolarização no contexto citado; e) relacionar os principais conflitos/demandas existentes e os meios adequados para a sua solução (judiciais ou extrajudiciais). f) indicar os caminhos a serem trilhados para alcançar uma vida digna em prol da população em análise.

1. A ORIGEM DO TERMO “RACISMO AMBIENTAL”

Inicialmente, torna-se necessário elucidar que a expressão “racismo ambiental” foi utilizada pela primeira vez na década de 1980, ao ser proferida pelo Dr. Benjamin Franklin Chavis Jr.⁴, líder do movimento de direitos civis das pessoas negras nos Estados Unidos.

Isto porque, o Dr. Benjamin Franklin Chaves Jr., observou que o Governo Estadual decidiu implantar um depósito de resíduos tóxicos na região de Warren, localizado na Carolina do Norte, cuja população de dezesseis mil habitantes era de maioria negra, que viviam em condições de extrema pobreza.

Muito embora Warren não fosse o único local a sofrer com o direcionamento deliberado de material nocivo à saúde, o caso ganhou destaque em razão dos protestos. Desta forma, segundo a luta antirracista estadunidense, o combate à discriminação não poderia se resumir somente a pautas de inserção e igualdade social, posto que, o direito ao meio ambiente também se tratava de um direito basilar tão fundamental quanto a própria vida.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO CONSTITUCIONAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

O que se entende por direitos fundamentais na atualidade, nada mais é do que um reflexo do período histórico promovido pelas ideais iluministas influenciadas pelo Bill of Rights, de 1689, a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787 e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Além disso, com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro 1948, promoveu-se o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da

⁴ <<https://www.invivo.fiocruz.br/sustentabilidade/racismo-ambiental/>>

família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis, que é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Neste prisma, observa-se que é impossível falar de direitos fundamentais, sem citar a triangulação de gerações, brilhantemente pensada por Karel Vasak. Isto porque, o jurista entendeu que direitos fundamentais são construídos através dos diferentes contextos históricos e se moldam de acordo com as necessidades de cada época e assim, deveriam ser separados em gerações. Vejamos abaixo breve caracterização dos direitos de primeira, segunda e terceira geração:

Os direitos de primeira geração, tem como marco as revoluções liberais do século XVIII e estão ligados aos direitos civis e políticos. Os direitos de segunda geração, por sua vez, nasceram a partir do início do século XX e compõem-se dos direitos de igualdade sejam econômicos, sociais e culturais. Já os direitos de terceira geração, são os direitos difusos e coletivos, dentre eles, destaque-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No Brasil, a Constituição da República, promulgada em 1988, conhecida popularmente por ser a Constituição “Cidadã” asseverou que todo cidadão brasileiro, seja nato ou naturalizado, tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mais especificamente em seu art. 225, vejamos:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Por outro lado, deve ser esclarecido que, em que pese, o meio ambiente não esteja discriminado no rol do artigo 5º da CF, sabe que ele é considerado um direito fundamental.

A congruência entre o racismo e meio ambiente, no Brasil, somente ganhou destaque após o desastre de Mariana (2015), em Minas Gerais, após ser vislumbrado que 84,5% das vítimas desta calamidade eram pessoas que, em sua maioria, eram negras.

Sob este prisma, convém citar, Thula Rafaela de Oliveira Pires e Virginia Totti Guimarães (2016, p. 3), que narram que o pensamento ecológico conservador difundiu a crença de que os danos ambientais são compartilhados universalmente, em virtude dos efeitos globais gerados pela não preservação dos recursos naturais.

Por outro lado, Camila Doretto⁵ em seu artigo, “Quem mais sofre os impactos da crise do clima nas cidades?” elucida que os impactos ambientais nas cidades são socialmente produzidos: não são apenas fruto de eventualidades climáticas. No entanto, a distribuição de suas consequências se dá de forma desigual no território urbano. Esse desequilíbrio é, em parte, a expressão da injustiça socioambiental e do racismo ambiental nas cidades.

3. O PRINCÍPIO 10 DA ECO 92 E A MANIFESTAÇÃO DE REPRESENTANTE DO BRASIL NA COP 26

Ato contínuo, o pensar meio ambiente mundialmente de acordo com a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, de 3 a 14 de junho de 1992, a ECO-92, ocorreu reafirmando a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, adotada em Estocolmo em 16 de junho de 1972, em seu princípio número 10, a melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados.

Na ECO-92, o documento final possui 27 (vinte e sete) princípios, contudo colocaremos luz apenas ao Princípio 10 que estabelece o compromisso dos governos em garantir aos cidadãos a participação social, o acesso à informação e o acesso à Justiça em questões ambientais.

Isto porque, no nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas,

⁵ Jornalista do Greenpeace Brasil atuante na pauta de Clima e Justiça, ativista e apresentadora do podcast "As Árvores Somos Nozes".

inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios.

Deste modo, os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. E assim, será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.

A manifestação de representante do Brasil na 26ª Conferência das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, realizada na cidade de Glasgow, no ano de 2021, depois de 20 (vinte) meses de Pandemia é digna de menção positiva, quando o movimento negro presente lançou um manifesto contra o racismo ambiental, contendo mais de 220 (duzentas e vinte) assinaturas de membros da sociedade civil, pesquisadores negros.

A contribuição deste representante, Diosmar Filho (2021), geógrafo e pesquisador do IYALETA, temos: “... Precisamos estabelecer um cuidado com o planeta, um cuidado do ponto de vista da humanidade. E nossa humanidade envolve combater o racismo em sua dimensão ambiental para garantir à população negra e indígena, os direitos”.

Neste contexto, corrobora Cris Faustino (2021), ativista negra, membro da Rede Brasileira de Justiça Ambiental e integrante da Coordenação Colegiada do Instituto Terramar, analisando que o racismo ambiental trata das relações de poder que atravessam os danos e degradação ambientais: “Refere-se a quem decide sobre a política e os pactos ambientais, sobre prioridades econômicas, sobre quem e como se pode usar e ocupar os territórios”.

4. O CASO CONCRETO - ATERRO METROPOLITANO DE JARDIM GRAMACHO

De acordo com o Portal de Educação Ambiental do Governo do Estado de São Paulo, aterro sanitário é uma infraestrutura projetada para a disposição final adequada de resíduos sólidos.

Trata-se, portanto, de um local apropriado e projetado para receber e tratar os resíduos de maneira segura e ambientalmente correta, pois são construídos mecanismo para evitar a contaminação do solo, da água e do ar.

No Brasil, a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS)⁶, somente foi sancionado em 2010 e estabeleceu um pacto nacional para a gestão do lixo produzido pela sociedade. Importante dizer ainda, que a gestão dos aterros sanitários deve seguir a norma ABNT NBR 8419/1992⁷.

Por outro lado, um lixão, ao contrário de um aterro sanitário, não possui qualquer regulamentação do Governo Federal, tampouco possui sistemas de drenagem de lixiviados (ou chorume), utilizados para coletar e tratar o líquido resultante da decomposição dos resíduos.

Sendo assim, a consequência lógica da ausência de fiscalização é a contaminação do solo, da água e o do ar.

Pois bem, após a explicação supra entre a diferença de aterro sanitário vs lixão, faz-se necessário mencionar que no de 1976 foi criado o Aterro Metropolitano de Jardim Gramacho (AMJG), para receber os resíduos sólidos dos municípios de Rio de Janeiro, Nilópolis, São João de Meriti e Nova Iguaçu, localizado no município de Duque de Caxias.

A ideia foi fruto de um convênio firmado entre as prefeituras desses municípios, a Fundação para o Desenvolvimento da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (FUNDREM) e a Companhia de Limpeza Urbana do Município do Rio de Janeiro (COMLURB), que recebeu um lote do Instituto de Colonização e Reforma Agrária (Incrá) para a implantação de um depósito de lixo.

⁶ <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm>

⁷<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.ipaam.am.gov.br/wp-content/uploads/2021/01/NBR-8419-92-Apresentacao-de-Projetos-de-Aterros-Sanitarios-de-Residuos-Solidos-Urbanos.pdf>.

Segundo o Ministério Público, nos autos da Ação Civil Pública, Processo nº 0001666-93.2012.4.02.5118⁸, o suposto aterro, situava-se à beira da Baía de Guanabara, confrontando-se ao norte com a própria Baía de Guanabara e ao sul com a foz do rio Sarapuí, em área de incidência de vegetação típica de manguezal.

De modo que, o local seria impróprio para o empreendimento, devido à plasticidade e ao coeficiente de formação do solo hidromórfico, com grande percentual de matéria orgânica e que inicialmente foram utilizadas técnicas operacionais próprias de aterro sanitário, contudo, com o escasseamento dos recursos e término da vida útil dos equipamentos o local foi transformado em lixão.

Além disso, considerando as constantes rachaduras em vários trechos do Aterro, era comprovada a iminência de um grave acidente ambiental, de modo que se verificou que o fechamento do Aterro não poderia se dar de forma gradual.

O “Lixão de Jardim Gramacho” como ficou popularmente conhecido. Singular pelas suas enormes montanhas de amontoados de lixo, foi considerado o maior lixão da América Latina, visto que ocupou uma área de 1,3 milhões de metros.

5. DO SALÁRIO PERCEBIDO PELA ATIVIDADE EXERCIDA E AS CONSEQUÊNCIAS DO TRABALHO LABORAL EM ÁREA INSALUBRE

Pois bem, durante o período em que o lixão ficou aberto, Marcelo Firpo de Souza Porto Denise Chrysóstomo de Moura Junca, Raquel de Souza Gonçalves, Maria Izabel de Freitas Filhote realizaram uma pesquisa onde apuraram que os rendimentos mensais dos catadores no período da aplicação do questionário, perfazia uma variação de R\$

⁸ RIO DE JANEIRO. 2ª Vara Federal de Duque de Caxias. Ação Civil Pública 0001666-93.2012.4.02.5118. Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Réus: COMPANHIA MUNICIPAL DE LIMPEZA URBANA – COMLURB, GAS VERDE S/A e INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE – INEA. Juiz(a): MARIANNA CARVALHO BELLOTTI. Rio de Janeiro. Disponível em <https://eproc.jfj.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&num_processo=00016669320124025118&eventos=true&num_chave=&num_chave_documento=&hash=aa643573f5fd94ef3c7e91739d308daf> Acesso em 07/05/2024.

100,00 (cem reais) a R\$ 1.300,00 (mil e trezentos reais), embora a média mensal seria de R\$ 363,00 (trezentos e sessenta e três reais).

Segundo a pesquisa, os catadores relataram problemas de pele (21,4%), acidentes (17,8%), problemas respiratórios (14,3%) e outros como pneumonia, problemas de coluna, alergia, dor de cabeça, desidratação, dor de estômago, hanseníase, hepatite, leptospirose, pressão alta e "problemas de nervo".

Ato contínuo, foi relatado que (71,7%) dos catadores mencionaram já terem se acidentado no ambiente de trabalho e dentre os 267 casos de acidentes mencionados, foi destacado os cortes com vidros (100).

Segundo os pesquisadores supracitados, a população de catadores seria formada basicamente por adultos compreendidos entre 18 anos e 75 anos de idade, enquanto o nível de escolaridade, quer se trate de homens ou mulheres, a maioria (90,0%) sabia ler e escrever, embora 23,0% apontassem dificuldades para tanto. Desse grupo, porém, foi relatado que apenas 6,4% concluíram o ensino fundamental, contra 1,8% que terminaram o ensino médio.

6. A REPRESENTATIVIDADE CIVIL ORGANIZADA: OS CATADORES DE LIXO DESTE ESTUDO DE CASO

No ano de 1996, foi realizada uma licitação pela COMLURB, passando a ser terceirizadas a administração, a manutenção e a fiscalização do Aterro Metropolitano de Jardim Gramacho.

Em 1997 foi fundada a COOPERGRAMACHO, cooperativa de trabalhadores que foi instalada em um terreno dentro do Aterro e localizado próximo à entrada deste.

Neste cenário temos dois marcos legais no Rio de Janeiro, relacionados à esta temática: a Lei nº 3755 de janeiro de 2002, sancionada e que autorizava o Poder Executivo a financiar e/ou subsidiar a formação de cooperativas com a finalidade de coletar

materiais inorgânicos passíveis de reciclagem e o Decreto 40. 645 de março de 2007, que instituiu a “coleta seletiva solidária”.

É importante destacar que as cooperativas de catadores de recicláveis potencializaram a coleta seletiva, e esta função existe até hoje, mesmo sendo um desafio no tocante à conscientização da maioria das pessoas para este tipo de separação de materiais.

Surge então um movimento de luta, de resistência contra iniquidades ambientais e por justiça ambiental naquele território, uma forma de resistência para defender o território e denunciar impactos e desigualdades ambientais e mais, lutar por mudanças necessárias frente à situações injustas. A luta contra o racismo ambiental.

Os catadores do Lixão de Jardim Gramacho foram inseridos na ordem capitalista da exploração da força de trabalho e consequentemente remuneração baixa, contudo muitos deles sustentavam suas famílias com esta atividade. E enfrentavam adversidades e situação de pobreza e/ou pobreza extrema.

Estes trabalhadores vislumbraram na organização, uma possibilidade de reconhecimento e consolidação de direitos adquiridos, passando a reivindicá-los não apenas pelo direito ao trabalho, mas pela capacidade de articulação e negociação com diversos setores da sociedade civil.

Assim surgiu a Associação dos Catadores do Aterro Metropolitano de Jardim Gramacho, a ACAMJG, um movimento coletivo de trabalhadores com cerca de dois mil catadores regulares, à época, entre catadores diurnos e noturnos.

A ACAMJG se fortaleceu ao longo de vários anos apesar de muitas pautas serem desafiadoras para esta associação, como por exemplo a dificuldade do Estado em reconhecer a representatividade destes catadores, ou o fortalecimento de uma rede de catadores como partícipes e incluídos em políticas públicas.

7. A INTERFACE PODER PÚBLICO E RACISMO AMBIENTAL NESTE ESTUDO DE CASO: A RESOLUÇÃO CG/FPC Nº 02/2012

Contextualizando o Aterro Metropolitano de Jardim Gramacho, em Duque de Caxias, teve início no ano de 1976, como vazadouro de lixo urbano e administrado pela COMLURB, até o ano de 1996.

E neste enquadramento há o surgimento de um território onde um quantitativo específico de trabalhador, o catador, era praticamente inexistente no local, antes de 1976. E com o passar dos anos, houve o surgimento de um coletivo de trabalhadores envolvidos nesta ação, os catadores de material reciclável.

Por catador, entendemos o trabalhador que exerce a atividade de “catação”, pois esta atividade pode ser desenvolvida de várias formas e lugares: ruas, galpões, cooperativas, aterros.

Importante ressaltar as palavras de Acserad (2009) sobre o pouco peso político, onde: “Importa destacar, ainda, o pouco peso político atribuído a setores da sociedade em relação às decisões que lhe afetam diretamente. Esse é um dos fatores que levam a situações de injustiça e racismo ambiental”.

Quando refletimos sobre a atuação do Poder Público relativo ao estudo de caso do Lixão de Jardim Gramacho, estamos refletindo sobre o papel deste frente à criação e execução de uma política pública voltada para a destinação final dos resíduos sólidos em forma de lixo.

Outra questão relacionada ao Poder Público surge à baila, quando refletimos sobre o quanto as políticas públicas investiram foco no debate sobre a coleta seletiva.

Nesta conjuntura o racismo ambiental diz respeito à um tipo de desigualdade e injustiças ambientais que recaíram/recaem sobre grupos sociais que vivem de forma vulnerabilizada.

E anos mais tarde, em relação ao poder público com relação ao fechamento deste Aterro, no tocante à responsabilização, destacamos a RESOLUÇÃO CG/FPC Nº 02/2012, pois sobre este dispositivo pelo inciso I, do artigo 4º da citada Resolução, e nos termos do Convênio nº 93/2006, foi “permitido” o pagamento de indenização aos catadores em função do encerramento das atividades do Aterro Sanitário de Jardim Gramacho.

8. A RELAÇÃO DE TRABALHO FRENTE A CIDADANIA

No tocante aos catadores de recicláveis no Rio de Janeiro, onde evidenciamos questões como trabalho e cidadania por informação obtida na reportagem de Cívia Mesquita, intitulada Mulheres catadoras: a busca por reconhecimento de quem coleta materiais, onde algumas entrevistas de mulheres trabalhadoras do setor de reciclagem que nos permite entender os desafios que a profissão ainda possui, vejamos:

O trabalho que coloca comida na mesa da família de Simone Roque do Nascimento, de 43 anos, é a reciclagem. A geração de catadoras do **Jardim Gramacho**, em Duque de Caxias, na Baixada Fluminense, começou com a avó ainda no antigo Lixão fechado às pressas antes da realização da Rio+20, a Conferência das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável, em 2012, e diante do risco de desastre ambiental.

Assim como tantas mulheres negras, Simone também buscou seu sustento nas chamadas “rampas” de Gramacho, como são lembradas até hoje as montanhas de lixo tóxico do antigo aterro. Depois de fechado, ela trabalhou em depósitos até ingressar na cooperativa **Coopideal**, em Maria da Graça, bairro da zona norte do Rio, perto da favela do Jacarezinho. No local também trabalham as filhas da Simone. Elas são responsáveis pela separação e triagem do material (reciclável, eletrônico e orgânico) que chega de caminhão ao depósito. A cooperativa realiza o beneficiamento (prensagem) e a comercialização, com a garantia de **reciclagem** efetiva e Certificado de Destinação Final.

E por fim, outro trecho nos trouxe importantes aspectos, na medida em que a Cooperativa Coopideal, ao desempenhar o papel de cooperativa presta um importante serviço ambiental para a sociedade, a saber:

Para a cooperativa Coopideal, que tem entre seus fundadores ex-integrantes do Lixão de Gramacho, uma forma de quebrar o ciclo de marginalização da categoria é por meio de uma remuneração justa que reconheça o serviço ambiental prestado à sociedade.

9. DA DESATIVAÇÃO DO LIXÃO DE JARDIM GRAMACHO E A INDENIZAÇÃO RECEBIDA PELOS CATADORES COM O FIM DO SUPOSTO ATERRO SANITÁRIO

Em cumprimento a Lei nº 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, o suposto aterro sanitário foi desativado em 03 de junho de 2012 em cerimônia realizada pelo então prefeito da época, Eduardo Paes.

A intenção da prefeitura da cidade do Rio de Janeiro era de desativar o lixão antes da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20), que ocorreria naquele ano.

Frisa-se que, o Lixão de Jardim Gramacho recebeu durante os mais de 34 (trinta e quatro) anos em que ficou ativado, a maior parte do lixo procedente do Rio de Janeiro e de Duque de Caxias, seja clandestino ou não.

Além disso, ao local, foi constatado que chegava parte das 8,4 mil toneladas de resíduos gerados diariamente pelo Rio de Janeiro, jogados em montanhas a céu aberto onde era disputado por urubus e catadores.

In casu, com o encerramento das atividades no Lixão do Jardim Gramacho, a prefeitura do Rio de Janeiro disponibilizou uma verba R\$ 23 (vinte e três) milhões para ser dividida entre os 1.603 incluídos na lista entregue pela Associação de Catadores de Gramacho a título de indenização, que perfazia a importância de R\$ 14.000,00 (quatorze mil reais),

Por outro lado, para àqueles que não conseguiram receber a indenização de maneira extrajudicial, uma das alternativas encontradas para a efetivação do acesso à justiça, foi a busca pela tutela jurisdicional realizada por meio de ajuizamento de ações ordinárias perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

No entanto, a concessão do benefício ficou condicionada a comprovação do exercício de atividades no Aterro Sanitário de Jardim Gramacho, a fim de lhe ser

garantida a participação no Fundo de Apoio à Inclusão Social e Econômica dos Catadores do Aterro Metropolitano de Jardim Gramacho. Vejamos a jurisprudência que trata sobre o tema:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. EX-CATADOR DO ATERRO SANITÁRIO DO JARDIM GRAMACHO EM RAZÃO DO ENCERRAMENTO DO “LIXÃO”. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. 1. Cuida-se de ação ordinária por meio da qual pretende o autor o recebimento de indenização, alegando ter sido catador de materiais recicláveis e/ou reutilizáveis no Aterro Metropolitano de Jardim Gramacho, no Município de Duque de Caxias. 2. A sentença julgou improcedentes os pleitos em face do Município do Rio de Janeiro e procedentes os pedidos para (i) declarar que o autor trabalhou como catador de lixo no Jardim Gramacho até o fechamento do aterro, preenchendo os requisitos para o recebimento do benefício do Fundo de Apoio à Inclusão Social dos Catadores e Catadoras do Aterro Metropolitano do Jardim Gramacho; (ii) condenar os réus Município de Duque de Caxias e Estado do Rio de Janeiro, solidariamente, a pagarem ao autor o valor de R\$ 14.000,00, (...) (TJ-RJ - APL: 00486249520128190021, Relator: Des(a). MÔNICA MARIA COSTA DI PIERO, Data de Julgamento: 22/02/2022, OITAVA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/02/2022)

Apelação cível. Ação declaratória. Catadora de material reciclável. Fechamento do Aterro Sanitário de Jardim Gramacho. Benefício que deve ser pago individualmente ao catador ou catadora. Natureza assistencial. Requisitos estabelecidos pelo Conselho Gestor. Comprovação. Sentença de improcedência. A demandante postula ver declarada sua condição de catadora de materiais recicláveis, pelo exercício de atividades no Aterro Sanitário de Jardim Gramacho, a fim de lhe ser garantida a participação no Fundo de Apoio à Inclusão Social e Econômica dos Catadores do Aterro Metropolitano de Jardim Gramacho, com o pagamento de benefício. Conjunto probatório que comprova, de maneira incontroversa, que a autora exerceu regularmente atividade como catadora desde antes de 2010 até meados de 2012. Evidenciada a condição de catadora, nos exatos termos da Resolução. Direito de recebimento do benefício instituído pelo Fundo de apoio à inclusão social. Direito subjetivo Ausência de previsão legal de limitação do pagamento ao núcleo familiar. Reforma da sentença. (TJ-RJ - APL: 00530606320138190021, Relator: Des(a). FERDINALDO DO NASCIMENTO, Data de Julgamento: 28/03/2017, DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL)

Em que pese o valor da indenização tenha sido considerado por muitos, insuficiente, a verba no valor de R\$ 14.000,00 (quatorze mil reais), cuja natureza jurídica é de benefício assistencial e não indenizatória, foi uma maneira encontrada pelo Poder Público para compensar àqueles que foram “expropriados” de sua única fonte de renda.

Por fim, convém esclarecer que no dia 01/03/2024, a Caixa Econômica Federal – CEF, assinou um Acordo de Cooperação Financeira no valor de R\$ 9,7 milhões com o Instituto GEA Ética e Meio Ambiente, para capacitar cooperativas de catadores de todo o Brasil.

O acordo foi celebrado na matriz do banco, em Brasília (DF), quando se comemora o Dia Mundial dos Catadores de Materiais Recicláveis e os recursos são oriundos do Fundo Socioambiental CAIXA (FSA CAIXA) e visa capacitar e estruturar cooperativas de catadores e catadoras, para o descarte adequado desses resíduos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Refletir sobre direitos fundamentais nos dias de hoje é fator importantíssimo para todos os povos, principalmente para o brasileiro que vive numa realidade de enormes contrastes sociais, para se ter a noção da necessidade do outro.

Isso porque, quando somos capazes de nos incomodar com pessoas que não possuem condições de uma vida digna em pleno século XXI, é que vemos o quanto de humanidade temos que ainda avançar para evoluir, especialmente nos aspectos sociais, ambientais e jurídicos.

O caso do Lixão de Jardim Gramacho nos ensinou e têm muito a nos ensinar ainda. São muitas perguntas, muitos dados e indícios que revelam uma realidade no mínimo inquietante. Desse modo, pode-se dizer que a confecção deste artigo teve, ao menos, o objetivo alcançado de lançar luz sobre o problema e possibilitar reflexões.

Contudo, vale destacar que a matéria não se esgota neste trabalho, visto que, devido à sua complexidade, mostra-se premente a elaboração de artigos complementares com novos questionamentos que virão para descortinar questões do Direito e direitos de pessoas relacionadas ao antigo Lixão de Jardim Gramacho.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, H.; BEZERRA, G das N.; MELLO, C.C. do A. **O que é justiça ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Garamond, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL, Luana Melody. **Ativistas negros e indígenas denunciam racismo ambiental e genocídio na COP 26**. Disponível em <https://www.otempo.com.br/politica/governo/ativistas-negros-e-indigenasdenunciamracismo-ambiental-e-genocidio-na-cop26-1.2567694>. Acesso em 05/11/23.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 231-232.

DI SPAGNA, Júlia. **O que é racismo ambiental e como ele ocorre no Brasil e no mundo**. In: *E – Guia do Estudante*. Disponível em <https://guiadoestudante.abril.com.br/atualidades/o-que-e-racismo-ambiental-e-como-ele-ocorre-no-brasil-e-no-mundo>. Acesso em 05/11/23.

DORETTO, Camila. **Quem mais sofre os impactos da crise do clima nas cidades?** - Greenpeace, 2022. Disponível em https://www.greenpeace.org/brasil/blog/quem-mais-sofre-asconsequenciasdacrisedoclimanascidades/?appeal=21057&utm_source=google&utm_medium=paid&utm_campaign=clima&utm_content=aq_20230208_grants&utm_term=racismo%20ambiental&utm_campaign=&utm_source=adwords&utm_medium=ppc&hsa_acc=7235609613&hsa_cam=19664562138&hsa_grp=154393105340&hsa_ad=674080716861&hsa_src=g&hsa_tgt=kwd351465765824&hsa_kw=racismo%20ambiental&hsa_mt=b&hsa_net=adwords&hsa_ver=3&gad_source=1&gclid=Cj0KCQjw_qexBhCoARIsAFgBletJscnzDGV2_ODYqAsODL6PZUnQLTl34-8Gpu-3zuePkQ_0sNAaAqPAEALw_wcB. Acesso em 28/04/2024.

FEDERAL, Caixa Econômica. Agência gov. **Economia**, 2014. Disponível em <https://agenciagov.ebc.com.br/noticias/202403/caixa-assina-acordo-de-r-9-7-milhoes-para-capacitar-cooperativas-de-catadores-em-todo-o-brasil>. Acesso em 08/05/2024

FILIPPE, Marina. **Racismo Climático: movimento negro brasileiro leva pauta para a COP 26**. Disponível em <https://exame.com/negocios/racismo-climatico-movimento-negro-brasileiro-leva-pauta-para-a-cop26>. Acesso em 05/11/23.

FUENTES, Patrick. **Racismo ambiental é uma realidade que atinge populações**. In: *Jornal da USP*. Disponível em <https://jornal.usp.br/atualidades/racismo-ambiental-e-uma-realidade-que-atinge-populacoes-vulnerabilizadas>. Acesso em 05/11/23.

GUIMARÃES, Virgínia Totti. PINTO, Paula Máximo de Barros. **Racismo ambiental e aplicação diferenciada das normas ambientais: uma aproximação necessária entre os casos da Comunidade do Horto Florestal e do Condomínio Canto e Mello (GÁVEA/RJ).** In Revista Desigualdade & Diversidade. n. 17 | 2019.2 | pp. 89 – 106.

GUIMARÃES, Virginia Totti; PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Injustiça ambiental, racismo ambiental e a marca da estratificação sócio racial nas zonas de sacrifício: o caso do bairro de Santa Cruz na cidade do Rio de Janeiro.** Disponível em chrome-extension://efaindbmnnibpcajpcgglefindmkaj/https://law.yale.edu/sites/default/files/area/center/kamel/sela16_pires_cv_port.pdf. Acesso em 28/04/2024.

LIMA, Mariana. **Racismo ambiental e injustiça ambiental: o que são?** In: *Politize!* Disponível em <https://www.politize.com.br/racismo-e-injustica-ambiental/>. Acesso em 07/11/23.

MATEUS, Tatiane. **Racismo ambiental à brasileira –** In: *ClimaInfo*. Disponível em <https://climainfo.org.br/2021/11/16/racismo-ambiental-a-brasileira>. Acesso em 05/11/23.

MESQUITA, Clívia **Mulheres catadoras: a busca por reconhecimento de quem coleta materiais recicláveis no Rio de Janeiro.** Brasil de Fato. Rio de Janeiro. 8 de março de 2024. Disponível em <https://www.brasildefato.com.br/2024/03/08/mulheres-catadoras-a-busca-por-reconhecimento-de-quem-coleta-materiais-reciclavéis-no-rio-de-janeiro>. Acesso em 08/05/2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 29/04/2024.

PORTO, Marcelo Firpo de Souza; JUNCÁ, Denise Chrysóstomo de Moura; GONÇALVES, Raquel de Souza; FILHOTE, Maria Izabel de Freitas. **Lixo, trabalho e saúde: um estudo de caso com catadores em um aterro metropolitano no Rio de Janeiro**, Brasil. Centro de Estudos em Saúde do Trabalhador e Ecologia Humana, Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, 2004. Disponível em [https://cadernos.ensp.fiocruz.br/ojs/index.php/csp/article/download/2303/4598?inline=1#:~:text=No%20per%C3%ADodo%20das%20entrevistas%2C%20os,diabetes%20\(3%2C%25\)](https://cadernos.ensp.fiocruz.br/ojs/index.php/csp/article/download/2303/4598?inline=1#:~:text=No%20per%C3%ADodo%20das%20entrevistas%2C%20os,diabetes%20(3%2C%25)). Acesso em 27/04/2024.

Portal de Educação Ambiental. Disponível em <https://semil.sp.gov.br/educacaoambiental/prateleira-ambiental/aterro-sanitario/>. Acesso em 27/04/2024.

Procedimentais: acesso à informação, a participação pública na tomada de decisão e acesso à justiça em matéria ambiental. In Revista Novos Estudos Jurídicos. Vol. 23 - n. 2 - maio-ago 2018.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. **Primeiros apontamentos à dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana. O reconhecimento do mínimo existencial socioambiental na rubrica dos direitos fundamentais.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4806, 28 ago. 2016. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/51541>. Acesso em 9/11/2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental.** Editora Forense, Rio de Janeiro, 2020.

Site Terra. Desconhecido, Autor. **Aterro de Gramacho é desativado em cerimônia com prefeito do Rio e catadores, 2012.** Disponível em <https://www.terra.com.br/noticias/aterrodegramachodesativadoemcerimoniacomprefeitoriodocatadores,de78a418851ca310VgnCLD200000bbccceb0aRCRD.html>. Acesso em 27/04/2024.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. LIMA, Danielle Borges. **Breves notas sobre Racismo Ambiental Brasileiro.** In: Diálogos Possíveis. Vol. 22, nº 1, (2023), pp. 240-255.

SOUZA, Isabele. **Direitos humanos: conheça as três gerações!** Politize, 2017. Disponível em [https://www.politize.com.br/tresgeracoesdosdireitoshumanos/#:~:text=Atrav%C3%A9s%20da%20teoria%20geracional%20de,e%20terceira%20gera%C3%A7%C3%A3o%20\(fraternidade\)](https://www.politize.com.br/tresgeracoesdosdireitoshumanos/#:~:text=Atrav%C3%A9s%20da%20teoria%20geracional%20de,e%20terceira%20gera%C3%A7%C3%A3o%20(fraternidade).). Acesso em 27/04/2024.

VITORELLI, Edilson. BARROS, José Ourismar. **Processo Coletivo e Direito à Participação: Técnicas de Atuação Interativa em Litígios Complexos.** São Paulo: Editora Juspodivm,

ACESSO À JUSTIÇA E A MOROSIDADE PROCESSUAL JURÍDICA BRASILEIRA: REFLEXOS NO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Alexandre de Castro Catharina¹
Leonardo Vieira de Almeida²
Maria Luiza Ferreira Souza da Silva³
Pedro Goularte Faleiro⁴

Eixo Temático: GT6: Direitos Fundamentais e Métodos Processuais.

RESUMO

Este artigo aborda a questão crucial do acesso à justiça e da morosidade processual no contexto brasileiro. Começando por conceituar o acesso à justiça como um direito fundamental e um valor supremo na sociedade, exploramos os obstáculos que os cidadãos brasileiros enfrentam ao tentar acessar o sistema judiciário. Tais desafios incluem a falta de recursos financeiros, a escassez de informações acessíveis e a complexa burocracia que permeia o sistema. Além disso, discutimos a problemática da lentidão do poder judiciário em relação ao andamento dos processos, ressaltando seu impacto negativo no devido processo legal e na efetividade da justiça. Para ilustrar a complexidade do sistema judiciário brasileiro, apresentamos um caso exemplar. Este estudo utiliza uma metodologia qualitativa empírica, baseada na análise de entrevistas e observações diretas no ambiente judiciário, a fim de capturar em profundidade as experiências e percepções da realidade do sistema judiciário brasileiro. Em conclusão, enfatizamos a necessidade premente de buscar soluções para tornar o acesso à justiça mais efetivo e ágil, contribuindo assim para uma compreensão mais profunda dos desafios enfrentados pelo sistema judiciário brasileiro e incentivando a reflexão sobre possíveis melhorias no acesso à justiça no país.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Morosidade processual. Sistema judiciário brasileiro. Devido processo legal. Efetividade da justiça.

INTRODUÇÃO

O artigo aborda a questão fundamental do acesso à justiça, a morosidade processual jurídica brasileira e seus reflexos no devido processo legal. Iniciamos por conceituar o acesso à justiça como um direito basilar, de um valor supremo na sociedade.

¹ Doutor em Direito Processual pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, orientador, alexandre.catharina@hotmail.com.br, <http://lattes.cnpq.br/4302536084183986>.

² Graduando em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ, leovieiralmeida@ufrj.br, <http://lattes.cnpq.br/1620626657585056>.

³ Graduanda em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - UFRRJ, maluferreira@ufrj.br, <http://lattes.cnpq.br/2653205687015891>.

⁴ Graduando em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - UFRRJ, nextrin@ufrj.br, <http://lattes.cnpq.br/4986214116421935>.

Em seguida, exploramos os obstáculos que os indivíduos encontram ao tentar acessar o sistema jurídico. Em tais desafios são incluídos a falta de recursos financeiros, a escassez de informações acessíveis e a complexa burocracia que permeia o sistema. O estudo terá como escopo a pesquisa empírica com utilização da metodologia qualitativa-documental, baseada na análise de decisões judiciais e relatórios do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com o intuito de captar em profundidade as experiências e percepções da realidade do sistema judiciário brasileiro.

Outrossim, discutimos a problemática da lentidão judicial em relação ao andamento dos processos, evidenciando seu impacto negativo no devido processo legal e na efetividade da justiça. Como ilustração de tais complicações do judiciário brasileiro, apresentamos um caso exemplificativo.

Ao observarmos todos esses aspectos, podemos analisar o quão dificultoso se torna a efetividade do direito constitucional do acesso à justiça. Diante disso, percebe-se que o sistema jurídico acaba por não desempenhar seu papel solucionador das questões inerentes ao corpo social e, por isso, não consegue alcançar, efetivamente, a criação de uma sociedade mais justa, reflexiva e igualitária.

1. ACESSO À JUSTIÇA

1. BREVE CONSIDERAÇÃO SOBRE PRINCÍPIOS

O presente trabalho objetiva conceituar o acesso à justiça. Nesse contexto, busca-se caracterizar o acesso à justiça como direito fundamental, como princípio e valor superior na sociedade e, principalmente, na atividade judicial. Este princípio é respaldado pelo art. 5º, XXXV, da CF, o qual estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, garantindo, assim, que qualquer lesão ou ameaça a direito possa ser levada ao Poder Judiciário para análise e proteção.

Sendo assim, é pertinente dar atenção a uma consideração de que no pós-positivismo, os princípios são considerados tão importantes quanto as regras. Tanto a sociedade quanto o legislador e o Judiciário devem observar e aplicar tanto os princípios

quanto as regras nas decisões jurídicas. Isso significa que valores fundamentais como justiça e igualdade devem ser considerados em conjunto com as normas legais. Essa abordagem visa garantir uma aplicação mais equitativa e contextualizada do direito, promovendo uma sociedade mais justa e democrática (Borges, 2009, p. 58). Também destaca-se que os princípios, por conta dos arts. 2º e 62º, da Lei Federal 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), usufruem do termo “critério”, no lugar de “princípio”, que alude essa relação.

Tendo tais afirmações em mente, fica notório que os princípios são ferramentas norteadoras das normas e que influenciam nos comportamentos individuais e coletivos da sociedade em que se aplicam. Logo, deve-se considerar a enorme relevância da aplicabilidade dos princípios no estudo do Direito.

1.2 ACESSO À JUSTIÇA COMO PRINCÍPIO

Quando se reflete sobre a terminologia da palavra “acesso”, de imediato se raciocina em torno da ideia de ingressar, ou de dar entrada em algo. Todavia, também é uma palavra que possibilita a interpretação da ideia de uma possibilidade de alcançar algo. Assim, a locução “Acesso à justiça” na visão jurídica, se inclina à possibilidade de alcançar algo, o qual é o almejado valor da “Justiça”⁵. Sendo assim, o acesso à justiça tem caráter de norma-princípio, garantidora de direitos violados e ameaçados.

O acesso à justiça deve ser interpretado por um sentido amplo, lato sensu, por ser um mandamento nuclear e fundamental que informa todo o ordenamento jurídico. Nesse sentido, o princípio busca a devida efetivação do direito, que apenas ocorre quando for executada sua tutela, isto é, a proteção ou a efetivação do direito material, com julgamento de mérito e satisfação do direito reconhecido.

A doutrina tradicional considera o acesso à justiça como direito de ingressar no

⁵ Vale a pena mencionar um dos ensinamentos de João Paulo II, exposto pelo cardeal Zenon Grocholewski, quando menciona o princípio de justiça unicuique suum, que entende a justiça como a “realização de uma ordem equilibrada das relações interpessoais e sociais, aptas a garantir que cada um receba o que lhe corresponde e que ninguém seja privado daquilo que lhe pertencer”. (GROCHOLEWSKI, Zenon. A filosofia do direito nos ensinamentos de João Paulo II e outros escritos, pp. 36-37).

sistema jurisdicional e ao processo. Sob tal viés, alterações legislativas realizadas nas últimas décadas, no ordenamento brasileiro, impulsionadas também pela Constituição de 1988, objetivaram proporcionar ao cidadão maior acesso à justiça. Destaca-se, a título exemplificativo, a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais destinados ao julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo; a interiorização das varas federais; a previsão para a criação da justiça de paz com competência para celebrar casamentos, verificar o processo de habilitação e exercer atividades conciliatórias, conforme previsão em lei; a criação de novos instrumentos que objetivam a defesa coletiva de direitos tais como o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção, previstos constitucionalmente.

Diante dessas previsões normativas, evidencia-se o impulso em direção a uma justiça mais acessível e inclusiva. Nesse sentido, a primeira e segunda onda do movimento de acesso à justiça definida por Mauro Cappelletti e Bryan Garth dizem respeito, respectivamente, ao fornecimento de assistência judiciária pelo e Estado e pela representação jurídica dos interesses difusos.

Sendo assim, o acesso à justiça é tratado sobre perspectiva interna, uma vez que, o Estado exerce monopólio do poder jurisdicional, sendo vedado ao particular, salvo em casos excepcionais de arbitragem e autotutela, a busca por concretização dos seus direitos por outra via que não seja a jurisdicional. Nesse viés, fica evidente que o Estado é quem permite a busca pelo acesso à justiça e para esta deve promover órgãos jurisdicionais que possibilitem o efetivo acesso.

Para além, o Estado deve garantir não só o acesso, mas também o devido tempo razoável para finalização do processo. Logo, deve-se promover as garantias processuais, tais como contraditório, ampla defesa, produção de provas obtidas por meios lícitos, ciência dos atos processuais, julgamento em tempo razoável, fundamentação das decisões, julgamento justo, eficácia das decisões, etc.

Outrossim, destaca-se o conceito de acesso à ordem jurídica justa, produzida pelo autor Kazuo Watanabe. Tal teoria baseia-se no acesso à justiça para além das instituições que promovem a justiça. O autor explica que:

A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal; e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

Para o autor, se o acesso à justiça apontasse apenas as acepções institucionalizadas e codificadas, sua importância seria ínfima. Visto que, trata-se da ideia de que as instituições não devem/podem se satisfazer com o solucionamento das lides sob um ponto meramente processual. Os fundamentos constitucionais brasileiros perfuram essa ideia, tendo a exigência que se aprofunde na apreciação dos conflitos para um julgamento justo.

A partir disso, define-se que o conceito de “acesso à justiça” é definido como “acesso à ordem jurídica justa”. Isso porque o acesso à juridicidade pode ocorrer de diversas formas, independente da intervenção judiciária, mediante conciliação, mediação, arbitragem e entre outros métodos de solução de conflitos.

Para Watanabe, os principais pontos que norteiam a definição e medidas para a obtenção de um acesso à ordem jurídica justa são: universalidade, princípio que garante o acesso a todos os indivíduos, independente da renda, raça ou classe social. Eficácia, princípio que garante a isonomia de uma decisão, ou seja, um parecer justo e adequado ao caso concreto. E por fim, a Justiça distributiva, que garante a proteção dos interesses e direitos de todos, independentemente da sua condição social.

A implementação desses conceitos e medidas é pilar para a garantia do direito de acesso à justiça seja uma realidade para todos os cidadãos brasileiros.

Logo, externo ao processo, tendo ideia de que este funciona como instrumento ético de realização da justiça, ultrapassa-se o conceito de que a presença de uma norma jurídica no ordenamento, por si só, é suficiente para se alcançar os fins pretendidos, impõe-se acesso efetivo. Tal aspecto reflete os ideais de uma Constituição de caráter democrático que visa efetivar os direitos fundamentais.

Cabe mencionar a Constituição Federal de 1988, no *Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, no Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos,*

que em seu art.5^{o6}, inciso XXXV, garante a brasileiros e estrangeiros residentes no País que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*, acolhendo o princípio do “Acesso à justiça”, embora alguns somente vejam como “Acesso ao Poder Judiciário”.

Por conseguinte, deve-se estabelecer breve comentário acerca dos direitos fundamentais, que segundo José Afonso da Silva são aqueles sem os quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive, sendo considerados situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade, e liberdade da pessoa humana. Dessa forma, conforme as transformações das sociedades, os direitos fundamentais têm diversas dimensões ou gerações.

A primeira geração diz respeito aos direitos civis e políticos. A segunda geração, tendo em vista a necessidade da intervenção estatal para garantia dos direitos, diz respeito ao acesso à seguridade social, à segurança, dentre outros. E, por fim, os de terceira geração, sendo aqueles de titularidade difusa ou coletiva, conhecidos, também, como direitos de solidariedade e fraternidade.

Nesse contexto, o acesso à justiça caracteriza-se como direito fundamental de segunda geração, uma vez comprovada a necessidade de o Estado direcionar meios para que todas as garantias se concretizem. Logo, tendo em vista que os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição de 1988 não podem ser suprimidos por serem consideradas cláusulas pétreas (art. 60, §4^o, IV)⁷, reputa-se o acesso à justiça como direito fundamental. Sendo assim, o direito de acesso à justiça é imprescindível.

É evidente, portanto, que o acesso à justiça transcende o mero status de princípio para se tornar uma norma-princípio. Neste contexto, limitar-se simplesmente ao acesso

⁶ “Art.5^o. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (...)”. Kazuo Watanabe, ao tratar do acesso à ordem jurídica justa, em Capítulo de livro. ⁷ Art. 60, §4^o: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

ao Poder Judiciário revela-se insuficiente, uma vez que a resposta judicial nem sempre reflete a justiça efetiva. Assim, embora se possa ter acesso ao Poder Judiciário, o acesso à justiça, como um valor fundamental último, muitas vezes não é garantido. Conseqüentemente, falar sobre acesso à justiça só faz sentido quando este acesso se estende à ordem jurídica justa.

1.3 CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA PELA VIA DO PODER JUDICIÁRIO

O inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, como supracitado, assegura a inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à justiça, através da certeza de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. O Código de Processo Civil de 2015, em sua parte geral, art. 3º, *caput*, também citou norma idêntica.

Através do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, fica nítido que está presente o acesso à justiça por intermédio do processo estatal. Processo este, que consiste na ação coletiva ao acessar a busca pelos seus direitos e pleiteá-los.

A partir disso, os Poderes da União: Legislativo, o Executivo e o Judiciário, dispostos no art. 2º da Constituição Federal de 1988, se mostram como ferramentas de um Estado Democrático de Direito instituído pelo Constituinte destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais: a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Cada poder tem sua função, podendo impactar a sociedade de diferentes formas, sendo o Poder Judiciário o foco desta questão, ele tem a função de solucionar conflitos de interesses e a realização dos direitos. Sendo assim, o acesso à justiça se torna pertinente a esse Poder, uma vez que a União se compromete em solucionar as lides de sua população.

Sincronicamente a isto, torna-se palpável a responsabilidade da União, através do Poder Judiciário, em garantir devidamente o acesso à justiça e a celeridade do devido processo legal, de forma com que as demandas, sejam elas individuais ou coletivas, se caracterizem como apreciáveis à resolução por intermédio deste Poder.

No âmbito do Poder Judiciário, o acesso à justiça é conceituado como uma

garantia fundamental que requer uma defesa contínua para assegurar o cumprimento da responsabilidade da União em relação às demandas da população. Sendo todas as afirmativas supracitadas fundamentadas por lei, também são caucionadas por Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

A absoluta igualdade jurídica não pode, contudo, eliminar a desigualdade econômica; por isso, do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), clamou-se pela passagem à igualdade substancial. [...] No processo civil legitimam-se normas e medidas destinadas a reequilibrar as partes e permitir que litiguem em paridade de armas, sempre que alguma causa ou circunstância exterior ao processo ponha uma delas em condições de superioridade, ou de inferioridade em face de outra [...]

2. OBSTÁCULOS DO ACESSO À JUSTIÇA

Como argumentado no presente texto, não basta que o acesso à justiça seja somente declarado, ele deve ser efetivo. Além disto, deve-se lembrar que este direito não só pode como também deve ser encarado como o mais básico dos direitos humanos, possuindo vital importância entre os novos direitos individuais e sociais - uma vez que é fundamental para a própria efetividade dos direitos - pois diante das situações de ameaça ou agressão, sempre poderá ser utilizado na dependência de sua plena realização.

Sendo assim, atualmente, o problema com relação aos direitos não é a falta de previsão legal, mas sim como proteger e efetivar tais garantias, para impedir que, apesar das solenes declarações, sejam sistematicamente violadas. Vejamos que:

Tanto as questões quantitativas quanto as qualitativas são barreiras ao acesso à justiça, assim como o são a força obrigatória da norma legal no interno da sociedade, o que leva ao seu recorrente descumprimento e a formação de lides judiciais, o clima geral de insegurança jurídica, a precária divulgação de outros modos e meios de resolução de pendências, a falsa percepção que a resposta jurisdicional é uma prestação primária do Estado. Para concretizar o acesso à justiça há que se superar a dificuldade de aceitação social da justiça nas decisões legislativas de elaboração do direito objetivo, a falta de efetividade das normas jurídicas, a falta de eficiência dos instrumentos processuais para se preservar ou restabelecer o direito lesado, o baixo índice de confiabilidade nas instituições públicas e nos seus integrantes. (Mancuso; apud; Rosa; Oliveira, 2016).

Portanto, o processo não atende integralmente a função social, política e jurídica, pois os custos são altos e há o grande lapso temporal de duração processual. Segundo Cappelletti e Garth (1988), os obstáculos a serem superados são:

- as custas judiciais e a dispendiosa solução formal dos litígios;
- honorários advocatícios; pequenas causas;
- tempo;
- possibilidades das partes e recursos financeiros;
- aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa;
- litigantes “eventuais” e litigantes “habituais”.

É necessário destacar um dos obstáculos mencionados pelos autores, sendo ele: da aptidão para reconhecer um direito e, assim, propor uma ação. Isso porque, pode-se perceber que o acesso à justiça possui preferência por uma só classe.

Essa declaração é evidenciada em algumas pesquisas comparativas, aos quais demonstram que países embebidos de seu alto índice de desigualdade social e econômica apresentam grandes chances de amplas camadas sociais desconhecerem os seus direitos. Esse traço de personalidade social põe em risco a universalidade do acesso à ordem jurídica justa, proposta por Kazuo, marginalizando todos que sequer possuem conhecimento sobre os seus direitos. Diante disso, pode-se inferir que a alfabetização desempenha um papel basilar no quesito conhecimento de direitos e a como demandá-los.

O artigo produzido pela professora Maria Tereza Sadek, sintetiza bem essa questão social. No decorrer do texto, a autora traz alguns dados do censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) que demonstram o alto índice de analfabetismo brasileiro, como, por exemplo, cerca de 14 milhões de indivíduos de 15 anos ou mais são analfabetos. O censo de 2012 ainda demonstra a subsistência de 13,2 milhões de analfabetos plenos e mais de 27,8 milhões de analfabetos funcionais. Por outro lado, a pesquisa da professora também demonstra que a maior parcela dos autores por internações ou medicamentos possuem nível socioeconômico médio e alto.

Ao observar o cenário e efetuar a leitura desses números, cabe inferir que a principal consequência dessa lógica é a elitização do conhecimento jurídico e, com isso,

o acesso à justiça. Tendo como justificativa a seguinte distinção: de um lado, os que produzem muitos litígios por possuírem conhecimento e, por outro, os que sequer têm acesso a informações que podem requerer os seus direitos.

Esta realidade afeta o acesso à ordem jurídica justa, a qual retarda e pode impedir o alcance da finalidade social processual, uma série de circunstâncias que obstaculizam o ingresso de diversos setores sociais no Judiciário. Outro ponto, também, é acerca do grande volume processual em trâmite perante o Poder Judiciário, tal fato faz com que os processos se arrastem no tempo, afastando ainda mais a entrega da efetiva prestação judicial.

3. A MOROSIDADE DO PODER JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO AO PROCESSO

Conforme destacado anteriormente, o Poder Judiciário, um dos três pilares do Estado Democrático de Direito, desempenha um papel crucial na preservação da ordem jurídica e na manutenção da paz social. Além de suas diversas atribuições, é responsável por resolver disputas através da aplicação da lei. Nesse contexto, a Emenda Constitucional 45/2004, que introduziu o Princípio da Celeridade Processual, assume grande relevância. Este princípio visa lidar com o acúmulo de processos no sistema judiciário brasileiro, caracterizado por casos que se prolongam por anos devido ao excesso das demandas litigiosas, resultando em uma burocracia excessiva no andamento dos processos.

Por morosidade, entende-se aquilo que é lento, vagaroso ou demorado, ou seja, diz respeito a um dos principais obstáculos do acesso à justiça, o tempo. Assim, importante ressaltar que, entre outros fatores, os motivos principais são o alto número de processos judiciais em curso e sendo ajuizados diariamente, o quadro de funcionários e os índices de produtividade dos magistrados e servidores da justiça. Sendo assim, é possível ressaltar 3 fatores que levam à morosidade: 1) o excesso de demandas e atribuições; 2) a quantidade insuficiente de magistrados e servidores; e 3) o “tempo de gaveta”.

Numa perspectiva geral, enquanto o número de processos em trâmite cresce a cada

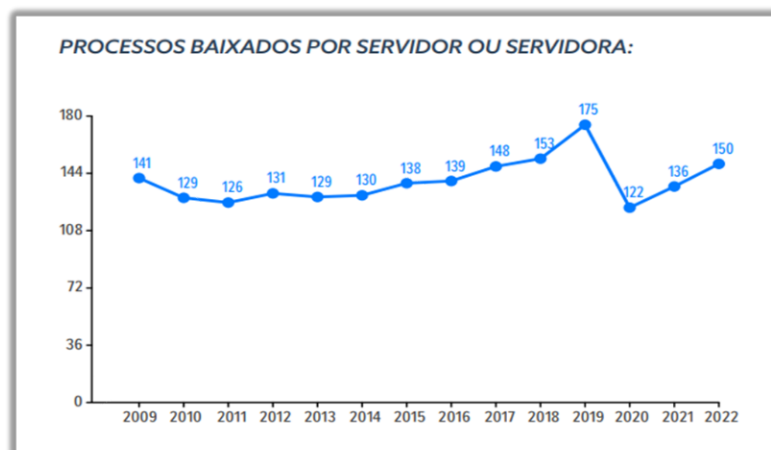
ano, a quantidade de juízes e servidores não cresce na proporção necessária. A respeito do “tempo de gaveta”, vale ressaltar a alta quantidade de ritos burocráticos, os quais contribuem significativamente para a prolongada duração dos processos até sua conclusão.

O Índice de Produtividade dos Magistrados (IPM) e o Índice de Produtividade dos Servidores (IPS-Jud) são calculados considerando o volume de casos baixados e o número de magistrados e servidores que atuam durante o ano na jurisdição.



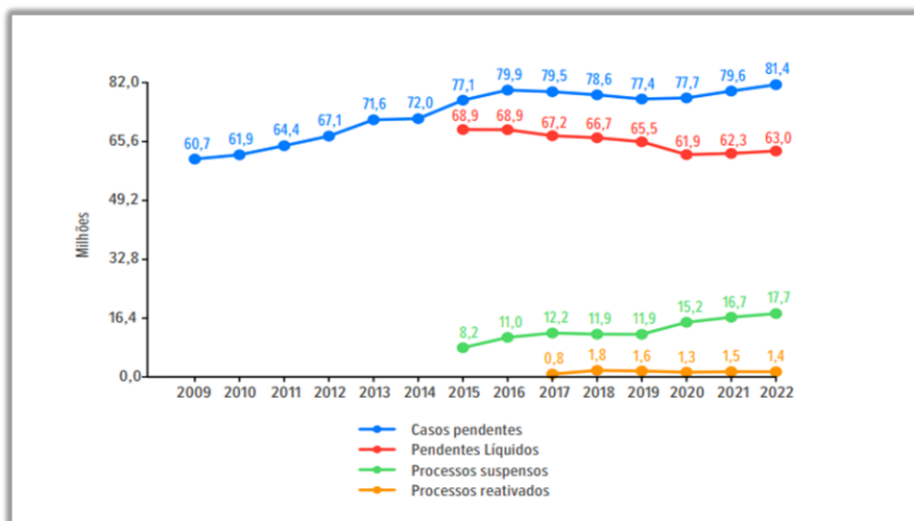
Fonte: Sumário Executivo — Justiça em Números 2023 - CNJ

O Índice de Produtividade dos Magistrados (IPM) aumentou em 10,7%, sendo baixados cerca de 1.787 processos pelos magistrados em 2022. Contudo, também foi apontado o aumento de 4,7% no mesmo ano, da carga de trabalho dos magistrados. Aumento este, que acarreta a continuidade de uma fila de processos que esperam decisões.



Fonte: Sumário Executivo — Justiça em Números 2023 - CNJ

Já o Índice de Produtividade dos Servidores - Área Jurídica (IPS-Jud) demonstra um crescimento de processos baixados de 10,5% em 2022, com base no ano de 2021, sendo uma média de 150 processos por servidor. Todavia, a carga de trabalho teve um aumento de 4,4%, correspondendo cerca de 566 casos, que corroboram para a dificultosa celeridade do processo.



Fonte: Sumário Executivo — Justiça em Números 2023 - CNJ

Ao término de 2022, o Judiciário brasileiro registrava um acervo de 81,4 milhões de processos em andamento. Desse total, 17,7 milhões, equivalente a 21,7%, encontravam-se em estado de suspensão, sobrestamento ou arquivo provisório, aguardando desdobramentos legais futuros. Tais dados demonstram o abarrotamento que antigos casos e novas demandas causam no sistema judiciário brasileiro.

Para além do que fora citado acima, o ano de 2022 foi marcado com um notável aumento de demandas processuais, devido à influência da ação dos casos pós-Covid-19 no país, que favoreceram litígios que necessitam especificamente da ação do Judiciário brasileiro.

Diante de tais fatos, ficam nítidas que as consequências dessa morosidade para as partes do processo vão além da insatisfação. Onde alcançam situações em que o processo judicial pode perder o seu objeto, onde o autor pode falecer, a prestação jurisdicional pode ser ineficaz, a demora e o desgaste podem ser muito mais custosos do que o valor que se

cogita receber em uma sentença. Essa realidade destaca a urgência da celeridade processual, garantida pela Constituição Federal de 1988, porém, não concretizada no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro.

Outrossim, é preciso observar que a deficiência da morosidade processual não é exclusiva do Brasil. Uma pesquisa realizada pelo Prof. José Carlos Barbosa Moreira, demonstra a escala que o globo enfrenta para solucionar tal questão. Destaca-se ainda que o texto aborda a falta de curiosidade dos “cientistas judiciais” em pesquisar sobre a demanda e criar formas de resolução para as questões que obstaculizam o melhor andamento do judiciário mundial.

Ao analisar os dados fornecidos pelo autor, percebe-se que os países desenvolvidos também sofrem com a morosidade processual. Isso pode ser visto a partir da ideia na qual os americanos, nos últimos anos, procuram resolver suas questões a partir dos “*Alternative Dispute Resolution*”, conhecido como Métodos de Resolução de Conflitos, como tentativa de diminuir os efeitos da demora judiciária. Além disso, é demonstrado que a maioria dos países localizados no Continente Europeu são assolados por essa questão há anos e não possuem remédios para tal problemática, culminando na duração razoável média de 03 anos em processos de primeira instância.

Portanto, torna-se claro que a questão da morosidade processual é um desafio mundial. Nesse sentido, o Brasil tem buscado avançar na redução dessa morosidade e tem demonstrado sinais de progresso nesse aspecto. No entanto, ainda há um longo caminho a percorrer para alcançar níveis ideais de eficiência no sistema judiciário brasileiro.

3.1 DO CASO A SER NARRADO

Como exemplo ilustrativo da problemática anteriormente mencionada, destaca-se o Recurso Especial (REsp) n.º 913131/BA (2006/0267437-2), relativo aos autos de um processo de notável repercussão nacional, iniciado no ano de 2000. Este caso envolveu a figura pública da Iyalorixá Gilda, conhecida popularmente como Mãe Gilda, e a Igreja Universal do Reino de Deus (IURD).

O litígio teve início quando a filha da autora iniciou uma ação judicial após uma série de ataques ao templo religioso de sua mãe por grupos evangélicos. A IURD publicou no jornal da igreja uma imagem de Mãe Gilda com uma tarja preta sobre os olhos, acompanhada da manchete “Macumbeiros charlatões lesam o bolso e a vida dos clientes”. Em meio à intensa repercussão e aos ataques incessantes, Mãe Gilda faleceu devido a múltiplos ataques cardíacos, motivados pelas agressões desencadeadas pela publicação da IURD.

Além da violência sofrida até sua morte, o caso foi tratado pelo tribunal apenas como uma ação de danos morais e uso indevido de imagem, apesar de seu teor racista. O processo, iniciado em 2000, foi finalmente encerrado em 2015.

Com isso, pode-se observar que um processo corriqueiro de danos morais e uso indevido de imagem, cujo sistema judiciário poderia sentenciar em poucos meses ou anos, demorou cerca de 15 anos para ter definitivamente sua baixa. Além disso, com os diversos recursos e protelações criadas ao decorrer do processo, ele sofreu análises excessivas do judiciário, onde os autos passaram por um “tempo de gaveta”, que corroboraram a morosidade da prestação jurisdicional.

Nos dados de análises processuais supracitados, salienta-se que o “tempo de gaveta” que ocorreu no caso da Mãe Gilda, além de corroborar a morosidade processual, também incide no abarrotamento de demais processos a serem apreciados pelo mesmo juízo. Este tribunal passou aproximadamente 15 anos dedicando-se a uma única demanda rotineira de danos morais e uso indevido de imagem.

Durante esses 15 anos, o juízo deixou de apreciar outras demandas de forma eficiente, sendo o próprio caso de Mãe Gilda moroso. Assim, este caso alude a realidade de diversos outros casos corriqueiros que sofrem com protelações excessivas e “tempos de gaveta” que agravam a morosidade do devido processo legal, causando o sucateamento do acesso à justiça.

Nesse sentido, a morosidade judicial é um problema crônico que compromete seriamente a eficácia do sistema jurídico em garantir a justiça de forma oportuna e

eficiente. Essa questão não apenas desafia a confiança da população no sistema legal, mas também tem impactos significativos sobre as partes envolvidas nos processos. A demora na resolução de litígios não só prolonga o sofrimento das partes, mas também pode levar à perda de evidências, ao esgotamento de recursos financeiros e emocionais, e até ao comprometimento da própria substância da justiça.

Além disso, a morosidade judicial muitas vezes resulta em uma sobrecarga dos tribunais, criando um ciclo vicioso em que mais casos acumulados levam a ainda mais atrasos. Em última análise, a morosidade judicial mina a credibilidade do sistema legal e compromete sua capacidade de cumprir sua função primordial de fornecer uma solução justa e eficaz para os litígios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante disso, é notório que o acesso à justiça é um Princípio Constitucional fundamental no sistema jurídico brasileiro. Isso porque, refere-se ao direito de que todo e qualquer indivíduo deve obter um tratamento justo e imparcial perante as instituições judiciais. Com isso, infere-se que o pilar do acesso à justiça está na garantia de que todas as pessoas tenham formas adequadas para buscar, entender e participar dos processos judiciais, com o intuito de resolver e proteger seus direitos.

É válido ressaltar que o acesso à justiça não é apenas um direito fundamental, mas um ingrediente essencial para a manutenção do Estado Democrático de Direito e o fortalecimento do sentimento de confiança da sociedade nas instituições jurídicas. Contudo, tal confiabilidade pode ser estremecida pela morosidade do processo, que pode comprometer o direito fundamental de acessibilidade à justiça, especialmente, aos vulneráveis e marginalizados da sociedade.

A morosidade processual estabelece diversos obstáculos entre os indivíduos e o Judiciário, criando assim, alguns aparelhos de justiça com as próprias mãos. Isso pode ser visto de diversas formas, especialmente, em políticas de milícias estabelecidas pela própria população. A morosidade processual pode ainda agravar um problema e, assim, abre portas para um Judiciário que não consegue resolver as questões a ele direcionadas.

Com o intuito de combater a problemática em questão e garantir o acesso à justiça, é preciso adotar medidas que versem sobre a eficiência e agilidade do sistema jurídico. Diante disso, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), responsável pela fiscalização do Judiciário, tem adotado, por meio de Resoluções, medidas com o intuito de solucionar a questão da morosidade processual no sistema brasileiro. Sendo as principais:

- Resolução n.º 185/2013: Versa sobre a implantação do Processo Judicial Eletrônico (PJe) em todos os tribunais brasileiros. Definido como um sistema de tramitação eletrônica de processos que visa agilizar a dinâmica processual, eliminando a necessidade de deslocamento de documentos e pessoas.
- Resolução n.º 234/2016: Institui o Programa Justiça 4.0, cujo objetivo é promover a modernização e a eficiência do Poder Judiciário. O programa promove a adoção de diversas medidas para solucionar a morosidade processual, como o uso de inteligência artificial, a automação de tarefas e o uso de práticas colaborativas.
- Resolução n.º 254/2019: Elenca algumas normas para a implantação de unidades especializadas em conciliação e mediação nos tribunais e o uso dessas ferramentas como formas alternativas de resolução de conflitos que ajudam a reduzir o número de processos judiciais. É importante ressaltar que o Código de Processo Civil, em seu artigo 334⁸, instituiu o uso obrigatório desses instrumentos

⁸ CPC (Código de Processo Civil) Art. 334. e a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. § 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como às disposições da lei de organização judiciária. § 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes. § 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado. § 4º A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição. § 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência. § 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes. § 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei. § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. § 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos. § 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração

após a petição inicial. Além disso, demonstra que o desuso desses métodos é considerado um ato atentatório à dignidade da justiça e, por isso, estabelece multas ao não comparecimento do autor ou do réu nesses tipos de audiências.

- Resolução n.º 313/2020: Cria o Programa Justiça em Números, cujo intuito é reunir e divulgar informações sobre o Poder Judiciário brasileiro. Os dados do Programa Justiça em Números podem ser utilizados para identificar os fatores que contribuem para a morosidade processual e para a adoção de medidas para solucionar o problema.

Além dessas resoluções, o CNJ também tem realizado diversas ações para combater a problemática da morosidade processual, como:

- Realização de correções nos tribunais: As correções são inspeções realizadas pelo CNJ nos tribunais para verificar o cumprimento das normas processuais;
- Publicação de notas técnicas e recomendações: O CNJ publica notas técnicas e recomendações com orientações aos tribunais para adoção de medidas que tentam solucionar a demora processual;
- Promoção de debates e eventos: O CNJ promove debates e eventos sobre a morosidade processual com o intuito de discutir o problema e buscar outras soluções.

Portanto, evidencia-se que a morosidade processual cria obstáculos para um efetivo acesso à justiça. Com isso, as instituições de poder estão tendo um olhar cuidadoso quanto a essa questão. Porém, ainda há de se obter melhoras nos aspectos elencados durante o artigo no sistema jurídico brasileiro. Dessa forma, criar-se-á um sistema jurídico mais justo, reflexivo e igualitário.

específica, com poderes para negociar e transigir. § 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença. § 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

REFERÊNCIAS

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. 168p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA — CNJ. **SUMÁRIO EXECUTIVO**. Conselho Nacional de Justiça. Ed.20, 2023. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/sumario-executivo-justica-em-numeros-v-2023-08-29.pdf>. Acesso em 01/10/23.

_____. **SUMÁRIO EXECUTIVO - Resolução nº185/2013: metas nacionais 2013**. Brasília: CNJ, [2013]. Conselho Nacional de Justiça. Ed.20, 2023. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/sumario-executivo-justica-em-numeros-v-2023-08-29.pdf>. Acesso em 01/10/23.

_____. **SUMÁRIO EXECUTIVO - Resolução nº 234/2016: metas nacionais 2016**. Brasília: CNJ, [2016]. Conselho Nacional de Justiça. Ed.20, 2023. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/sumario-executivo-justica-em-numeros-v-2023-08-29.pdf>. Acesso em 01/10/23.

_____. **SUMÁRIO EXECUTIVO - Resolução nº 254/2019: metas nacionais 2019**. Brasília: CNJ, [2019]. Conselho Nacional de Justiça. Ed.20, 2023. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/sumario-executivo-justica-em-numeros-v-2023-08-29.pdf>. Acesso em 01/10/23.

_____. **SUMÁRIO EXECUTIVO - Resolução nº313/2020: metas nacionais 2020**. Brasília: CNJ, [2020]. Conselho Nacional de Justiça. Ed.20, 2023. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/sumario-executivo-justica-em-numeros-v-2023-08-29.pdf>. Acesso em 01/10/23.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A duração dos processos: alguns dados comparativos**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, 2004.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à Justiça**. Salvador: Dois de Julho, 2011.

UM ESTUDO SOBRE ACESSO À JUSTIÇA E ADVOCACIA COLABORATIVA NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

Robert Lee Segal¹

Eixo Temático: GT7: Métodos Consensuais de solução de conflitos na efetivação de direitos humanos

Resumo

Nas duas últimas décadas, tem-se observado um incremento das formas consensuais de resolução de disputas, viabilizadas, no âmbito do Poder Judiciário, graças a implementação de uma legislação que versa sobre o tema. Nesse contexto, a mediação de conflitos se apresenta como um meio ou método de autocomposição, motivando análises, reflexões e práticas que inclusive ensejam (re)pensar o papel dos advogados. Em vista disso, o objetivo desse artigo é propor uma análise sobre a atuação dos advogados na mediação de conflitos, tendo a ética colaborativa como norteadora, a partir de um trabalho de caráter qualitativo, mediante uma revisão de literatura especializada, aplicada à sociedade brasileira. À guisa de uma conclusão, pode-se notar como a atuação dos advogados pode tanto contribuir para o acesso à justiça, numa perspectiva colaborativa, como reduzir esse mesmo acesso e até mesmo inviabilizar a autonomia de seus próprios clientes na satisfação de seus interesses e necessidades.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Processo civil; Mediação de conflitos; Ética colaborativa; Advocacia colaborativa.

INTRODUÇÃO

Só os homens livres são muito gratos uns para com os outros.
O homem livre jamais age com dolo, mas sempre de boa-fé.
(Spinoza, *Ética*, IV, proposições 71 e 72; 2021, p. 347).

O acesso à Justiça tem se constituído num tema cada vez mais recorrente, entre os mais variados estudos, com uma vasta quantidade de publicações, inclusive no Brasil²,

¹ Doutor em educação pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), doutorando em ciências jurídicas e sociais na Universidade Federal Fluminense (UFF), mestre em educação pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), mestre em ciências jurídicas e sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF), especialista em mediação de conflitos pela Universidade Cândido Mendes (UCAM) e direito ambiental pela Escola Superior de Advocacia (ESA) da OAB-RJ e Centro Universitário de Volta Redonda (UNIFOA), licenciado em filosofia pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), bacharel em direito pela Universidade Cândido Mendes (UCAM) e advogado, com formação em práticas colaborativas pelo Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas (IBPC), professor no ensino superior e na educação básica. E-mail: robertsegal70@gmail.com. *Link* para currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4414245882882253>.

² Brasil, Capes. Banco de Teses e Dissertações. Disponível em <http://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#/>.

seja no viés de recurso ao Poder Judiciário, seja como sinônimo de busca da materialização de um valor moral, ou ainda como satisfação de interesses, necessidades e direitos, ainda que esses últimos sequer estejam contemplados ou cuja tutela esteja consolidada no ordenamento jurídico, tendo em vista um cenário de capacidades sociais em plena expansão (Galanter, 2016, p. 16-31).

Com relação ao recurso ao Poder Judiciário, os estudos científicos no campo do Direito vêm se baseando, de modo geral, na questão da efetividade do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, uma vez que “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abuso de poder” (inciso XXXIV) e “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inciso XXXV).

Quanto à materialização de um valor moral, a questão da Justiça se constitui no objeto reflexivo de trabalhos com aportes teóricos desde pensadores como Platão (1993), Aristóteles (2018), Kant (2017), Arendt (1999), Rawls (2016), Dworkin (2010), Hart (2009), Sen (2011), Sandel (2015), entre tantos outros, com esforços autorais sobretudo nos campos da Filosofia do Direito e da Ciência Política.

E, enquanto sinônimo de satisfação de interesses e necessidades, o acesso à Justiça tem sido objeto de análise concernent às diversas questões sociológicas de um mundo de expansão de direitos, conforme, por exemplo, assinalam Bobbio (2004) e Galanter (2016), sobre os direitos cada vez mais reivindicados; condições objetivas a serem negociadas por pessoas em situação de alguma disputa, consoante registra a perspectiva negocial de Fisher, Ury e Patton (2018); ou condições subjetivas, a partir do tratamento de disputas de caráter afetivo, como problematizam Bush e Folger (2004), além de Warat (2004).

No caso específico deste trabalho, privilegia-se uma convergência dos três vieses, tendo em vista que o que está em jogo é um estudo sobre a ética colaborativa a ser vivenciada pelos advogados quando assessoram seus clientes durante os procedimentos de mediação de conflitos, no âmbito judicial, em contraste à ética adversarial, cujos efeitos práticos podem ser observados no diapasão tanto da efetividade das garantias fundamentais, quando falamos em processo civil, como no que toca à satisfação de necessidades e a experimentação de valores morais específicos.

E isso decorre de um questionamento acerca de como a atuação dos advogados pode impactar positivamente ou negativamente no acesso à justiça, por mais que, em determinados casos, aleguem defender os interesses de seus clientes, o que também suscita, como objetivo geral, apresentar um estudo sob o ponto de vista da ética colaborativa, a partir das contribuições de Luban e Wendel (2017), Spengler (2016) e de Webb e Ousky (2017), aplicadas à mediação de conflitos, mediante um diálogo com as obras de Brandão, Bacal e Figueiredo (2019); Pinho e Queiroz (2017); Spengler (2016); e Spengler e Spengler Neto (2016).

Isto posto, a título de objetivos específicos, cabe empreender no sentido de analisar os limites (ou barreiras) e as possibilidades de acesso à Justiça, considerando um mundo com capacidade social em plena expansão, e um esforço para promover um estudo sobre a ética profissional dos advogados na mediação de conflitos, levando-se em conta, por um lado, a autonomia de vontade das partes envolvidas em disputas judicializadas, e, por outro, o que o poderia vir a ser a obliteração dessas mesmas partes, eis que, nesse último caso, pode-se perguntar em que medida a resistência dos advogados em consentir com o maior protagonismo possível de seus clientes, sob o argumento inclusive do exercício das próprias prerrogativas da advocacia e até mesmo de determinados direitos fundamentais, pode significar um limite ou uma barreira de acesso à Justiça.

Tal esforço se justifica por minha fadiga na atuação em causas litigiosas nos Tribunais de Justiça, após aproximados 16 anos, e, posteriormente, minha própria escolha como profissional colaborativo³, tanto no exercício da advocacia como na mediação de conflitos. Isso, sem deixar de mencionar o meu envolvimento em duas pós-graduações *stricto sensu* no Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD), da Universidade Federal Fluminense (UFF), quais sejam, um mestrado e um doutorado em ciências jurídicas e sociais, ambos tendo a mediação de conflitos como objeto de pesquisa⁴, bem como a percepção de que a grande maioria das obras que se debruça sobre

³ Nesse sentido, minha trajetória profissional se assemelha ao advogado Stuart G. Webb, um dos percussores nas práticas colaborativas e autor do livro *O caminho colaborativo para o divórcio*, que inclusive serve de referência para este trabalho. Cf. Webb; Ousky, 2017, p. 12-13.

⁴ Nessa experiência, em particular, onde tive a oportunidade de compartilhar a leitura de diversas obras sobre acesso à justiça, instituições jurídico políticas e mediação de conflitos, com meus colegas de pós-graduação, na disciplina *Crítica das instituições jurídico-políticas III: jurisdição contemporânea, MASCS e desjudicialização*, sob a condução dos professores doutores Fernando Gama de Miranda Netto, Marcelo Pereira de Almeida e Márcia Michele Garcia Duarte, no segundo semestre de 2023.

a colaboração têm dado mais ênfase aos mediadores de conflitos e às partes (ou “mediandas”) do que em relação à atuação dos advogados⁵.

No que toca a relevância desse trabalho, minha pretensão é compartilhar com pesquisadores, profissionais do campo do Direito e demais interessados, uma inquietação que possa vir a contribuir na consolidação de uma “cultura jurídica” baseada na ética colaborativa⁶.

Entretanto, cumpre assinalar que, por se tratar de um conceito, que sequer possa ser mensurado⁷, tal como o significado de ética jurídica colaborativa, o presente trabalho assume a forma de um estudo qualitativo (Denzin; Lincoln, 2006), de caráter descritivo e analítico, valendo-se de uma pesquisa documental e uma revisão de literatura especializada, como técnicas de pesquisa (Gil, 2008; Yin, 2016) para se lançar luz sobre o problema e os objetivos aqui suscitados.

Com relação à pesquisa documental, optei pela seleção de documentos normativos, tais como a Constituição da República Federativa do Brasil, o Código de Processo Civil (instituído pela Lei nº 13.105/2015), o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (disposto na Lei nº 8.906/1994), o Código de Ética e Disciplina da Advocacia, (consoante a Resolução nº 02/2015, da Ordem dos Advogados do Brasil), e o Manual da Mediação, organizado por Azevedo e publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (Azevedo, 2016).

Já no tocante à revisão de literatura, foi antecedida pela seleção de bibliografia especializada, levando-se em consideração a possibilidade de se conjugar os aportes teóricos sobre a ética colaborativa na advocacia, acesso à Justiça e mediação de conflitos, o que implicou na escolha de autores como Luban e Wendel (2017), e Webb e Ousky (2017).

Dito isso, o primeiro movimento analítico passa a ser compreender os limites e as possibilidades do acesso à Justiça, desde um cenário macrossocial, isto é, mundial, até

⁵ Brasil, Capes, Banco de Teses e Dissertações.

⁶ Inquietação essa que se dá na esteira do que já foi escrito por Economides (1999), Webb e Ousky (2017).

⁷ Denzin; Lincoln, 2006; Marconi; Lakatos, 2021; Minayo, 2007.

um contexto microsocial, focado na realidade brasileira, onde este estudo se desenvolveu.

1. ACESSO À JUSTIÇA: UMA RELEITURA CONCEITUAL

Conforme registrado na introdução desse trabalho, o acesso à Justiça tem se constituído num objeto de estudos interpretativos acerca das formas de recurso ao Poder Judiciário, nos casos de violação concreta ou potencial de direitos – tendo, por vezes, os direitos humanos fundamentais como alicerce valorativo –; esforços hermenêuticos no que toca a valores morais específicos a serem materializados nas experiências humanas; e empreitadas analíticas sobre o problema da satisfação de interesses e necessidades individuais, coletivas ou difusas.

No caso específico desse mesmo trabalho, o conceito de acesso à Justiça leva em consideração três aspectos fundamentais e assumidos de forma imbricada, pelos próprios aspectos que suscitam compreender.

O primeiro deles diz respeito ao fato de que, a partir do reconhecimento do acesso ao Poder Judiciário como um direito fundamental, tal como se estabeleceu nos incisos XXXIV e XXXV, do art. 5º, da Magna Carta, há um Código de Processo Civil em vigor, por força da Lei nº 13.105/2015, como regramento dos procedimentos concernentes às disputas interpessoais judicializadas, tendo com um de seus fundamentos que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito” (art. 3º, *caput*).

O segundo aspecto se refere a uma dimensão imaterial da vida humana que considera a ideia de Justiça como expressão de um valor supremo e imaterial, de caráter metafísico e impessoal (Platão, 1993; Aristóteles, 2018), merecendo ser ainda compreendido a partir de uma ética universalizante (Kant, 2019); como algo que, mesmo sendo derivado de um valor impessoal, mereça ser interpretado pelos seres humanos segundo contextos específicos e as contingências que suscita (Arendt, 1999); ou cuja concepção implique, de maneira imbricada, em significados como liberdade, igualdade e equidade (Rawls, 2016; Dworkin, 2010; Hart, 2009; Sen, 2011; Sandel, 2015).

Se, historicamente, as ideias de Justiça e de satisfação dos interesses individuais, coletivos e difusos estavam condicionadas, sobretudo, à tutela estatal, dependentes de

medidas adjudicatórias – mediante decisões judiciais com protagonismo dos magistrados –, com o passar do tempo, o sistema judicial vem se aperfeiçoando, a tal ponto de, nos dias atuais, reconhecermos a importância do chamado sistema multiportas de acesso à Justiça, composto tanto de formas heterocompositivas de tratamento de disputas – como se observa na atuação adjudicante do próprio Poder Judiciário e na arbitragem – como de modos autocompositivos de resolução de conflitos – conforme se verificam, por exemplo, nas práticas da negociação, conciliação e mediação (Bacellar, 2016; Spengler, 2016).

Em se tratando da negociação, em linhas gerais, consiste num meio básico de se obter o que alguém deseja dos outros, mediante uma comunicação de mão dupla projetada para chegar a um acordo quando as partes têm algum interesse em comum e outros opostos, além daqueles interesses que sejam simplesmente diferentes (Fisher; Ury; Patton, 2018, p. 17).

Por sua vez, a conciliação, consiste num procedimento técnico, de natureza autocompositiva, em que um terceiro imparcial auxilia às partes, depois de ouvi-las, a encontrar soluções que possam atender seus interesses, valendo-se de perguntas e sugestões, o que pode conduzir a celebração de um acordo e extinção de um processo judicial (Bacellar, 2016, p. 84-85).

Já com relação à mediação, é um processo ou procedimento transdisciplinar, em que um terceiro imparcial lança mão de diversas ferramentas ou técnicas, sem induzir as partes a aceitarem determinadas propostas, auxiliando-as a perceber no próprio conflito a oportunidade de encontrar, por meio do diálogo entre ambas, soluções criativas com vistas ao ganho mútuo (Bacellar, 2018, p. 107). Como prática comunicativa no tratamento dos conflitos, fundada na ética da alteridade, a mediação também possui como fim a responsabilização das partes conflitantes a dedicar-se à relação que os une (Spengler, 2016, p. 183).

Se, nos casos da negociação e conciliação o fim imediato é o acordo, no caso da mediação o fim imediato é o restabelecimento da relação abalada ou rompida por intermédio da facilitação do diálogo, ao passo que a celebração do acordo é vislumbrada como possível desdobramento, portanto, seu fim mediato.

Isso, sem esquecermos das denominadas práticas colaborativas, que advêm do processo colaborativo, desenvolvido inicialmente pelo advogado Stuart G. Webb e incrementado por Ronald D. Ousky, como alternativa ao tradicional modo litigioso de abordagens de questões na seara do direito de família (Webb; Ousky, 2017). Se, por um lado, se aproxima conceitualmente da negociação, haja vista a organização de uma pauta de pontos a serem dirimidos pelas partes, considerando a satisfação de suas necessidades, por outro lado, também se aproxima da mediação, na medida em que se privilegia o protagonismo dos sujeitos envolvidos numa relação dissonante (que não, necessariamente, tenha culminado num conflito, ao menos mais exacerbado).

Originariamente envolvendo as pessoas com seus pontos dissonantes (ou conflitantes), acompanhadas de seus respectivos advogados, os quais assumem a postura de assessores para assuntos jurídicos (Webb; Ousky, 2017), as práticas colaborativas se aperfeiçoaram, a tal ponto de, hoje em dia, ensejar a atuação de profissionais de campos relacionados à saúde mental (psicólogos ou psicanalistas, por exemplo) e à área das finanças (contadores, economistas etc.) (Tesler; Thompson, 2017). Desse modo, o enfoque no tratamento de eventual dissonância ou disputa se dá em três dimensões: jurídica, mental e financeira.

Entretanto, algo que parece ter sido construído de forma simples e como se umas decorressem logicamente das outras, numa análise mais acurada sobre o que já se conhecer como sistema multiportas de acesso à Justiça⁸, acaba por revelar um caminho construído a partir dos mais variados limites, ou de barreiras. Tanto que as práticas relacionadas ao acesso à Justiça vêm se aperfeiçoando justamente à medida que uma variedade de limites tem surgido (Cappelletti; Garth, 1988; Galanter, 2018).

Num primeiro momento, os limites dizem respeito às desigualdades econômicas entre as pessoas, o que tem colocado as mais pobres com maior dificuldade de recorrer ao Poder Judiciário, porque não dispõem de recursos financeiros para arcar com as custas judiciais ou não têm condições de pagar pelo serviço de profissionais especializados como os advogados (Cappelletti; Garth, 1988; Galanter, 2016).

⁸ Que, em parte, “retratam a mais ampla oferta de meios, métodos, formas e mecanismos (vinculantes ou não) colocados à disposição do cidadão, com estímulo do Estado, a fim de que ocorra o adequado encaminhamento dos conflitos para os canais disponíveis”. Bacellar, 2016, p. 79.

E esses mesmos limites se acentuam na medida em que um contingente de advogados prefere atuar em prol das corporações com maior capacidade financeira – o que lhe possibilita inclusive maior chance de ganhos financeiros –, ao invés de patrocinar os interesses de pessoas físicas ou naturais (Cappelletti; Garth, 1988); tem-se um estado de desconfiança entre as pessoas com relação aos profissionais do direito – advogados, promotores de Justiça, juízes etc. – e o próprio sistema judicial, ou temor diante dos ambientes judiciais, comumente imponentes e intimidatórios (Cappelletti; Garth, 1988); determinados mecanismos processuais não conseguem mais dar conta da realidade social judicializada, cada vez mais complexa, ensejando seu aprimoramento (Cappelletti; Garth; 1988; Galanter, 2016); e até mesmo quando existem limitações geográficas, como as que situam as instituições de forma esparsa, as quais deveriam atender os cidadãos quando eles necessitam acessá-las, o que é comum em países com vasto território, como, por exemplo, Austrália e Brasil (Economides, 1999).

Focando nas questões econômicas, merece o registro de que existe uma relação assimétrica entre aqueles considerados como “usuários eventuais” (*one shotters*) e os “usuários habituais” (*repeat players*) do sistema judicial, no caso, podendo comumente ser observada entre pessoas físicas ou naturais, de um lado, e pessoas jurídicas ou artificiais, de outro (Galanter, 2016, 2018).

Em vista disso, tende-se a um favorecimento em ações litigiosas das pessoas jurídicas ou artificiais – instituições públicas, corporações etc. –, considerando que, justamente devido ao maior aporte financeiro delas, possuem maior capacidade para arcar com as custas de um processo judicial que eventualmente pode se prolongar no tempo, mobilizar *experts* no campo da perícia técnica, contratar um corpo maior de advogados especializados em determinados temas, para certas demandas judicializadas, o quais, inclusive em consequência de seu próprio *status* e da maneira recorrente com que frequentam as dependências do Poder Judiciário, conseguem manter relações interpessoais privilegiadas com serventuários e magistrados (Galanter, 2016, 2018).

Esse são fatores que podem interferir na construção de acordos mais vantajosos para as pessoas jurídicas ou artificiais – justamente os “usuários habituais” do sistema judicial –, fazendo com que esses mesmos acordos nada mais sejam do que uma forma

de aparente consensualidade, ocultando as assimetrias se dão do início ao fim de um processo judicial (Fiss, 2004).

Além de todos esses limites, existe o problema da desigualdade de acesso aos recursos tecnológicos, os quais poderiam dinamizar a solução de controvérsias, tal como acontece nas propostas dos meios ou métodos *on-line* de resolução de disputas (ODR). Eis que, apesar dos avanços sociais (de classe e faixa etária) no acesso à rede mundial de computadores (*internet*), no caso brasileiro, ainda se pode constatar uma gama de desigualdades no acesso ao referido recurso, haja vista a ausência de computadores em um considerável número de domicílios no país, a pouca familiaridade com as ferramentas tecnológicas entre os usuários, a limitação geográfica de acesso à *internet* (apenas um número seletivo de municípios disponibiliza acesso livre à rede *wi-fi*)⁹ e a limitação do chamado “banco de dados” nos aparelhos de mídia móveis, o que inviabiliza que um elevado número de pessoas possa se manter conectado à *internet* por um longo tempo, o que, aliás, é preciso nas audiências virtuais (conciliação, mediação, instrução e julgamento etc.) no âmbito dos Tribunais de Justiça (Silva, 2019).

Diante dos limites aqui abordados, cumpre perguntar quais seriam os eventuais caminhos tanto para ampliar o acesso à justiça como para a redução das assimetrias entre as pessoas envolvidas em disputas, eventualmente judicializadas, dependendo da natureza das necessidades e dos interesses em jogo, do nível de insatisfação entre as partes e das formas de tratamento de conflitos que se apresentam no âmbito judicial, o que constitui marco espacial deste trabalho.

2. UM OLHAR ÉTICO SOBRE A ADVOCACIA NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: ENTRE A AUTONOMIA E A OBLITERAÇÃO DOS SUJEITOS

Talvez nunca seja demais lembrar que os conflitos são inerentes a todo e qualquer agrupamento social (Simmel, 1983), independentemente de sua localização e de seu grau de complexidade, assim como da diversidade cultural que lhe constitui¹⁰, o que suscita

⁹ Brasil, IBGE, 2018.

¹⁰ Como ilustração disso, cabe mencionar as contribuições antropológicas de Evans-Pritchard (2005), quando descreve etnograficamente as tensões internas entre os *Nuer* e deles frente os *Azande*; Velho (1989), por ocasião de sua pesquisa sobre a convivência entre os moradores de um condomínio situado em Copacabana, zona sul da cidade do Rio de Janeiro; e sociológicas de autores como Elias e Scotson (2000), ao demonstrarem as disputas territoriais num bairro da cidade inglesa de XX; Santos (2014), em sua

uma variedade de formas de resolução de disputas, por vezes inclusive desconhecidas das denominadas instituições oficiais (autoridades policiais, cartórios extrajudiciais, Tribunais de Justiça etc.) (Rouland, 2008; Santos, 2014).

No entanto, no que se refere a essas mesmas instituições, há um sistema multiportas de acesso à Justiça que vem se consolidando no Brasil, sobretudo, nas últimas décadas, a partir de transformações estruturais no interior do próprio sistema judicial; mudanças procedimentais, com fundamentação legal vigente; contribuições científicas, com o incremento dos trabalhos realizados nas universidades sobre acesso à Justiça; e democratização das informações sobre o próprio acesso à Justiça e os meios compositivos de conflitos.

Com relação às transformações estruturais no sistema judicial brasileiro, vale menção às iniciativas concernentes à composição entre pessoas envolvidas em disputas e litígios, no nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), oriundos a partir de experiências como os chamados Juizados de Pequenas Causas – criados pela Lei nº 7.244/1984 –, em alguma medida, aprimorados com o advento dos Juizados Especiais – instituídos pela Lei nº 9.099/1995¹¹ –, e, finalmente, estabelecidos por força da Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e viabilizados, nos estados, pelos Núcleos de Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs)¹², em que pese a existência de alguns “gargalos” no que diz respeito ao funcionamento dos CEJUSCs, seleção, atuação e remuneração de mediadores¹³, entre outros.

exposição sobre as formas de sociabilidade na comunidade carioca do Jacarezinho; Marx (2013), aos problematizar a luta de classes, entre a burguesia e o proletariado, no cenário inglês do século XIX; Weber (1994), quando discorre acerca das disputas e dos conflitos diante de quadros de escassez de bens materiais e simbólicos; Whyte (2005), em seu estudo minucioso sobre a população oriunda de imigrantes italianos, num dos bairros da cidade estadunidense de Boston.

¹¹ “Em alguma medida”, considerando experiências de violação de garantias fundamentais no curso de processos cíveis, nos Juizados Especiais, conforme descrições e análises de Miranda Netto (2007), assim como a sua burocratização, demora no provimento jurisdicional, cobrança de custas para eventuais recursos e exclusividade do corpo de alunos da EMERJ no exercício da função de juiz leigo, inclusive, com respaldo da legislação, como assinalam Mello e Meirelles (2010).

¹² Brasil, CNJ, Política judiciária nacional, NUPEMECs e CEJUSCs. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/perguntas-frequentes-7/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs/>. Acesso em: 10 mar. 2024.

¹³ Mais precisamente quanto à atuação e remuneração dos mediadores, no âmbito judicial, existem problemas com relação ao fato de que, geralmente, são os próprios servidores judiciais que têm que acumular suas funções ordinárias como o ofício de mediador, o que coloca em xeque a independência desses mesmos servidores (por serem diretamente subordinados aos magistrados), além de haver limitações

Quanto às mudanças procedimentais, destaque-se a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (CPC), consoante a Lei nº 13.105/2015, que, ao mesmo tempo, reafirmando preceito constitucional de que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito” (art. 3º, *caput*)¹⁴, contemplou a promoção, por parte do Estado, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (art. 3º, § 2º), devendo os juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial, estimular a conciliação, a mediação e os outros métodos consensuais de solução de conflitos (art. 3º, § 3º).

Pois, nesse mesmo sentido, este Código de Processo Civil traz em seu texto uma seção inteira (Seção V), do Capítulo III, referente aos auxiliares da Justiça, estabelecendo: a criação dos CEJUSCs pelos Tribunais de Justiça estaduais (art. 165, *caput*); as atribuições dos conciliadores (art. 165, § 2º) e mediadores (art. 165, § 3º); os princípios basilares da conciliação e mediação (art. 166); a obrigatoriedade da inscrição de conciliadores, mediadores e câmaras privadas de conciliação e mediação (art. 167); a liberdade das partes para escolherem o conciliador, o mediador e a câmara de conciliação e mediação para a resolução de suas controvérsias (art. 168); a remuneração aos conciliadores e mediadores por seu trabalho (art. 169); o impedimento e a impossibilidade temporária de atuação de conciliadores e mediadores (art. 170 a 172); a exclusão dos conciliadores e mediadores dos quadros cadastrais do Tribunais, em casos de violação ética e legal (art. 173); e a criação das câmaras de mediação, por parte da União, estados, Distrito Federal e municípios, com o objetivo de solucionar conflitos no âmbito da administração pública¹⁵.

quanto ao recebimento de remuneração. Isso porque, como mediadores judiciais, os servidores já recebem seus salários e, no caso específico, de mediadores externos (contratados), recebem uma remuneração de baixo valor, ou essa mesma remuneração está condicionada à celebração de acordo entre as partes (o que é uma contradição com os fundamentos da própria mediação de conflitos, em que o acordo é uma consequência do restabelecimento do diálogo entre as partes), ou ainda nada recebem, como se “voluntários” fossem, tendo em vista a ausência de uma regulamentação efetiva sobre esse tema. Miranda Netto; Leal; Soares, 2020, p. 165-183.

¹⁴ Brasil, CF/1998, art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹⁵ Para um aprofundamento sobre os conceitos e as questões envolvendo a mediação judicial de conflitos, inclusive acerca de seus dilemas, recomendo a leitura do *Manual do direito processual civil contemporâneo*, de Pinho (2023); *Manual de mediação e arbitragem*, de Pinho e Mazzola (2021); e *Comentários à lei de mediação*, sob a coordenação de Pelajo *et al.* (2019).

Especificamente com relação aos aspectos procedimentais da mediação judicial de conflitos, no contexto do processo civil brasileiro, interessa analisar o papel dos advogados que atuam junto às partes, tomando-se por base dois aspectos.

O primeiro aspecto relaciona-se ao próprio conceito e à efetividade do Estado Democrático de Direito, pois, além de se tratar de um direito fundamental, constitucionalmente protegido, do ponto de vista sociopolítico, juntamente com os magistrados, os defensores públicos e os membros do Ministério Público, o advogado integra o sistema judicial, tendo a prerrogativa de ingressar nas dependências de órgãos públicos e ter vista dos documentos que digam respeito às pessoas que lhes outorgam procuração para a defesa de seus direitos¹⁶.

Não por outro motivo, inclusive, se reconheceu, na ordem constitucional, que “o advogado é indispensável à administração da justiça” (art. 133), com seu eco no art. 2º da Lei nº 8.906/1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

O segundo aspecto concerne ao fato de que o acompanhamento de um advogado é um corolário do direito fundamental previsto no inciso LV, do art. 5º, da Constituição Federal, uma vez que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente”.

Juntamente com a ampla defesa e a duração razoável do processo, o contraditório compõe o que se pode chamar de “princípio-mãe” do devido processo legal e é indissociável ao próprio conceito de processo justo, inferido como o direito das partes em influenciarem o convencimento do juiz e, como consequência, no conteúdo de sua decisão (Pinho; Queiroz, 2017, p. 851-852; 858).

Todavia, conforme ponderam Pinho e Queiroz, existem pontos de tensões entre as garantias fundamentais do processo e o uso das ferramentas da mediação de conflitos, envolvendo questões práticas e operacionais da própria mediação (Pinho; Queiroz, 2017, p. 856-900).

¹⁶ Ver arts. 1º a 7º-B, da Lei nº 8.906/1994.

E um desses pontos de tensão, segundo os autores, diz respeito ao contraditório, merecendo-se indagar como compatibilizar, por exemplo, as sessões privadas da mediação de conflitos com tal princípio.

Isso porque, se, de um modo geral, a mediação de conflitos é viabilizada pela troca das informações entre as partes, quanto às suas necessidades e aos seus interesses, por intermédio da ajuda do mediador (que exerce a função de facilitador de diálogo e, dessa maneira, dessa troca de informações) – dando às próprias partes a oportunidade de (re)conhecer os interesses consonantes e dissonantes –, há situações em que, a requerimento das partes ou do mediador, procedem-se sessões privadas com as partes sendo ouvidas separadamente (Azevedo, 2016; Bacellar, 2016; Moore, 1998; Pinho; Queiroz, 2017; Spengler; Spengler Neto, 2016.).

Assim, a partir de informações confidenciais que as partes lhe fornecem, nas sessões privadas, o mediador pode notar os interesses antagônicos e testar a reciprocidade entre as partes (Spengler; Spengler Neto, 2016), além de compreender as “motivações ocultas”, quando às suas pretensões e defesas (Pinho; Queiroz, 2017, p. 862); os impasses de difícil solução, captar as melhores opções viáveis a um eventual acordo (Moore, 1998, p. 57). E mais, posto que se trata de um instrumento de balanceamento das partes, especialmente, quando o próprio mediador observa assimetrias com relação à compreensão sobre determinados pontos (que originaram a disputas e, naquele instante constituem objeto da mediação), entendimento sobre suas repercussões ou que apenas uma das partes esteja agindo de forma colaborativa.

É nesse momento que, inclusive, a participação do advogado contribui para o “choque de realidade”, levando-se em conta as consequências de suas ações, a efetividade ou fragilidade da parte e as consequências possíveis pela não celebração de um acordo (Pinho; Queiroz, 2017, p. 862).

Contudo, conforme Pinho e Queiroz assinalam, questão tormentosa pode surgir na hipótese de o advogado desejar estar presente na sessão privada (*caucus*) realizada com a outra parte, invocando suas prerrogativas funcionais. Se o impedimento do advogado de participar de tal ato inviabilizaria o prosseguimento da mediação, haja vista a própria prerrogativa funcional desse profissional jurídico, muito provável que a parte se

sentisse à vontade para expor seus pontos de vista com a presença do advogado da parte contrária (*ex adverso*) (Pinho; Queiroz, 2017, p. 864).

Ainda como prosseguem os citados autores, nessa hipótese, não haveria uma alternativa a não ser interromper a sessão privada e, provavelmente, em decorrência disso, o próprio procedimento da mediação de conflitos, caso o mediador não se sinta mais à vontade para conduzi-lo, nos moldes como inicialmente pretendia (Pinho; Queiroz, 2017), cabendo recordar que o mediador goza de independência e autonomia no exercício de suas atribuições, como previsto no inciso V, do art. 1º, no Anexo III, da Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ); no § 2º, do art. 2º, da Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação); e no *caput*, do art. 166, da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil).

Entretanto, prosseguindo. Se, numa via, o acompanhamento de um advogado é um direito fundamental dos cidadãos e, ao mesmo tempo, o exercício de seu trabalho (em todas as dependências das instituições públicas) é uma prerrogativa, noutra via, cabe frisar o próprio conceito de mediação como um meio ou método não adversarial de tratamento ou resolução de conflitos, em que uma terceira pessoa – no caso, o mediador – exerce a função de facilitar o diálogo entre as partes, na busca do reestabelecimento de uma relação interrompida, pois, esse é seu objetivo imediato, justamente por um conflito interpessoal, tendo como objetivo mediato (eventual consequência), a celebração de um acordo¹⁷.

Considerar isso é importante, uma vez que se proponha uma análise procedimental e uma reflexão ética sobre o tema.

No tocante ao aspecto procedimental, têm-se duas hipóteses.

A primeira delas diz respeito, como exposto, à imediata interrupção da mediação, ao passo que a segunda concerne à possibilidade de se perguntar às próprias partes se: (a) uma delas concordaria que o advogado da outra parte (*ex adverso*) estivesse presente à sessão privada, e até mesmo se ambas as partes concordam que seu advogados estejam presentes nas sessões privadas; (b) ambas as partes acham que a presença dos advogados

¹⁷ Neste sentido, ver Azevedo, 2016; Bacellar (2016), Bush e Folger (2004), Moore, 1998; Spengler; Spengler Neto, 2016; Tartuce, 2020.

é realmente imprescindível nas sessões privadas, de modo diverso das sessões coletivas (com mediador, comediador, eventuais observadores, advogados e as próprias partes).

Por mais estranho (ou até absurdo) que caiba cogitar tais hipóteses, é importante lembrar que os protagonistas da mediação são justamente as partes envolvidas no conflito, eis que, como registram Spengler e Spengler Neto (2016, p. 27), “nenhuma decisão deve ser imposta ou tomada para as partes, pelo contrário, a mediação deve ser conduzida de forma que elas possam identificar o verdadeiro problema e chegar a um acordo”.

Enquanto isso, numa visão semelhante Brandão, Bacal e Figueiredo (2019, p. 44), ponderam que “na mediação, a voz é das partes, diferentemente do que ocorre no processo judicial, no qual os advogados e os defensores as representam em falam por elas”.

Pois, aqui se opera um deslocamento do protagonismo da tomada da decisões que, se antes, cabia aos magistrados e até mesmo aos advogados, nesse momento, são as partes que assumem (e, inclusive, devem ser encorajadas a assumir) esse protagonismo, uma vez que, desde a abertura do procedimento ou processo da mediação, seja esclarecidas sobre seus direitos, a importância de suas respectivas autonomias e informadas sobre suas eventuais decisões.

Ademais vale anotar ainda que a mediação é uma das causas da suspensão do processo, tendo em vista o inciso II, do art. 313, da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), e o *caput* do art. 16, da Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação), o que pode ajudar a reforçar a percepção de que a mediação não se constitui um meio adversarial – como o curso de um processo judicial –, e, dessa forma, contribui no entendimento das próprias circunstâncias desse meio autocompositivo, entre todos aqueles que dele participar, sobretudo, as partes e seus respectivos advogados¹⁸.

Considerar esses pontos também suscita uma reflexão ética, à medida que se abre a possibilidade de uma guinada da judicialização (ou seu curso, num processo judicial) rumo à autocomposição, com deslocamento da cultura fundada no protecionismo estatal – cujas bases remetem ao contratualismo moderno que, nada ou muito pouco, servem à

¹⁸ Uma das características mais importantes na mediação de conflitos reside na confidencialidade de tudo aquilo que é exposto pelas partes em seu curso e somente aquilo que ambas consentirem há de ser publicizado. Bacellar, 2016; Tartuce, 2020.

cidadania, justamente por seu caráter restritivo de participação social¹⁹ – à responsabilização das próprias partes pelo tratamento do litígio sobre as questões que lhes digam respeito (Spengler, 2016), sem, entretanto, perder de vista as situações em que o Estado deva intervir com o intuito de reduzir as assimetrias entre as partes e prevenir/conter violação ou ameaça de violação de direitos, além de promover-lhes a efetividade²⁰.

Situação que poderia ainda causar alguma estranheza refere-se ao eventual requerimento da parte para que a realização de uma sessão privada se dê sem a presença de qualquer advogado, inclusive o seu.

Porém, superada uma ocasional estranheza – mesmo porque, aquilo que é humano em nada deveria parecer-nos estranho²¹ (ainda mais quando falamos em Ciências Humanas e Sociais), tampouco, a compreensão do ser humano impõe tê-lo como tal, e não a partir de idealizações²², pode ocorrer de uma das partes ter informações ou relatos de sua própria vida que podem deixá-la constrangida ou envergonhada²³ e que, até o momento da sessão privada de mediação (mais à vontade com o mediador), sequer tenha revelado ao seu próprio advogado.

Mesmo porque, se “a vergonha é a tristeza que acompanha a ideia de alguma ação que imaginamos censurada pelos outros”, como reflete Spinoza, em suas definições dos afetos (*Ética*, III, 31) (Spinoza, 2021, p. 251), mantém relações com a moral em consequência do próprio conceito de imoralidade, estabelecido a partir de conceitos forjados nas desigualdades entre as pessoas, tomando-se como (auto)referência a posição do “mais forte”, e que coloca os outros em situação de humilhação, o quais, por sua vez,

¹⁹ Cf. Nussbaum, 2013; Spengler, 2016.

²⁰ Essa é a própria razão de ser pela qual o provimento jurisdicional é indeclinável ao Poder Judiciário, à luz do inciso XXXV, do art. 5º, da CRFB/1988, e do *caput* do art. 3º da Lei nº 13.105/2015 (CPC), bem como motivo de elucubrações de autores como Galanter (2018) e Santos (1996, 2009), em especial, quando nos defrontamos com o desmantelamento de políticas públicas, atreladas ao Estado de bem-estar social, em favor da globalização neoliberal.

²¹ Aludo aqui à frase de Públio Terêncio Afro: “hombre soy, y nada humano juzgo serme ajeno” (*apud* Burke, 1985, p. 17).

²² Recorro a Benedictus de Spinoza, ou Baruch de Espinosa (2019, p. 8), ao dizer que: “[...] procurei escrupulosamente não rir, não chorar, ne detestar as ações humanas, mas entendê-las”.

²³ Refiro-me, por exemplo, a experiências de violência ou abuso na infância ou segredos pessoais ou familiares ainda não revelados que, no entendimento de uma das partes, possa envergonhá-la ou até agravar a relação conflituosa com a outra pessoa que participa da mediação.

temem a vergonha pelo medo da dor física, do castigo, da privação de benefícios, da perda de capital social ou da solidão, pela perda das amizades (La Taille, 2002).

Por mais que as partes e seus respectivos advogados compartilhem posições, no curso de um processo judicial, e ainda coadunem-se em determinados valores, não se trata de relações de amizade, primeiro, porque as próprias partes não estão sujeitas às responsabilidades ético-profissionais as quais os advogados encontram-se submetidos; segundo, porque, justamente com respaldo dos códigos de conduta das instituições com as quais estão vinculados, esses profissionais jurídicos não respondem do mesmo modo que seus constituintes (as pessoas consideradas juridicamente leigas) (Luban; Wendel, 2017; Abel, 1981), à exceção, por exemplo, em casos de má fé processual²⁴.

Ademais, esse tipo de relação coloca sob os ombros do advogado o dever de informar ao seu cliente tantos as melhores estratégias na defesa de seus interesses e direitos como adverti-lo das escolhas que porventura fizer. Daí, inclusive, não se poder imputar qualquer responsabilidade em face do advogado que, mesmo advertindo seu constituinte para tomar ou não determinado caminho, este último opta pelo inverso (Luban; Wendel, 2017).

Aplicando-se tal hipótese à mediação, esse é o escopo do princípio da decisão informada, pela qual as partes são orientadas, tanto pelo mediador como pelos advogados, sobre as consequências de suas próprias escolhas, a partir daquilo que se apresenta no curso da mediação, seja do ponto de vista de suas próprias necessidades, seja do ponto de vista das repercussões jurídicas²⁵.

Entra em cena um novo modelo de representação social, privilegiando a ética da alteridade, fundada no respeito e reconhecimento da intimidade do outro, do uso da razão para a satisfação daquilo que cada um julga ser seu, por direito, sem que se menosprezem as emoções e paixões, da solidariedade, do cuidado de si e do outro, reconhecendo nesse “outro” a legitimidade de seus sentimentos, suas necessidades e seus direitos²⁶, de empatia como fruto de um movimento de idas e vindas, numa sincronicidade que, a partir

²⁴ No caso das pessoas físicas ou jurídicas, que participam de um eventual processo, como parte, pode-se aplicar as penas da litigância de má-fé, nos casos previstos no art. 81, da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil).

²⁵ Vide art. 9º, da Resolução nº 02/2015 (Código de Ética e Disciplina) da OAB.

²⁶ Vide Bubber, 2004; Spengler, 2016; Spinoza, 2021; Warat, 2004.

da capacidade de fazer um mapeamento entre o nosso próprio corpo e o corpo do outro, nos permita deixar-se incorporar pelos movimentos (e sentimentos) desse outro, naquilo que se pode entender como empatia²⁷. Pois, de modo diverso, apenas no movimento de se colocar no “lugar do outro” (só de ida) pode denotar mais uma forma de controle e dominação, o que os colonizadores europeus sobre os corpos dos povos originários da América e África já conheciam bem, ao entender e se apropriar – inclusive com discursos de “alteridade” – suas línguas, costumes, tradições espirituais, bens materiais etc., como numa via de mão única²⁸.

Ética essa que possa superar a tradicional ética adversarial, arraigada na sociedade e que tende a delegar aos outros a resolução dos conflitos que nos digam respeito²⁹ e reproduzida, até um dado momento, pelas universidades – com seus currículos baseados em aspectos éticos, processuais e procedimentais forjados na postura adversarial nos Tribunais –, moldando as mentes de estudantes que, logo, passariam a se tornar os profissionais com responsabilidade de atuar no sistema judicial (Economides, 1999), sendo socialmente reforçada por profissionais e entidades representativas da classe dos advogados, bem com mantida na própria atuação desses profissionais, quando na defesa de seus clientes (Luban; Wendel, 2017).

Caso contrário, ter-se-ia a manutenção de problemas éticos com consequências procedimentais na área da advocacia.

O primeiro desses problemas concerne à eventual confusão entre uma relação profissional e uma afetiva entre o advogado e seus clientes, como se amigos fossem, o que, além de trazer questionamentos de ordem moral em causas que envolvem temas de preconceito racial, que envolvem violência (inclusive, numa escalada mais ampla, como,

²⁷ Como referência à problematização do significado de empatia, recomendo a obra *A era da empatia*, do primatologista Frans de Waal.

²⁸ Vide Todorov, 2010.

²⁹ O que pode ser compreendido dos pontos de vista ético-jurídico e psicanalítico. Do ponto de vista ético-jurídico, a delegação de nossas faculdades e responsabilidades, inclusive, em solucionar nossos próprios conflitos obedece à lógica contratualista, desde a modernidade, passando pelo Estado de provimento até uma cultura jurídica que acaba por reforçar essa mesma lógica, como problematiza Spengler (2016). Com relação à psicanálise, vale menção às contribuições de Dunker (2015), ao estabelecer uma relação entre a privatização dos espaços públicos, transformando as vidas humanas em formas de condomínios, modeladas por muros, moldadas por regulamentos e mediadas pela figura do síndico ou do gestor. Cria-se, pois, um sintoma advindo desse mecanismo de privatização que, de maneira indissociável, mobiliza sistemas de valores, narrativas e expectativas fracassadas de reconhecimento de si, e que também tem a ver com o reconhecimento do outro.

por exemplo, em casos de terrorismo), sonegação fiscal, entre outros temas (Luban; Wendel, 2017), pode, como segundo problema, pode implicar na obliteração³⁰ da parte (medianda) e, portanto, representar mais um limite ao acesso à Justiça, uma vez que o próprio advogado permaneça tão ou mais fixo em sua posição (intransigente) que aquele que representa (seu cliente) numa eventual sessão de conciliação ou mediação de conflitos. Óbice, já que uma das premissas da mediação é que não se negocia posição, pois, caso contrário, ter-se-ia uma hipótese de barganha, o que não significa a satisfação dos interesses e das necessidades das partes (Fisher; Ury; Patton, 2018).

Isso, sem deixar de mencionar a restrição de oportunidades de satisfação de interesses e necessidades, inclusive com a participação do advogado, uma vez que uma relação colaborativa entre as partes se funda na boa-fé, confiança mútua, criatividade para a melhor satisfação possível das partes envolvidas numa disputa, além de não se admitir dissimulações, tampouco informações a serem ocultadas (Webb; Ousky, 2017).

Ainda que se deva ter em mente que um dos aspectos inerentes a uma sociedade pluralista é o dissenso (o que não se sobrepõe às experiências de consenso), inclusive, nos Tribunais de Justiça, é papel dos advogados oferecer aos seus clientes sua franca opinião, considerando elementos legais pertinentes, ainda que eles não gostem (Luban; Wendel, 2017). E isso tem a ver com decisão informada, um dos princípios basilares da mediação de conflitos, ao lado, por exemplo, da autonomia das partes.

Cabe lembrar, mais uma vez, que a mediação de conflitos é um meio ou método de resolução de disputa, de natureza autocompositiva, em que cabe às partes (“mediandas”) decidir, por si mesmas, como satisfazer suas necessidades e seus interesses, mediante ao apoio de um mediador, isto é, uma terceira pessoa, imparcial, com papel de facilitar o restabelecimento do diálogo entre elas, podendo inclusive recorrerem a advogados ou outros profissionais jurídicos, os quais cumpre assessorá-las sobre as (im)possibilidades de determinados acordos, do ponto de vista jurídico (Tartuce, 2020).

³⁰ Obliterar (v.1720) *t.d e pron.* 1 fazer desaparecer ou desaparecer pouco a pouco; apagar(-se) (o vento obliterava as pedras na areia) (com o passar do tempo, o tempo obliterou-se) 2 t.d. fazer sair ou fazer deixar de existir; destruir, eliminar, suprimir 3 (a erosão obliterou algumas praias do Nordeste) t.d. e pron. Fazer esquecer ou ficar esquecido (aprender história não nos deixa o. os erros do passado) (as línguas indígenas foram-se obliterando durante a colonização) [...]. Houaiss; Villar, 2009, p. 1372.

Por vezes, os advogados sentem que deixariam de ter ganhos imediatos com a mediação, ou se sentem desprestigiados, seja porque acham que são desconsiderados como profissionais relevantes durante uma sessão autocompositiva, seja porque, temem, com o protagonismo das partes, perder espaço nessa seara (Filpo, 2020). E esse pode ser considerando outro fator de reforço da “cultura litigante”.

Uma saída para esse impasse poderia ser a adoção de uma ética fudiciária, em que, orientando seu cliente (a partir, inclusive, de valores morais comuns) e, ao mesmo tempo, confiando que ele terá a capacidade plena de decidir por si mesmo (considerando a autonomia de vontade e a decisão informada), inclusive, mediante diálogo direto e público com a outra parte (sem se descuidar dos princípios éticos da profissão) e seu procurador jurídico, quando oportuno, o advogado exerça a sua função numa postura colaborativa, em contraste à tradicional perspectiva adversarial, tendo como fim a satisfação dos interesses e necessidades de seu cliente – e a sua felicidade –, mais até do que a afirmação de suas prerrogativas funcionais.

Ter-se-á, dessa maneira, algo que possa viabilizar aquilo que Aristóteles deixara marcado em sua filosofia como a “prudência” ou “moderação” (σωφροσύνη) que se coadune com a “justa medida” (δίκαιο μέτρο), ou seja, uma mediana entre os vícios por omissão ou por excesso (Aristóteles, 2018).

Avanços já podem ser notados, observando-se as transformações estruturais do nosso sistema judicial, as reformulações ocorridas em nossa legislação processual e nos documentos que norteiam o comportamento dos advogados, as modificações nos currículos dos cursos de Direito, nas instituições de ensino superior, no fomento às pesquisas que versem sobre acesso à justiça e meios ou métodos adequados ou alternativos de resolução de conflitos e democratização das informações sobre o acesso à Justiça, por intermédio da conciliação e da mediação.

O caminho já vem sendo percorrido, no sentido de se ampliar o acesso à justiça, inclusive com relação à atuação dos advogados quando falamos em mediação de conflito. A questão então passa a ser como seguir em frente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sua polissemia, a justiça pode ser considerada como experiência de um valor moral, satisfação de uma necessidade de caráter prático ou ainda como sinônimo de recurso ao Poder Judiciário, em casos de violação ou ameaça de violação de algum direito fundamental.

Se, conforme dito, historicamente, o protagonismo nesse campo tem sido do próprio Poder Judiciário, desde um tempo mais recente, outras formas de exercício da cidadania, da (re)afirmação de direitos fundamentais e inclusive satisfação de interesses particulares e difusos vêm se consolidando, como se pode observar nos meios ou métodos de composição de disputas.

Mais precisamente no tocante à mediação de conflitos – meio autocompositivo de controvérsia que é o escopo deste trabalho –, vale recordar que, por suas próprias características e seus princípios inerentes, o protagonismo há de ser das partes e não de terceiros (magistrados, conciliadores, negociadores, mediadores, advogados etc.). Pois, são elas que devem decidir, por si mesmas, qual caminho seguir (desde o âmbito da mediação, passando pela escolha do mediador, quando possível, vislumbrando os temas sobre os quais pretendem dialogar e negociar, até os termos do eventual acordo).

Aos mediadores cumpre facilitar o restabelecimento do diálogo, mediante o uso de uma série de técnicas próprias da mediação, sem abrir mãos de sua imparcialidade e independência.

Enquanto isso, as partes podem se valer de profissionais jurídicos especializados, como os advogados, para assessorá-las quanto aos riscos que podem envolver uma negociação e às possibilidades ou não de determinados acordos, segundo a legislação vigente.

O que a mediação suscita nos advogados é uma nova competência profissional, enquanto alternativa à tradicional “cultura litigante”, o que requer temperança e prudência.

E isso não significa perda de prestígio, mesmo porque se trata de uma reorganização profissional, num mundo social com demandas e formas de resolvê-las em

expansão, e cuja realidade parece colocar uma outra ética – a ética colaborativa – em cena no campo do Direito, ensejando mudanças nos currículos das universidades, fomento de novas políticas públicas visando a pacificação social e transformação nas mentes dos profissionais jurídicos (advogados, defensores públicos, promotores de justiça, magistrados e serventuários dos Tribunais), para além da (re)educação dos cidadãos com vistas a assumirem o protagonismo e até mesmo a responsabilidade nas tomadas de decisões que digam respeito justamente aos seus conflitos, interesses e às suas necessidades.

Se, por um lado, a profissão de advogado é digna de respeito e merece o reconhecimento de sua relevância social – haja vista que o advogado é essencial à administração da justiça –, por outro, uma vez fixo tão somente em suas prerrogativas pode dificultar o consenso entre as partes, quando assim elas desejam, na condição de advogado, pode não somente implicar em violação do código de ética profissional, como também dificultar a efetividade de direitos fundamentais que digam respeito àquelas, por mais que se possa adotar um discurso protetivo de seus interesses.

A ética colaborativa pressupõe sensibilidade em relação ao contexto que envolve o conflito, a relação entre as partes, à atuação do mediador na busca pelo restabelecimento do diálogo entre essas mesmas partes e o universo de possibilidades de satisfação de suas próprias necessidades, ainda que não se descuide de todos os aspectos legais que dizem respeito a cada caso.

REFERÊNCIA

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, 342p.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Notas de Edson Bini. 4. Ed. Bauru, SP: Edipro, 2018, 392p.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 216p. (Coleção Saberes do Direito, 53).

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 232p.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125**, de 29 de novembro de 2019. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/resolucao_125_29112010_23042014190818.pdf. Acesso em 10/03/2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02/11/2023.

BRASIL. Instituto Brasileiro De Geografia E Estatística. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua**: acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2018. Brasília, DF: IBGE, 2018. Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101705_informativo.pdf. Acesso em 18/07/2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.105%2C%20DE%2016%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%202015.&text=C%C3%B3digo%20de%20Processo%20Civil.&text=Art.%201%C2%BA%20O%20processo%20civil,se%20as%20disposi%C3%B5es%20deste%20C%C3%B3digo. Acesso em 02/11/2023.

_____. **Lei nº 8.906**, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em 10/03/2024.

BRASIL. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Código de ética e disciplina**. Brasília, DF: OAB, 2016. Disponível em <https://s.oab.org.br/PDF/CFOAB-CED.pdf>. Acesso em 04/11/2023.

BUBER, Martin. **Eu e tu**. Introdução e tradução de Newton Aquiles Von Zuben. 10. Ed. São Paulo: Centauro, 2006, 137p.

BURKE, Peter. **Montaigne**. Tradução de Vidal Peña. Madrid: Alianza Editorial, 1985.

BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. **The promise of mediation**: the transformative approach to conflict. San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2004, 304p.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, 168p.

DENZIN, Norman K; LINCOLN, Yvonna S. Introdução: a disciplina e a prática da pesquisa qualitativa. In: IDEM (org.). **O planejamento da pesquisa qualitativa**: teorias e abordagens. Tradução de Sandra Regina Netz. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 15- 41, 432p.

DUNKER, Christian Ingo Lenz. **Mal-estar, sofrimento e sintoma**: uma psicopatologia do Brasil entre muros. São Paulo: Boitempo, 2015, 413p.

DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, 570p.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: epistemologia versus metodologia. In: PANDOLFI, Dulce et al. (org.). **Cidadania, justiça e violência**. Tradução de Paulo Martins Garchet. Rio de Janeiro: 1999. p. 61-76. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6742/39.pdf?sequence=1> &isAllowed=y. Acesso em 04/11/2023.

ESPINOSA, Baruch de. **Tratado político**. Introdução, tradução e notas de Diogo Pires Aurélio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

FILPO, Klever Paulo Leal. Em tempos de Covid-19, negociação, conciliação e mediação podem ser usadas sem restrições! **Direito em movimento**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 15-27, 1º sem. 2020. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume18_numero1/volume18_numero1_15.pdf. Acesso em 08/11/2023.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: como negociar acordos sem fazer concessões. Tradução de Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018, 224p.

FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva; Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, 352p.

GALANTER, Marc. **Por que “quem tem” sai na frente**: especulações sobre os limites da transformação do direito. Tradução de Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito, 2018. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/25816/Por%20que%20%27que%20tem%27%20sai%20na%20frente.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 04/11/2023.

GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo com capacidade social em expansão. In: FERRAZ, Leslie S. (coord.). **Repensando o acesso à justiça**: estudos internacionais. Volume 2 – estudos inovadores. Tradução de Berenice Malta. Aracajú: Evocati, 2016, p. 16-31. Disponível em https://mestrados.unit.br/ppgd/wpcontent/uploads/sites/5/2016/12/Repensando-o-acesso-%C3%A0-Justi%C3%A7a-noBrasil_Estudos-Internacionais_Volume-2_final.pdf. Acesso em 04/11/2023.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2008, 201p.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antonio de Oliveira Sette- Camara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, 400p.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. São Paulo: Objetiva, 2009, 1986p.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, apresentação e notas de José Lamego. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017, 119p.

LA TAILLE, Yves de. **O sentimento de vergonha e suas relações com a moralidade**. Psicologia: reflexão e crítica, 15(1), p. 13-25, 2002. Disponível em <https://www.scielo.br/j/prc/a/xmvVfw4wNhhJVw53SZfQZLy/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 10/03/2024.

LUBAN, David J.; WENDEL, W. Bradley. Philosophical legal ethics: an affectionate history. **Georgetown Journal of legal ethics**, v. 30, 2017. Disponível em <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2686&context=facpu>. Acesso em 02/11/2023.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2021, 256p.

MELLO, Marcelo Pereira de; MEIRELLES, Delton R. Soares. Juizados especiais: entre a legalidade e a legitimidade – análise prospectiva dos juizados especiais na comarca de Niterói, 1997-2005. **Revista Direito GV**, São Paulo, 6(2), p. 371-398, jul./dez. 2010. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/VfSrLMS76hBxxrt9cFxzJ5p/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 11/03/2024.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. 26. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, 111p.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; LEAL, Stela Tannure; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. Profissionalização e remuneração do mediador judicial: “nunca vi, nem recebi, eu só ouço falar”. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro et al. (Coord.). **Estudos sobre mediação: no Brasil e no exterior**. V. 2. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020, p. 165-183. Disponível em <https://www.esserenelmondo.com.br/pt/direito-estudos-sobre-mediacao-no-brasil-e-no-exterior-ebook194.php>. Acesso em 10/03/2024.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Juizados especiais cíveis: entre o autoritarismo e o garantismo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VIII, nº 10, p. 283- 308, jun. 2007. Disponível em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/25259/juizados_especiais_civeis_autoritarismo.pdf. Acesso em 10/03/2024.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução dos conflitos**. Tradução de Magda França Lopes. 2. Ed. Porto Alegre: ArtMed, 1998.

NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, 560p.

PLATÃO. **A república**. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. 7. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, 517p.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, 816p.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloísa Matias; Maria Alice Máximo. 19. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, 350p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O acesso à justiça. In: VITA, Alvaro de (Org). **Justiça: promessa e realidade: o acesso à justiça em países ibero americanos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2008. Coleção Questões da nossa época, volume 134.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottman; Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009 512p.

SILVA, Franklin Roger Alves. Tecnologia da informação como recurso ou obstáculo de acesso à justiça. **Consultor Jurídico**, Tribuna da Defensoria, 07/05/2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-mai-07/tribuna-defensoria-tecnologia-informacao-recurso-ou-barreira-acesso-justica#:~:text=V%C3%A1rias%20Defensorias%20P%C3%BAblicas%20estaduais%20e,o%20acesso%20de%20seus%20usu%C3%A1rios>. Acesso em 10/03/2024.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2016, 272p.

SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Tradução de Tomaz Tadeu. 3. Ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2021, 424p.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, 448p.

TESLER, Paulo H.; THOMPSON, Peggy. **Divórcio colaborativo: a maneira revolucionária de reestruturar sua família, resolver problemas legais e seguir adiante**. São Paulo: IBPC, 2017, 287p.

TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América: a questão do outro**. Tradução de Beatriz Perrone-Moises. 4. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, 390p.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2004, 423p.

WEBB, Stuart G.; OUSKY, Ronald D. **O caminho colaborativo para o divórcio: o método revolucionário que, sem recorrer ao tribunal, resulta em menos estresse, custos menores e crianças mais felizes**. Tradução de Alexandre Martins. São Paulo: IBPC, 2017, 254p.

YIN, Robert K. **Pesquisa qualitativa do início ao fim**. Tradução de Daniela Bueno. Porto Alegre: Penso, 2016, 336p.

MEDIAÇÃO DE CONFLITOS ENQUANTO FERRAMENTA DE FORTALECIMENTO DA CIDADANIA À LUZ DO PRINCÍPIO DO EMPODERAMENTO

Stefanie Grabas Hauaji Saadi¹

Eixo temático: GT7: Métodos consensuais de solução de conflitos na efetivação de direitos humanos.

RESUMO

A presente pesquisa, de natureza qualitativa, explora o instituto da mediação de conflitos enquanto ferramenta de fortalecimento da cidadania à luz do princípio do empoderamento. No contexto do novo paradigma de justiça em que as decisões judiciais podem ser substituídas por decisões legitimamente construídas pelas pessoas envolvidas em conflito, busca-se compreender de que forma a sociedade, culturalmente dependente do Poder Judiciário, é capaz de tomar suas próprias decisões com autonomia. Em uma revisão de literatura, é analisado o conceito de empoderamento, sob a perspectiva do modelo transformativo de mediação em cotejo com o Manual de Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça. Explora-se ainda o conjunto de técnicas que podem ser adotadas pelo mediador no sentido de estimular o empoderamento dos participantes. Observa-se que, independentemente do modelo adotado, o empoderamento concretiza a autonomia da vontade e potencializa uma cidadania ampla, por meio da participação efetiva da sociedade na esfera pública.

Palavras-chave: Mediação de conflitos. Empoderamento. Cidadania.

INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa a mediação de conflitos enquanto ferramenta de fortalecimento da cidadania à luz do princípio do empoderamento.

O instituto da mediação expande-se exponencialmente no campo jurídico das últimas décadas (Faleck; Tartuce, 2015), como proposta de um novo paradigma de justiça, por meio do qual, a intervenção estatal, imposta pelas decisões judiciais, é substituída por uma decisão legitimamente construída pelas próprias pessoas envolvidas no conflito (Moreira, 2009).

¹Mestranda em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF, ssaadi@id.uff.br, <http://lattes.cnpq.br/0054226951924535>.

No contexto desse novo paradigma, a presente pesquisa questiona de que forma os indivíduos que participam da mediação de conflitos se tornam capazes de construir as suas próprias decisões, considerando a dependência cultural da sociedade em relação ao Poder Judiciário para a solução de seus conflitos (Vezzulla, 2015). Qual o caminho a ser percorrido pelos mediados que permite a construção legítima de suas próprias decisões?

Para responder esses questionamentos, pretende-se, como objetivo geral, compreender que a mediação de conflitos, por meio do princípio do empoderamento, é capaz de proporcionar aos participantes força e capacidade própria para lidarem com os conflitos inerentes à vida, o que representa, em última instância um potencial fortalecimento da cidadania.

Para esse fim, pretende-se, como objetivo específico, demonstrar, em um primeiro momento, que o controle normativo protagonizado pelo Poder Judiciário representa uma função paternalista, pela qual, a justiça funciona como instância moral da sociedade, infantilizada em relação à própria tomada de consciência e de decisão.

Pretende-se, ainda, como objetivo específico, compreender que a mediação de conflitos, norteadas pelo princípio da autonomia da vontade, em uma lógica absolutamente oposta ao modelo tradicional da jurisdição, permite que as pessoas se apropriem do poder de gerir seus próprios conflitos.

Pretende-se, por fim, também como objetivo específico, analisar o empoderamento em suas diferentes perspectivas, isso é, tanto pelo modelo transformativo de mediação, quanto sob a ótica do manual de mediação judicial, de modo a compreender o seu papel na concretização da autonomia da vontade e no fortalecimento da cidadania.

Quanto à metodologia, trata-se de uma pesquisa qualitativa, tendo em vista que o trabalho abordará conceitualmente as categorias de análise. Pretende-se, para tal, realizar uma pesquisa de procedimento bibliográfico e documental, e por meio de revisão de literatura.

1. O PATERNALISMO ESTATAL NO TRATAMENTO DOS CONFLITOS

O Direito moderno propôs, como modelo tradicional de tratamento de conflitos e pacificação social, o poder de Estado exercido pelo Poder Judiciário, que se dá por meio da imposição de soluções normativas predeterminadas (Spengler, 2016).

As raízes do monopólio estatal na solução de conflitos no ocidente remetem ao surgimento do Estado moderno, a partir do processo de monopolização da produção jurídica, em substituição à estrutura pluralista da sociedade medieval. O Estado moderno passa a concentrar em si todos os poderes, a começar por aquele de criar o Direito, o que antes se apresentava como um fenômeno social produzido pela sociedade civil (Bobbio, 1995).

À luz das Teorias Contratualistas, a origem do Estado é fundamentada pelo contrato social: um pacto entre os indivíduos e o Estado, que se torna responsável por evitar a guerra e garantir a paz sob sua vigilância (Bobbio, 1999). É a criação do Estado soberano que extingue o suposto estado de natureza – o estágio pré-político e social do homem, e marca o início do estado civil (Streck, Bolzan de Moraes, 2001).

No estado de natureza, segundo Hobbes, imperam as paixões, e por isso o cenário é de total insegurança e incerteza, já que prevalece o domínio da força e a ameaça de guerra de todos contra todos. Para superar esses inconvenientes do estado natural, e como fruto da razão humana, é que os indivíduos decidem em consenso pela criação artificial do Estado soberano, em relação ao qual todos os demais são súditos (Streck, Bolzan de Moraes, 2001).

Desse modo, o poder soberano do Estado, instituído mediante o consentimento de seus súditos, se traduz em legislar, governar e decidir, além de reger todas as relações sociais, e equivale a autorizar a transferência do direito de se autogovernar a um homem (ou a um conjunto de homens), submetendo as vontades próprias à vontade dele, em prol da paz e da segurança comuns (Hobbes, 2000).

Se antes do surgimento do Estado, o homem era o “lobo do próprio homem” e fazia uso da violência para resolver suas disputas, impondo o domínio dos mais fortes sobre os mais fracos, a partir de sua criação, o próprio Estado – Leviatã, é legitimado a fazer uso da violência em nome da paz. (Hobbes, 2000, p. 147)

Assim, a partir do contrato social, com o objetivo de promover a paz e a segurança, surge um poder coercitivo, com previsão de sanções para aqueles que descumprem as leis. O Leviatã detém, ao mesmo tempo, o poder de justiça e o poder da guerra (Hobbes, 2000).

Nessa lógica, o poder soberano do Estado, ainda segundo Hobbes, representa uma “alma artificial” (Hobbes, 2000, p. 11), tendo em vista que dá vida e movimento a um corpo inteiro do qual faz parte a autoridade judicial que é compreendida como:

o direito de ouvir e julgar todas as controvérsias que possam surgir com respeito às leis, tanto civis como naturais, ou com respeito aos fatos. Porque sem a decisão das controvérsias não pode haver proteção de um súdito contra os danos de um outro (Hobbes, 2000, p. 154).

Portanto, em razão dessas transformações históricas, a partir da modernidade, o exercício da jurisdição enquanto poder de “dizer o Direito” passou a ser monopolizado pelo Estado, representado pelo Poder Judiciário que, de forma impositiva, substitui a vontade das partes para a aplicação do Direito (Spengler, 2016).

Ao longo das transformações históricas, o Poder Judiciário já desenvolveu e ainda desenvolve diversas funções:

desde a preservação da propriedade privada, o asseguramento dos direitos fundamentais, a garantia das liberdades públicas, até a proteção dos cidadãos contra os abusos estatais. No pós-guerra, em pleno Estado Social, foi instrumento de efetivação dos direitos sociais por meio de reconhecimento de políticas públicas de propósitos compensatórios e distributivos. (Spengler, 2016, p. 42).

No Estado Liberal clássico, cuja finalidade principal era a de garantir a liberdade dos cidadãos, o Poder Judiciário tinha poderes limitados, a fim de se criar uma esfera de proteção jurídica privada. Nesse modelo, o juiz era considerado mínimo, tal qual o Estado

Liberal. (Dalla, 2011). Ost o denomina “juiz Jupiter”, ou seja, o “homem da lei”, aquele que Montesquieu definiu como “a boca da lei”, tendo em vista que sua postura diante do caso era passiva, isso é, se resumia a afirmar o que estava contido na lei (Dalla, 2011, p. 250).

Já o objetivo do Estado Social, não se limitava apenas a garantir uma esfera de proteção ao indivíduo, mas assegurar, além das liberdades clássicas, efetivos mecanismos para o seu exercício. Nessa moldura, a proteção jurídica visava garantir não apenas o direito à vida, à propriedade e a liberdade, mas também direitos como saúde, educação, lazer, trabalho, moradia, seguridade social etc. (Dalla, 2011).

Nesse contexto, a postura do juiz torna-se mais ativa, já que, além de dizer o direito, trata-se de um juiz prestacionista, tal qual o Estado Social. É o juiz que Ost denomina de Hércules, um engenheiro social, pois passa a ter o dever de confrontar valores e construir a decisão judicial, representando um “agigantamento” da figura do juiz (Dalla, 2011, p. 252).

Nessa nova conjuntura, as funções tradicionais do Estado – proteção e repressão, tornam-se insuficientes, já que os direitos não são apenas individuais, mas sociais. A falta de respostas satisfatórias por parte das instituições estatais diante das expectativas geradas pela nova realidade econômica e social anuncia a profunda modificação do ato de julgar (Spengler, 2016).

Portanto, a lei, originalmente de incumbência do Poder Legislativo:

passa a exigir o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil, a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação. [...] Assim, o Poder Judiciário seria investido, do papel de ‘legislador’ implícito. (Vianna, 1999, p. 58).

Assim, o papel de legislador exercido pelo judiciário dá início ao fenômeno chamado de ativismo judicial, e que se expandiu no decorrer da história, motivado pela normatização dos direitos sociais, e aguçado pelas transições pós autoritárias, pelas investigações de casos de corrupção na classe política e ainda pela emergência de

discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica que sustenta pela expansão do poder judicial como reforço da lógica democrática (Spengler, 2016).

Portanto, no imaginário social, “o espaço simbólico da democracia” se desloca do Poder executivo para o poder judiciário, que passa então a ser visto como “o todo poderoso” e o que tudo pode suprir. A esperança da sociedade migra para a figura do juiz, já que o executivo apesar de provedor, não é mais capaz de prover todas as demandas sociais (Spengler, 2016, p. 58).

A expansão e o protagonismo do Poder Judiciário são analisados por Maus sob uma perspectiva simbólica paternalista, que, a partir do conceito de superego apresentado por Freud, reflete sobre a função de moralidade pública exercida pelo modelo judicial de decisão, e alerta sobre as implicações de uma atuação jurisdicional que define os valores da sociedade (Maus, 2000).

Ao dissecar a personalidade psíquica humana, Freud concebe a ideia de que existe uma instância psicológica dos indivíduos relacionada às exigências da moralidade, que se processa, vale dizer, normalmente de forma inconsciente, isto é, sem que a pessoa sequer saiba dos seus conteúdos, e assim permanece, se não houver nenhum esforço terapêutico psicanalítico no sentido de explorá-la e torná-la consciente. Essa “consciência moral”, representa funções de auto-observação, proibição e punição² (Freud, 2010, p. 142 e 151).

Freud explica que o indivíduo nasce sem consciência moral e que essa consciência decorre, primeiramente dos papéis desempenhados pela autoridade parental:

o bebê é notoriamente amoral, não tem inibições internas para seus impulsos que buscam o prazer. O papel que o Superego virá a assumir é desempenhado primeiramente por um poder externo, pela autoridade

² Na dinâmica da estrutura psíquica, o superego pressiona uma outra instância, o Id, que, por sua vez, não conhece juízos de valor, não conhece o bem e o mal, não conhece moral, é a parte obscura e inacessível da personalidade, relacionada à satisfação das pulsões, e governada irrestritamente pelo princípio do prazer. O Ego, por fim, é a instância consciente e racional, que exerce uma função mediadora entre Id e Superego, intermediando as percepções do mundo externo, e substituindo o princípio do prazer pelo princípio da realidade. “Adotando formas de expressão populares, poderíamos dizer que o Ego representa, na vida psíquica, a razão e a prudência, e o Id, as paixões irrefreadas” (Freud, 2010, p. 155/156).

parental. A influência dos pais governa a criança concedendo-lhe provas de amor e ameaças de castigo, que atestam a perda do amor e são temidos por si mesmos. Essa angústia realista é precursora da posterior angústia moral; enquanto ela vigora, não precisamos falar de Superego e de consciência moral. Apenas mais tarde se cria a situação secundária que nos dispomos demasiado prontamente a ver como normal, em que o obstáculo externo é internalizado, em que o Superego toma o lugar da instância parental e então observa, dirige e ameaça o Eu, exatamente como os pais faziam com a criança (Freud, 2010, p. 143/144).

Nesse sentido, explica ainda que o pai é a primeira figura que forma o superego. É na figura do pai que a moral do filho começa a ser construída, o que com o tempo passa a ser substituído pelas ideais sociais admirados:

No curso do desenvolvimento, o Superego acolhe também as influências das pessoas que tomaram o lugar dos pais, ou seja, de educadores, mestres, modelos ideais. Em geral ele distancia-se crescentemente dos pais originais, tornando-se mais impessoal, por assim dizer (Freud, 2010, p. 146).

É a partir desses fundamentos psicanalíticos que Maus sustenta que – assim como antes foram a Igreja, o Legislativo e o Executivo – o Judiciário se torna o novo superego da sociedade. Isso porque em uma sociedade infantilizada em relação à própria tomada de consciência e de decisão, a expectativa é de que o judiciário possa funcionar como sua instância moral, tornando juízes os representantes da consciência da sociedade. Por trás disso, a autora ressalta que podem estar escondidos “a vontade de domínio, a irracionalidade e o arbítrio cerceador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular” (Maus, 2000, p. 186/190).

É importante pontuar que, apesar da análise de Maus ter se voltado para o contexto do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha de 1989, a “superiorização” e o “superempoderamento” do Poder Judiciário alemão observados pela autora podem ser considerados, de igual forma, um movimento no Brasil (Galante, 2015, p. 97).

A respeito da expectativa depositada no judiciário pela sociedade, Vezzulla (2015) explica que a cultura ocidental, tem uma longa tradição em converter conflitos em litígios e abordá-los de modo combativo, buscando convencer o juiz de que seus direitos e razões são mais convincentes, o que é aprendido desde o contexto familiar quando argumentos

são levados à decisão dos pais, se fortalece na escola, na profissão e por toda a vida. Na medida que o indivíduo vai atingindo situações de poder (chefe, professor, intelectual, et.) vai assumindo papéis julgadores.

Ocorre que, o costume de converter qualquer tipo de conflito em litígio, até mesmo os mais cotidianos, sustenta um protagonismo judicial que esconde a vontade de domínio estatal e menospreza a autonomia e a capacidade dos envolvidos. Assim como uma criança que depende dos pais, a sociedade infantilizada depende do Poder Judiciário para lhe dizer o que é certo e errado, bem como para solucionar todos os seus conflitos (Reis; Silva, 2016).

Em oposição a esse protagonismo judicial estatal, a mediação de conflitos permite a construção de decisões pelas próprias pessoas envolvidas em conflito, em uma verdadeira valorização da autonomia dos indivíduos, conforme se passará a demonstrar,

2. MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: DO PATERNALISMO À AUTONOMIA

A Mediação de Conflitos consiste em um meio consensual de tratamento de controvérsias em que uma pessoa imparcial – o mediador – atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos para que eles próprios possam protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem. Sua lógica se difere absolutamente do modelo tradicional de jurisdição, caracterizada pela imposição das decisões pelas autoridades julgadoras (Tartuce, 2024). Ao contrário da jurisdição estatal, a mediação permite que as pessoas se apropriem do poder de gerir seus próprios conflitos (Ghisleni; Spengler, 2011).

Dessa forma, ao invés de determinar quem está certo e quem está errado, o principal foco da prática é proporcionar, por meio do diálogo, uma reflexão sobre as circunstâncias que levaram ao conflito, de modo a permitir a compreensão das necessidades dos envolvidos e até a restauração de seus relacionamentos, sejam eles emocionais, institucionais ou sociais. A pacificação do conflito se dará pelo encontro dos interesses das partes, e é por esse motivo que nesse modelo não há ganhadores ou perdedores (Tartuce, 2024).

Resta (2020, p.19) ao criticar a expansão do papel do judiciário, sustenta que o juiz se tornou um “colonizador” da vida, e apresenta como proposta para a crise do “direito do pai fundado na autoridade”, um modelo de jurisdição mínima por meio dos códigos frateros:

A vida será sempre excedente em relação ao Direito, e um bom modelo de convivência jurídica deve evitar colonizar sempre e a todo custo a intimidade, deixando espaço à soberania de cada um sobre si mesmo: não a soberania centralizada de um Estado, de uma maioria, de um poder de governo, mas aquela dissipada de cada um sobre a própria vida (Resta, 2020, p.18).

Com embasamento nesse modelo, a mediação considera a escolha dos envolvidos, considerando múltiplas realidades e estruturas sociais, e está aberta à produção de normatividade:

possibilitando assim, a construção de relações concretas e de autolegislação ao permitirem a adequação das leis às inúmeras e fragmentadas realidades sociais, proporcionando desta forma, o surgimento de local apropriado para a construção da cidadania, através do diálogo e do estímulo de um agir comunicativo (Silva, 2016, p. 63).

Por isso, a prática mediativa se destaca como uma ferramenta de grande potencial de promoção da emancipação. A intervenção adjudicada, imposta pelas decisões judiciais é substituída por uma decisão legitimamente construída pelas próprias pessoas envolvidas no conflito. A coercitividade do Estado é substituída pela voluntariedade da sociedade (Moreira; Fragale Filho, 2015).

Nesse sentido, Vezzulla (2020) sustenta que a mediação de conflitos se apresenta como uma proposta sociológica de organização social. Na medida em que o instituto permite a tomada de decisão pelas pessoas envolvidas em conflito, de acordo seus próprios valores e necessidades, e substituindo a decisão imposta pelo Estado, a mediação questiona os ordenamentos hegemônicos, por não se amoldar a nenhum deles.

No mesmo sentido, Spengler (2016) explica que a prática mediativa se diferencia do modelo tradicional de jurisdição devido ao seu foco na sociedade como campo de atuação, com base no pluralismo de valores e na coexistência de diversos sistemas de

vida. E para isso, organiza as relações sociais auxiliando os conflitantes a tratarem os seus problemas sem a dependência de um terceiro como o juiz.

Para garantir a tomada de decisão pelas próprias pessoas envolvidas em conflito, a prática da mediação é norteada pelo princípio³ da autonomia da vontade - princípio basilar do instituto - também compreendido como autodeterminação, e que representa a soberania da deliberação expressa por uma pessoa livre e plenamente capaz no sentido de decidir os rumos da controvérsia:

A mediação permite que o indivíduo decida os rumos da controvérsia e protagonize uma saída consensual para o conflito: ao incluir o sujeito como importante ator na abordagem da crise, valoriza-se sua percepção e considera-se seu senso de justiça. Como facilmente se percebe, a autonomia da vontade está ligada à dignidade e à liberdade (Tartuce, 2024, p. 189).

No mesmo sentido, Pelajo (2017, p. 27) sustenta que a mediação busca potencializar a plena e genuína expressão da liberdade de escolha pelos participantes, em uma dinâmica que envolve “coprotagonismo e coautoria”. Com esse objetivo, o mediador procura validar e encorajar a validação das diversas perspectivas, ampliando, assim, “o espectro de compreensão das circunstâncias.”

Assim, em nome da autonomia da vontade, é dever do mediador “respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões” (Brasil, 2010, art. 1º, inciso V). “A decisão final, qualquer que seja ela, cabe tão somente às partes, sendo vedado ao conciliador e ao mediador qualquer imposição” (Brasil, 2016, p. 23).

Nesse sentido, Tartuce (2024, p. 83) esclarece que quando a autocomposição é imposta por meio de coação ou insistências no sentido da realização do acordo, a mediação perde a sua legitimidade. A “pseudoautocomposição” além de comprometer a

³ Os princípios que norteiam a prática da mediação se encontram esparsos pelo microsistema que a normatiza. Alguns foram previstos pelo Código de Processo Civil e repetidos na Lei de Mediação, outros constam somente na lei, e outros ainda somente na Resolução nº 125 do CNJ, no anexo Código de Ética dos conciliadores e mediadores judiciais. São princípios da mediação: autonomia da vontade; imparcialidade; confidencialidade; decisão informada; independência e autonomia, boa-fé; busca pelo consenso; isonomia; competência; respeito à ordem pública e às leis vigentes; empoderamento e validação.

credibilidade dos meios consensuais, pode ensejar o agravamento do conflito, já que encerra o litígio apenas aparentemente.

Mas não apenas em relação às decisões finais, a autonomia diz respeito ainda à aceitação expressa quanto à participação no processo de diálogo. Isso significa que as partes devem aderir a mediação do início ao fim do procedimento. Trata-se do princípio da voluntariedade, diretamente ligado à autonomia da vontade (Tartuce, 2024).

Assim, a observância do princípio da autonomia da vontade é fundamental para que a prática seja realizada de forma adequada em proveito das pessoas envolvidas em conflito e não de forma enviesada ou em uma perversa busca de extinção dos processos judiciais a qualquer custo (Tartuce, 2024).

É fundamental ainda compreender, de que forma os envolvidos em conflito, culturalmente dependentes do Poder Judiciário para solucionar seus conflitos, poderão construir de forma autônoma as suas próprias decisões, e ainda, de que forma pode atuar o mediador para auxiliá-las de forma eficaz nesse processo. É o que se passa a explorar a seguir.

3. EMPODERAMENTO DAS PARTES PARA A CONSTRUÇÃO DA AUTONOMIA E O FORTALECIMENTO DA CIDADANIA

A ótica do empoderamento na mediação de conflitos foi desenvolvida por Robert Barush Bush e Joseph Folger que conceberam o Modelo Transformativo de Mediação, a partir da publicação “The Promise of Mediation” de 1994.

Segundo o modelo transformativo, a mediação é compreendida como um processo no qual um terceiro trabalha com as partes em conflito para ajudá-las a transformar a qualidade da interação conflitiva; de negativa e destrutiva para positiva e construtiva. (Bush; Folger, 2005).

Deutsch introduziu essa classificação fundamental dos métodos de resolução de disputas, destacando que um processo destrutivo é aquele que enfraquece ou rompe a

relação social preexistente. Devido à maneira como a disputa é conduzida, o conflito tende a se ampliar ou intensificar, tornando-se “independente de suas causas iniciais”. As partes assumem uma abordagem competitiva na qual cada uma busca ganhar a disputa, o que decorre da percepção, muitas vezes equivocada, de que os interesses das partes não podem coexistir (Deutsch, 1973, p. 351). Já nos processos construtivos há um fortalecimento da relação social anterior ao conflito (Deutsch, 1973, p. 360).

Ocorre que o padrão predominante da prática mediativa, ao priorizar a busca por acordos sem dar a atenção necessária à transformação das dinâmicas relacionais de conflito, não é capaz de efetivamente transformar as interações. Para além de se buscar uma trégua, ou a cessação de hostilidades entre inimigos por meio de um acordo, a força social da transformação de conflitos está na construção de uma rede de colaboração entre indivíduos aliados, fundamentada em uma nova visão de si mesmo e da sociedade, baseada na conexão relacional (Bush; Folger, 2005).

Este potencial transformador decorre da capacidade da mediação de gerar dois importantes efeitos dinâmicos: empoderamento e reconhecimento. Empoderamento significa a restauração aos indivíduos do sentido de seu valor, bem como de sua força e capacidade própria para tomar decisões e lidar com os problemas da vida. Também está associado ao respeito próprio e autoconfiança que as partes adquirem no processo de mediação. Reconhecimento, por sua vez, significa compreensão ou empatia pela situação, e opiniões do outro (Bush; Folger, 2005).

Esses efeitos, segundo Bush e Folger (2005, p. 68) são as “chaves” para ajudar as partes a transformarem sua interação - de um estado alienante e demonizador do conflito para uma interação ativa, conectante e humanizadora, mesmo quando os desacordos ainda continuam, e por isso constituem-se como expressões de uma mudança muito mais ampla para uma nova realidade social e visão moral.

Embora o papel do mediador seja apoiar esses efeitos, o modelo transformativo não ignora a importância de resolver as questões objetivas. Pelo contrário, entende-se que se os mediadores atuam estimulando esses movimentos, as partes muito provavelmente

farão mudanças positivas em sua interação e encontrarão formas produtivas de solucionar as questões, sem a necessidade de o mediador fazê-lo por elas (Bush; Folger, 2005).

As pesquisas sobre a mediação transformativa têm demonstrado que ela realmente é capaz de produzir ambos esses impactos — resolução de questões específicas e mudança no modo de interação — exatamente como a teoria prevê. E mais, o estabelecimento desse novo modo de interação é capaz de prosseguir para além da resolução das questões, mesmo que elas não possam ser resolvidas (Bush; Folger, 2005).

Importante esclarecer que, esse movimento em direção à transformação do conflito dificilmente será uniforme, uma vez que as mudanças no modo de interação muitas vezes são seguidas por retrocessos à medida que ela atinge novos ou mais profundos níveis. O mediador deve estar preparado para essa oscilação, a fim de fornecer suporte para novas mudanças conforme as oportunidades surgem, e por isso, é necessária uma grande paciência para permitir a fluidez desse movimento, ao invés de tentar "mover" as partes adiante. (Bush; Folger, 2005, p.68). Uma marca sobre a transformação de conflitos: “a interação conflituosa geralmente piora antes de melhorar. Chegar a um ponto de virada significa ir até o fundo e depois subir de volta” (Bush; Folger, 2005, p.195).

Um mediador que tenta fazer com que essas mudanças aconteçam impede o processo transformativo. Ao suplantando a tomada de decisão das partes, removendo o controle da interação das suas mãos, o mediador atua contra o empoderamento (Bush; Folger, 2005, p.67).

Independentemente do desfecho da mediação, se durante o seu curso a parte pôde se recompor, analisar opções, deliberar e tomar decisões de forma autônoma com o apoio do mediador, ela ganhou força por meio de um processo de autoconsciência e autodeterminação, o que representa mudanças significativas de empoderamento. Ainda que a decisão final tenha sido por não realizar um acordo, o objetivo de apoiar o empoderamento foi alcançado (Bush; Folger, 2005).

Os autores observaram ainda que as pessoas geralmente não estão propensas a se dedicarem a olhar para as perspectivas dos outros antes de adquirirem força própria. Em outras palavras, enquanto ainda se sentem vulneráveis, as partes dificilmente sairão da posição egocêntrica. Por outro lado, quando as mudanças de empoderamento ocorrem, normalmente são rapidamente seguidas por uma maior capacidade de conexão e, portanto, de reconhecimento (Bush; Folger, 2005).

Em relação à atuação do mediador, a escola transformativa não propõe regras fixas, inclusive, dentro dessa mesma abordagem existem diferentes estilos de performances (Bush; Folger, 2005). O que todos têm em comum é o foco na transformação da interação entre as partes, procurando oportunidades para apoiar as possíveis mudanças de empoderamento (e reconhecimento). São momentos em que elas começam a ter mais clareza sobre suas visões, opções e recursos, nos quais os mediadores estarão sintonizados, de modo a oferecerem respostas verbais ou não verbais que as apoiam nesse caminho (Bush; Folger, 2005).

Apesar de certa flexibilidade no procedimento, os autores apresentam algumas condutas e técnicas que podem ser adotadas e utilizadas pelo mediador transformativo. Por meio da transcrição de um caso simulado - o conhecido caso da “casa roxa” - é possível observar de que forma a sua atuação pode apoiar o empoderamento (e o reconhecimento) das partes.

Desde o início da mediação há a transferência do controle e liderança do processo para as partes, que fazem as escolhas sobre como será o seu desenvolvimento. Muito antes da tomada de decisão sobre o mérito da questão debatida, o empoderamento também se manifesta em relação ao procedimento. Um bom exemplo disso é que o mediador pede para que as partes determinem quem deve falar primeiro, em vez de tomar essa decisão por elas (Bush; Folger, 2005).

Da mesma forma, quando as partes interrompem o mediador, ou umas às outras, o mediador recua, sem tentar controlar a interrupção. Seu desafio é encontrar um lugar para entrar, saber quando é "sua vez". Para fazer isso, ele ouve o ritmo da conversa, esperando por pausas oportunas para sua fala (Bush; Folger, 2005, p. 143 e 153).

Assim como quando as partes expressam raiva, ele não intervém para tentar dissipá-la ou controlá-la. Para as partes, escolher como querem falar sobre as coisas, incluindo expressar emoções fortes, é uma decisão importante - e uma decisão a ser deixada sob seu controle. Por isso, a importância do mediador permanecer calmo, mesmo quando as emoções estão altas. Fazer o contrário poderia desencorajar a expressão emocional (Bush; Folger, 2005, p. 143 e 153).

Outra forma peculiar da atuação do mediador transformativo se dá por meio do “reflexo”. Nessa intervenção, o mediador espelha de volta ao emissor da fala o que acredita que ele expressou. A reflexão atua como um amplificador da conversa, tornando o que está sendo dito mais audível e compreensível. Trata-se de uma das ferramentas mais poderosas do modelo transformativo, em direção ao empoderamento, uma vez que permite que a parte escute o que acabou de dizer, e com isso confirme ou até mesmo modifique sua fala, gerando clareza. Mesmo que uma reflexão não seja precisa, geralmente evoca uma resposta do orador para corrigir o erro. Em qualquer um dos casos, há um fortalecimento em relação ao posicionamento do orador (Bush; Folger, 2005, p. 143/144).

Ressalta-se que o mediador não transmite a mensagem do orador para a outra parte, porque isso o faria “advogado” do orador, e colocaria o ouvinte em uma situação desconfortável. Ao contrário, o mediador se envolve diretamente e exclusivamente com quem fala, fornecendo um espelho sem distorções: uma reflexão é mais eficaz quando captura toda a gama do que foi expresso - sem editar, suavizar ou filtrar o que o orador disse, e incluindo o tom emocional expresso ou seja, como o orador parece estar se sentindo (Bush; Folger, 2005, p. 145).

Outras formas de atuação que merecem destaque no apoio às mudanças de empoderamento (e reconhecimento) são o resumo e o check in que semelhantes ao espelho, permitem a confirmação das partes em relação aos seus posicionamentos (Bush; Folger, 2005).

Assim como o reflexo, o resumo tem um efeito amplificador, mas agora no nível da conversa como um todo, e não de comentários individuais. O resumo organiza e

condensa o que as partes discutiram, permitindo que vejam com clareza o "quadro geral" de sua conversa, ajudando na tomada de decisão. A conversa no contexto conflituoso muitas vezes se desenrola tão rapidamente e intensamente, que as partes perdem o controle do que disseram, onde estão ou o que querem fazer em seguida. O resumo do mediador ajuda a "desfazer a névoa" dessa confusão, exibindo todos os tópicos que discutiram e permitindo que vejam uma espécie de "mapa" do que discutiram, avaliem onde estão agora, e escolham por si próprias a área mais importante a ser abordada a seguir (Bush; Folger, 2005, p. 155).

O check-in, por sua vez, também chamado de verificação, serve para destacar momentos de tomada de decisão, de modo que as partes assumam sua própria responsabilidade sobre as decisões a serem tomadas. O que pode ou não estar associado a um reflexo ou resumo e frequentemente assume a forma de pergunta (Bush; Folger, 2005, p. 166).

Já no Brasil, o Código de Ética prescrito pela Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2010, art. 1º, inciso VI) adotou o empoderamento como um princípio da mediação judicial que representa o dever do mediador de “estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição”.

No mesmo sentido, o Manual de Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2016, p. 137) estabelece que empoderamento significa “a busca pela restauração do senso de valor e poder da parte para que esta esteja apta a melhor dirimir futuros conflitos”, e explica que, por meio do empoderamento:

as partes tornam-se mais aptas a examinar as questões, negociar com a parte contrária e, sobretudo, preparadas a lidar não apenas com uma situação semelhante, mas também possíveis futuras controvérsias acerca de temas diversos. A compreensão, outrossim, se estende de um plano meramente individual para um âmbito conjunto e harmônico, em que se torna possível entender o que a outra parte está sentindo, desejando, necessitando e, desse entendimento, tem-se um juízo menos parcial e mais cooperativo. Esse objetivo é atingido, normal e usualmente, pelo próprio desenrolar da mediação, mas pode ser reforçado pelo emprego de técnicas apropriadas, em que se verifica

como cada parte compreendeu os interesses, as necessidades, os valores e os desejos da parte contrária (CNJ, 2016, p. 196/197).

É possível perceber que o manual de Mediação Judicial aproxima o conceito de empoderamento à capacitação e educação quanto às técnicas de negociação das partes, com o objetivo de que elas possam cada vez mais, por si mesmas, lidarem com seus futuros conflitos (CNJ, 2016, p. 27).

Nesse mesmo sentido, Tartuce (2008) destaca que em uma perspectiva diferenciada, incentivar os participantes ao aprendizado no sentido de lidarem bem com os seus próprios conflitos é o principal objetivo da mediação, e um potencial que pode ser valioso para o Direito.

Assim, o empoderamento se traduz em um potencial pedagógico da mediação, e para isso, dentro do processo mediativo perpassa por uma autoconscientização:

Um outro objetivo é o encorajamento dado pelo mediador a cada uma das partes, para que estas tenham consciência de sua capacidade de resolver seus próprios conflitos e ganhem autonomia. Este último objetivo está ligado à noção de empoderamento das partes. Empoderar uma parte é fazer com que ela adquira consciência das suas próprias capacidades e qualidades. Isso é útil em dois momentos do processo de mediação, dentro do próprio processo e ao seu final. No próprio processo como forma de tornar as partes cientes do seu poder de negociação e dos seus reais interesses com relação à disputa em questão. Ao final, porque o empoderamento consiste em fazer com que a parte descubra, a partir das técnicas de mediação aplicadas no processo, que tem a capacidade ou poder de administrar seus próprios conflitos (CNJ, 2016, p. 211).

Observa-se uma clara distinção em relação à maneira com que o empoderamento é desenvolvido pelo manual de mediação judicial em comparação à escola transformativa. Essa diferença se origina do próprio conceito de mediação apresentado por cada uma dessas abordagens. Como visto, para a escola transformativa, a mediação é um mecanismo de transformação de interações sociais, o que se dá por meio do empoderamento e do reconhecimento. Já de acordo com o manual, a mediação pode ser definida como uma negociação facilitada por um terceiro, com o objetivo de ajudá-las a

melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades (CNJ, 2016).

Essa definição de mediação adotada pelo manual denota o foco atribuído à mediação judicial em encontrar soluções que atendam os interesses e as necessidades das partes, e indica o modelo de prática mais valorizado pelos tribunais. Trata-se do modelo de mediação linear, com fundamentos na negociação baseada em princípios desenvolvidos por Roger Fisher e William Ury, que revolucionaram o campo da resolução de disputas e da mediação, ao dar enfoque nos interesses e necessidades ao invés de posições. (Faleck; Tartuce, p. 10). Não à toa, há um capítulo inteiro no manual dedicado às técnicas de negociação, considerados essenciais em um treinamento em mediação (CNJ, 2016, p. 73/83).

Nota-se, que, o modelo transformativo não deixa de reconhecer que a mediação é uma “ferramenta poderosa” para satisfazer as necessidades humanas (Bush; Folger, p. 9). Sua principal diferença em comparação ao modelo linear, está no fato de ser um modelo baseado em um conjunto de valores relacionais e não negociais (CNJ, 2016, p.232), reconhecendo que mais do que alcançar um acordo, o maior impacto, e portanto, a promessa da mediação reside na possibilidade de fortalecer tanto as partes, quanto a sociedade da qual fazem parte.

Da mesma forma, o manual de mediação judicial, ao ressaltar o modelo negocial, e, portanto, focar no acordo, não chega a desconsiderar o potencial transformador do empoderamento. Pelo contrário, o considera como o “maior componente transformador das mediações” (CNJ, 2016, p. 27). Além disso, o aborda não apenas enquanto benefício da prática (CNJ, 2016, p.148), mas também como objetivo (CNJ, 2016, p. 193 e 215) e princípio norteador (CNJ, 2016, p. 252). Sem contar que, segundo o manual, uma boa mediação é aquela que alcançou tanto o acordo propriamente dito, em todas as suas nuances, quanto o empoderamento (CNJ, 2016, p.197).

Quanto às técnicas, o manual não prevê nenhuma atuação especificamente direcionada para o empoderamento. Há, contudo, assim como no modelo transformativo, previsão de resumo, com o mesmo objetivo de organizar e recapitular o que foi exposto

(CNJ, 2016, p.150). Apesar de não haver previsão expressa do “reflexo”, uma técnica que se aproxima - no sentido de permitir que as partes escutem as suas próprias falas - é a recontextualização, ou paráfrase. Também não há previsão expressa de check in, senão uma orientação geral no sentido de confirmar com as partes tanto o que desejam discutir (CNJ, 2016, p.184 e 335) quanto seus interesses (CNJ, 2016, p. 240).

Todavia, há uma diferença substancial em relação ao proposto no modelo transformativo. Aqui, a ideia é que as partes sempre percebam o contexto fático por uma outra perspectiva, de forma mais positiva (CNJ, 2016, p. 150 e 234), cabendo ao mediador “dar um enfoque prospectivo, voltado às soluções, filtrando os componentes negativos que eventualmente possam conter, com o objetivo de encaixar essa informação no processo de modo construtivo” (CNJ, 2016, p. 209).

Outra distinção substancial diz respeito à condução do processo. Se na proposta transformativa o apoio ao empoderamento também se dá por meio da transferência da liderança do processo, como se percebe desde o início com a liberdade para que as próprias partes escolham quem começa a falar, o manual apresenta um capítulo próprio sobre o como manter o controle do processo, de modo a fornecer “a estrutura e a proteção necessárias para aproximar as partes, permitir que estas percebam o conflito de forma mais positiva e, naturalmente, se firme um acordo” (CNJ, 2016, p.219).

Dentre as orientações apresentadas neste capítulo, vale ressaltar a recomendação oposta ao modelo transformativo, no sentido de determinar, com base em algum critério objetivo, quem inicia a fala, como por exemplo, quem moveu a ação, ou quem está sentado à direita, isso porque, segundo o manual, em razão da litigiosidade mais acentuada nas mediações judiciais, o mediador poderia ser interpretado como parcial caso tivesse que decidir se ambas as partes optarem por iniciar a fala (CNJ, 2016, p. 175).

Destaca-se ainda, a orientação no sentido do mediador interromper as partes em algumas situações, como por exemplo, quando elas próprias se interrompem. (CNJ, 2016, p.223), outra divergência em relação à proposta transformativa.

Por outro lado, assim como na proposta transformativa, o manual não recomenda a interrupção quando a conversa ganha um tom emocional mais forte, desde que o diálogo permaneça com contornos produtivos, e explica que nesses casos, pode haver importantes ganhos de empoderamento: “Quando há trocas de informações entre as partes, mesmo que essa informação seja transmitida de forma emocionalmente carregada – desde que isso não chegue a prejudicar a comunicação – é recomendado que o mediador aguarde os ânimos acalmarem por si só”(CNJ, 2016, p. 224).

É possível observar que, independentemente do referencial adotado - Escola Transformativa ou Manual de Mediação Judicial, o fato é que o empoderamento permite que os indivíduos alcancem uma “evolução moral”, por meio do reconhecimento da capacidade de decidirem sobre os próprios problemas pessoais e relacionais (Tartuce, 2008, p. 12).

Essa evolução moral representa um potencial “amadurecimento” da sociedade civil (Moreira, 2009 p. 17) - e em última instância, a concretização de uma cidadania ampla, consubstanciada na efetiva participação da sociedade na vida pública, por meio da busca pelo tratamento de seus próprios conflitos (Reis; Silva, 2016).

Sob a perspectiva da busca pela cidadania plena:

necessário se faz que haja uma participação mais efetiva, concreta e ativa de cada cidadão em todos os atos da vida pública e não apenas a cada dois anos na escolha de seus governantes, pois quando as pessoas se mostram capazes de se responsabilizarem por suas próprias demandas, sem deixar as decisões que lhe são inerentes apenas sob os olhos de um terceiro com poder de império, elas assumem de fato sua posição enquanto sujeitos ativos de direitos e deveres, enxergando-se capazes de atuar ativamente na sua própria vida, bem como, de forma cooperativa, na vida de todos à sua volta, sendo o que se espera de um Estado Democrático de Direito (Reis; Silva, p. 62/63).

Essa forma de interação social, que foge do modelo impositivo e antagônico e que dá espaço para a participação, o diálogo e a cooperação, representa um dos pressupostos básicos da cidadania, qual seja, a atuação dos sujeitos na luta por seus direitos, e assim então a mediação devolve à comunidade o poder de decisão sobre os conflitos que ocorrem em seu seio (Waltrich; Splenger, 2013).

Assim, ao permitir uma preparação dos sujeitos para a gestão de seus conflitos, e ainda uma capacitação para a atuação crítica no espaço cívico, a mediação garante a pluralidade na busca pela justiça, fortalece o exercício da cidadania, e se torna um possível canal para a concretização e defesa dos Direitos Humanos. (Orsini e Silva, 2013).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Mediação de conflitos propõe, portanto, a substituição do protagonismo paternalista do Poder Judiciário por uma participação efetiva da sociedade no tratamento de seus conflitos, apontando, assim, para o fortalecimento da cidadania.

Observou-se que, a sociedade, culturalmente acostumada em converter conflitos em litígios, depende de um aprendizado, de uma aquisição de aptidão no sentido de os indivíduos se tornarem capazes de lidarem com os próprios conflitos inerentes à vida, com a redescoberta de seus próprios valores, sua confiança, força e a capacidade própria de tomar decisões – a sociedade depende, portanto, de um empoderamento.

Assim, verificou-se que o empoderamento é um dos efeitos que pode ser obtido pela prática mediativa, tanto segundo o modelo transformativo de mediação, quanto de acordo com o modelo adotado pelo Manual de Mediação Judicial do CNJ.

A pesquisa buscou demonstrar ainda quais técnicas podem ser adotadas pelo mediador no sentido de estimular o empoderamento dos participantes envolvidos em conflitos.

Foi possível observar que apesar de algumas diferenças entre os modelos e suas técnicas, em ambos o empoderamento é compreendido enquanto efeito transformador das relações sociais.

Por fim, evidenciou-se que o empoderamento permite a realização de uma cidadania abrangente que se concretiza por meio da participação efetiva da sociedade na esfera pública, engajando-se na resolução de seus próprios conflitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Mediação Judicial**. Azevedo, André Gomma de (Org.). 6. ed. Brasília, Distrito Federal: CNJ, 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125**. Disponível em: <atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em 02/01/23.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. **The Promise of Mediation**: the transformative approach to conflict. São Francisco: Jossey-Bass, Rev. ed., 2005.

DALLA, Humberto. **A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito**: o juiz Hermes e a nova dimensão da função jurisdicional. Disponível em: [A mediação e a solução dos conflitos no estado democrático de direito. o “juiz hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional / mediation and conflict solution in the democratic law state. the "hermes judge" and the new dimension of judicial function | revista quaestio iuris \(uerj.br\)](#). Acesso em 05 fev. 2024, p.248.

FALECK, Diego. TARTUCE, Fernanda. **Introdução histórica e modelos de mediação**. Disponível em: <[Introducao-historica-e-modelos-de-mediacao-Faleck-e-Tartuce.pdf \(fernandartartuce.com.br\)](#)>. Acesso em 10/05/2023.

FREUD, Sigmund. **A dissecação da personalidade psíquica** (Conferência XXXI). In: Edição Standard das Obras Completas de Sigmund Freud, v. XVIII. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2010.

GALANTE, Elisa Helena Lesqueves; PEDRA, Adriano Sant’Ana. **O judiciário como o superego da sociedade**: uma crítica sobre a usurpação da compreensão dos valores de uma sociedade. III encontro de internacionalização do CONPEDI – Madrid. v.1, n.14, 2015.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo: Ícone, 2000.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como o superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. **Novos Estudos**. São Paulo. n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MOREIRA, Rafela Selem. **A mediação de conflitos como ferramenta para construção de uma democracia pautada na razão comunicativa**. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo, 2009.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. A mediação como instrumento de efetivação dos direitos humanos e de promoção da cidadania. In: **Biblioteca digital TRT-MG**. Disponível em: <[A mediação como instrumento de efetivação dos direitos humanos e de promoção da cidadania \(trt3.jus.br\)](#)> . Acesso em: 07/11/23.

PELAJO, Samantha. **Colaboração, tensões e ambivalências entre mediadores e advogados no procedimento extrajudicial de mediação familiar**. 2023. 281 f. Dissertação (Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito, Universidade Federal Fluminense, 2023.

REIS, Ana Caroline Vasconcelos Silva; SILVA, Juvêncio Borges. A resolução adequada de conflitos em uma sociedade democrática: o exercício da cidadania em face do paternalismo estatal. *In: Revista Brasileira de Direito*. Passo Fundo: Prof. Dr. Fausto Santos de Moraes, 2016.

RESTA, Eligio. **O Direito Fraterno**. Tradução de Fabiana Marion Splenger, Sandra Regina Martini, Bernardo Baccon Gehlen, Márcia Ribeiro Wingert e Mateus Tomazi. 2. ed. 2020. *E-book*.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. 2ª ed. Ijuí: Unijuí, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos cíveis**. 7 ed. São Paulo: Método, 2024.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediação: teoria e prática**. Guia para utilizadores e profissionais. Lisboa: Agora Publicações, 2001.

_____. Mediação responsável e emancipadora. *In: Amigos da arbitragem e mediação do Brasil*. Disponível em: < [Mediação Responsável e Emancipadora - Adam Brasil](#) >. Acesso em: 07/11/2023.

_____. *In: TÂNIA, Almeida. Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos*. 7. ed. São Paulo: Dash editora, 2020.

VIANNA, Luiz Verneck. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renvan, 1999.

WALTRICH, Dhieimy Quelem; SPENGLER, Fabiana Marion. Reflexões acerca da mediação comunitária como estratégia prática de cidadania participativa. *In: Revista de Estudos Jurídicos UNESP*: Franca. Ana Clara Tristão, 2013.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

_____. Ciudadania y Derechos Humanos de la Otriedad. *In: MARTÍN, Núria Beloso. Los nuevos desafíos de la ciudadanía*. Burgos: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, 2001.

A MEDIAÇÃO COLETIVA COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS QUE ENVOLVEM DIREITO À SAÚDE E ENTES PÚBLICOS

Anna Luiza Massarutti Cremonezi¹
Patricia Ayub da Costa²

Eixo Temático: GT7: Métodos consensuais de solução de conflitos na efetivação de direitos humanos.

RESUMO

O estudo aborda a mediação coletiva como método de pacificação em litígios envolvendo o direito à saúde e entidades públicas, focando na efetivação do acesso à justiça. A pesquisa justifica-se pela necessidade de métodos consensuais que resguardem a dignidade dos envolvidos, especialmente em disputas sensíveis como as de saúde pública, bem como que contribuam com a taxa de descongestionamento do Poder Judiciário. Adota-se uma metodologia qualitativa com revisão de literatura e análise legislativa, explorando como a mediação pode ser um caminho viável para resolver conflitos, promovendo resoluções negociadas, mais rápidas e menos custosas. Os resultados indicam que a mediação influencia positivamente na efetividade do direito humano à saúde, na redução da litigiosidade e na gestão de recursos públicos de forma mais eficiente. Além disso, contribui para o desenvolvimento e reformulação de políticas públicas, tornando-as mais adequadas às necessidades sociais. Assim, a mediação funciona como uma estratégia valiosa para a pacificação de conflitos coletivos e o aprimoramento da administração pública, em especial no âmbito da saúde.

Palavras-chave: Mediação Coletiva. Acesso À Justiça. Políticas Públicas

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é um direito fundamental, cujo maior desafio é sua efetividade, especialmente em disputas envolvendo saúde pública e entes públicos. Diante dos obstáculos impostos pela morosidade e custos processuais, a mediação apresenta-se como uma via adequada para promover a resolução consensual de conflitos e pacificar a sociedade, focando em assuntos sensíveis e complexos como é o caso do direito à saúde. Diante das complexidades inerentes a tais litígios, especialmente aqueles relacionados à

¹ Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: annaluiza.cremonezi@uel.br.

² Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Docente do Departamento de Direito Público da UEL e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL. Vice-coordenadora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL. E-mail: patricia.ayub@uel.br.

saúde pública, será examinada a mediação como um mecanismo potencialmente eficaz para a pacificação social e a efetivação do acesso à justiça. A pesquisa se justifica pela necessidade crescente de explorar formas adequadas e consensuais de resolução de conflitos que não somente aliviem o sistema judiciário sobrecarregado, mas que também promovam a dignidade e a integridade dos indivíduos mais vulneráveis da sociedade.

Esta investigação se propõe a delimitar e analisar como a mediação, ao ser aplicada em contendas que envolvem o direito à saúde frente a entes públicos, pode servir como um instrumento de acesso à justiça, reduzindo a litigiosidade e proporcionando resoluções mais céleres e menos onerosas. O problema central a ser enfrentado é a eficácia da mediação em produzir resultados jurídicos e sociais sustentáveis e respeitosos, que se alinhem tanto às necessidades dos cidadãos quanto às exigências de políticas públicas eficientes.

Os objetivos específicos deste estudo incluem: mapear o terreno jurídico e teórico que envolve a mediação em casos de saúde pública, avaliar a aplicabilidade e os impactos dessa prática no sistema de saúde e explorar como a mediação pode influenciar o desenvolvimento e a reformulação de políticas públicas. Será adotada uma metodologia qualitativa, com a análise de literatura especializada e legislação pertinente.

A hipótese preliminar que norteará o estudo é que a mediação, quando adequadamente implementada em disputas envolvendo o direito à saúde e entes públicos, pode ser uma via eficaz para a efetivação do acesso à justiça, contribuindo significativamente para a pacificação de conflitos coletivos e a otimização da gestão de recursos na saúde pública. Portanto, espera-se que esta pesquisa contribua para uma compreensão mais profunda do potencial da mediação como ferramenta de justiça social e acesso à justiça, promovendo um diálogo mais eficiente entre os cidadãos e o Estado.

1. DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

O direito à saúde é amplamente reconhecido como um direito humano fundamental, essencial para a realização de outros direitos e para o alcance de uma vida digna. Este tópico abordará a evolução histórica e o reconhecimento jurídico do direito à

saúde, explorando como essas perspectivas influenciam a proteção dos grupos mais vulneráveis. A análise será centralizada na legislação que forma a base para a aplicação e interpretação deste direito, justificando sua relevância no contexto atual de disputas envolvendo entes públicos.

1.1. EVOLUÇÃO E RECONHECIMENTO DO DIREITO À SAÚDE

A consagração do direito à saúde como um direito humano fundamental marca uma significativa evolução na doutrina dos direitos humanos e nas obrigações dos Estados. Este subtópico explora a trajetória histórica e a institucionalização desse direito, particularmente no contexto brasileiro, evidenciando como a Constituição de 1988 estabeleceu uma nova era na proteção e garantia da saúde como um direito inalienável de todos os cidadãos.

O reconhecimento do direito à saúde como um direito humano fundamental é um desenvolvimento relativamente recente na história jurídica, que reflete uma evolução significativa nas perspectivas de governança e responsabilidade estatal. Este direito, fundamentado em diversos tratados internacionais após a Segunda Guerra Mundial e cristalizado em constituições nacionais ao redor do mundo, é crucial para garantir a dignidade e o bem-estar dos indivíduos. No Brasil, a Constituição de 1988 foi um marco na proteção do direito à saúde, integrando-o ao sistema de seguridade social e o estabelecendo como um dever do Estado, refletindo assim uma mudança paradigmática de um modelo de bem-estar restritivo para um modelo inclusivo e universal (Moreira, 2011, p. 221)..

Este direito, no entanto, enfrenta desafios práticos em sua implementação, destacando a discrepância entre o ideal jurídico e a realidade socioeconômica. O art. 196 da Constituição Brasileira explicita que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. No entanto, a aplicação prática deste artigo revela limitações, particularmente em relação à capacidade do sistema de saúde público de atender à demanda universal e gratuita (Sztajn, 2016, p. 191).

Ao longo dos anos, tem-se observado que, apesar da previsão constitucional e da criação de sistemas como o SUS (Sistema Único de Saúde), a falta de recursos, infraestrutura adequada e gestão eficiente impõe sérios obstáculos à realização plena deste direito. A análise da evolução do direito à saúde revela uma tensão constante entre o reconhecimento legal e a efetividade prática, onde o Estado se vê em desafio constante para equilibrar recursos limitados com as crescentes demandas de uma população em busca de serviços de saúde acessíveis e de qualidade (Ramos e Ramos, 2017, p. 209).

A análise histórica e normativa do direito à saúde no Brasil revela um avanço significativo na proteção jurídica desse direito essencial, embora persistam desafios substanciais na sua implementação prática. Reconhecendo estas dificuldades e explorando soluções potenciais, é imperativo que se continue a desenvolver políticas que fortaleçam o sistema de saúde, garantindo assim a efetivação desse direito fundamental para todos os brasileiros

1.2. DIREITO À SAÚDE E VULNERABILIDADE SOCIAL

A relação entre o direito à saúde e a proteção dos grupos mais vulneráveis é uma temática central no desenvolvimento de políticas públicas efetivas. Este subtópico discutirá como o direito à saúde, consagrado na Constituição de 1988, estabelece um compromisso especial com a proteção dos indivíduos em condições de vulnerabilidade, enfatizando a importância de um acesso equitativo aos serviços de saúde.

O direito à saúde, estabelecido como um dever do Estado pela Constituição de 1988, reflete um compromisso com a universalidade e a equidade, particularmente em relação aos grupos mais vulneráveis da sociedade (Oliveira, 2015, p. 123). Essa disposição constitucional reconhece que a saúde é fundamental para a dignidade humana e essencial para o exercício de outros direitos humanos (Casas Maia, 2016, p. 21).

Os grupos vulneráveis, incluindo os economicamente desfavorecidos, os portadores de deficiências, as minorias étnicas e raciais, e os pacientes hipervulneráveis, como aqueles dependentes de cuidados de longa duração ou de tecnologia de saúde

avançada, enfrentam barreiras significativas no acesso a serviços de saúde adequados e eficazes (Casas Maia, 2016, p. 24). Tais barreiras não se limitam apenas à disponibilidade de serviços, mas também à capacidade dos serviços de saúde de atender às suas necessidades específicas e complexas.

A Lei 8.080/1990, que regulamenta o Sistema Único de Saúde (SUS), busca endereçar essas necessidades ao garantir que a saúde seja um direito de todos, sem qualquer discriminação (Brasil, 1990, art. 2). No entanto, a aplicação prática desta legislação ainda enfrenta desafios significativos, especialmente no que tange à distribuição equitativa de recursos e à capacitação de profissionais para lidar com a diversidade das demandas populacionais (Oliveira, 2015, p. 130).

Adicionalmente, o reconhecimento da saúde como um direito implica na obrigação do Estado de criar condições que assegurem a todos os indivíduos, inclusive os mais vulneráveis, um acesso igualitário não só a tratamentos médicos, mas também a condições de vida que possibilitem a manutenção da saúde, como alimentação adequada, moradia, educação, e um ambiente saudável (Oliveira, 2015, p. 128).

A proteção efetiva do direito à saúde para os grupos mais vulneráveis requer não apenas a implementação de políticas públicas inclusivas e acessíveis, mas também uma vigilância constante e adaptações às mudanças socioeconômicas e demográficas. Garantir a saúde como um direito universal demanda um compromisso contínuo com a justiça social e a equidade, fundamentos essenciais para a realização plena do direito à saúde (Casas Maia, 2016, p. 47).

Assim, sedimenta-se o direito à saúde como um direito humano fundamental, destacando sua evolução histórica e consolidação na legislação brasileira, especialmente com a Constituição de 1988. Discutiu-se como esse direito se manifesta não apenas na legislação, mas também na prática, enfrentando desafios significativos para sua efetivação, particularmente entre os grupos mais vulneráveis da sociedade. Enfatizou-se

a necessidade de uma abordagem inclusiva e equitativa no acesso aos serviços de saúde, reconhecendo as complexidades e as exigências específicas dos indivíduos vulneráveis.

2. A MEDIAÇÃO COMO MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA

A mediação surge como uma ferramenta estratégica para o acesso à justiça, especialmente em sistemas judiciais sobrecarregados. Este tópico discutirá os princípios fundamentais da mediação e sua inserção no modelo de justiça multiportas, enfatizando sua adequação para resolver disputas envolvendo o direito à saúde. Será examinada a aplicabilidade da mediação em contextos que envolvem entes públicos, destacando a eficácia deste mecanismo na promoção de resoluções consensuais e na redução da litigiosidade.

1. PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS DA MEDIAÇÃO

A mediação, como meio adequado de resolução de conflitos, está fundamentada em princípios que promovem a autodeterminação das partes e a busca pela justiça acessível. Este subtópico aborda os princípios essenciais que regem a mediação, enfatizando como eles contribuem para a concretização do acesso à justiça e dos direitos fundamentais.

A mediação é definida, conforme o artigo 1º, parágrafo único da Lei nº 13.140, como uma técnica conduzida por um terceiro neutro, sem autoridade decisória, escolhido ou aceito pelas partes, que as ajuda e encoraja a identificar ou criar soluções consensuais para suas disputas.

Francisco José Cahali descreve a mediação como uma ferramenta autocompositiva e voluntária de pacificação, na qual um terceiro imparcial facilita a comunicação entre as partes, seja de maneira ativa ou passiva, auxiliando na retomada do diálogo antes ou após o surgimento do conflito, conforme mencionado em sua obra de 2015 (Cahali, 2015, p. 85).

De forma similar, Fernanda Tartuce afirma que a mediação envolve facilitar a comunicação entre as partes para que elas possam, ao entender melhor os detalhes do conflito, chegar a uma solução consensual por conta própria (Tartuce, 2008, p. 208).

Com isso, conclui-se que o propósito da mediação é restabelecer o diálogo entre as partes para que cheguem a um acordo mutuamente satisfatório.

A Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que regula a mediação no Brasil, estabelece princípios fundamentais para a condução deste processo de resolução de conflitos. Entre os princípios destacados estão a imparcialidade do mediador, que deve manter neutralidade sem favorecer nenhuma das partes; a isonomia, assegurando tratamento igualitário às partes; a oralidade, priorizando o diálogo; a informalidade, que facilita a interação; e a autonomia da vontade das partes, que permite que estas definam o curso da mediação. Adicionalmente, enfatiza-se a busca do consenso, a confidencialidade das informações tratadas e a boa-fé das partes durante o processo.

Tais princípios formam a base deste mecanismo, que busca promover uma solução consensual para conflitos, respeitando a dignidade e os interesses das partes envolvidas (Ruiz e Bedê, 2009, p. 3). O princípio da voluntariedade assegura que as partes estejam envolvidas no processo por sua própria vontade, sem coerção, enquanto a neutralidade do mediador garante um processo equânime, sem favorecer qualquer das partes.

A confidencialidade protege todas as informações compartilhadas durante a mediação, incentivando as partes a expressarem-se livremente, o que é crucial para alcançar um entendimento mútuo (Ruiz e Bedê, 2009, p. 4). Por fim, a autocomposição permite que as próprias partes criem soluções que atendam a seus interesses, diferenciando a mediação de processos judiciais onde o resultado é determinado por um terceiro.

Além desses princípios, a mediação é guiada pela busca de concretizar o acesso à justiça, como discutido por Capelletti e Garth (1988, p. 11), onde enfatizam que o acesso efetivo à justiça deve transcender as barreiras formais e proporcionar meios reais para a reivindicação de direitos. A mediação se apresenta como um instrumento eficaz nesse

sentido, ao oferecer um meio menos formal e mais adaptável às necessidades específicas das partes, promovendo assim uma justiça mais inclusiva e acessível.

A mediação, fundamentada em seus princípios intrínsecos, oferece uma abordagem mais humana e flexível para a resolução de conflitos, alinhando-se com os modernos entendimentos de acesso à justiça. Ao permitir que as partes controlem o processo e cheguem a soluções que respeitem suas necessidades e dignidade, a mediação não apenas resolve conflitos, mas também promove a paz social e fortalece o tecido da justiça comunitária.

2.2. MEDIAÇÃO EM DISPUTAS ENVOLVENDO ENTES PÚBLICOS

Este subtópico analisa a implementação da mediação em disputas envolvendo entes públicos, destacando a adaptação deste mecanismo ao contexto do direito público. A Lei 13.140/2015 introduziu a mediação administrativa como um meio adequado para resolver litígios sem a intervenção direta do Judiciário, propondo uma solução potencialmente mais eficiente e menos onerosa. No entanto, essa inovação legislativa também apresenta desafios particulares em relação à transparência, equidade e adequação ao regime jurídico-administrativo.

A Lei 13.140/2015 estabelece um marco legal para a mediação envolvendo entes públicos, oferecendo um caminho para a resolução de litígios fora do Judiciário. A mediação entre entes públicos requer uma reinterpretação da autonomia da vontade, já que, por natureza, os entes públicos não possuem vontade própria, mas atuam conforme as prerrogativas legais e políticas estabelecidas. A confidencialidade, outro pilar da mediação, colide – ao menos, aparentemente – com o princípio da publicidade, essencial na administração pública. Esses aspectos requerem uma reestruturação significativa das práticas de mediação para garantir que sejam apropriadas ao contexto público (Ferreira, 2017, p. 327).

Ferreira (2017, p. 323) analisa essa legislação sob a ótica de sua capacidade de promover um diálogo mais eficiente e menos litigioso entre o Estado e os cidadãos, destacando a intenção de fomentar uma cultura de consenso em contraposição à

tradicional preferência pelo litígio. No entanto, a autora aponta desafios significativos na implementação da lei, particularmente no que tange à manutenção da transparência e da responsabilidade fiscal. A necessidade de os procedimentos de mediação atenderem aos princípios administrativos e legais é enfatizada, com Ferreira alertando para os riscos de que acordos realizados no âmbito da mediação possam inadvertidamente violar normativas fiscais ou legais.

Além disso, Ferreira discute a importância da capacitação dos mediadores que lidam com conflitos envolvendo o setor público. Esses profissionais devem ter não apenas conhecimentos jurídicos adequados, mas também uma compreensão profunda das peculiaridades da administração pública e da legislação pertinente. A eficácia da mediação, portanto, está intrinsecamente ligada à habilidade dos mediadores em navegar o complexo ambiente legal e administrativo que rege a atuação dos entes públicos, assegurando que os acordos sejam não apenas eficientes, mas também juridicamente sólidos e transparentes (Ferreira, 2017, p. 327).

A prática enfrenta desafios inerentes ao direito público, tais como a necessidade de transparência e a observância de princípios administrativos de isonomia e legalidade (Laurenti e Miranda, 2017, p. 110). Asperti (2014, p. 133) argumenta que os grandes litigantes, incluindo entidades públicas, frequentemente desempenham um papel significativo nos volumes de litígios, o que pode afetar a imparcialidade e a eficácia da mediação.

Além disso, a natureza das disputas entre entes públicos e cidadãos pode levar a desequilíbrios de poder e informação, o que exige uma abordagem cuidadosa para garantir que a mediação não favoreça injustamente uma das partes. Asperti também destaca a necessidade de considerar como as estruturas de mediação são financiadas e administradas, para evitar conflitos de interesse e garantir que a mediação seja conduzida de maneira justa e equitativa (Asperti, 2014, p. 134)

A mediação entre entidades públicas e privadas ou entre diferentes entidades públicas tem o potencial de desafogar o sistema judiciário, oferecendo um processo menos formal e mais colaborativo. Laurenti e Miranda (2017, p. 110) destacam que a Lei

de Mediação busca promover a resolução de conflitos de maneira mais ágil, reduzindo a litigiosidade excessiva que sobrecarrega os tribunais. No entanto, a aplicação da mediação no setor público exige uma adaptação cuidadosa para garantir que não haja comprometimento da transparência e da responsabilidade fiscal, princípios fundamentais na administração pública.

Asperti (2014, p. 133) discute como os grandes litigantes, especialmente entidades públicas, podem influenciar o sucesso da mediação. Estes atores frequentemente participam de um volume significativo de litígios, o que lhes confere uma vantagem estratégica na negociação e pode levar a uma influência desproporcional no processo de mediação. Isso é particularmente preocupante quando tais entidades usam a mediação como uma estratégia para evitar litígios prolongados, sem necessariamente buscar uma resolução justa ou equitativa para ambas as partes.

A integração efetiva da mediação no setor público também exige adaptações quanto à publicidade. A confidencialidade, um dos pilares da mediação, pode entrar em conflito com a necessidade de transparência nas ações governamentais. Isso exige que os procedimentos de mediação sejam cuidadosamente estruturados para assegurar que os acordos não apenas cumpram com os requisitos legais e éticos, mas também sejam percebidos como justos e abertos pelo público.

Além disso, a eficácia da mediação depende fortemente da capacitação e da imparcialidade dos mediadores. Em contextos onde os entes públicos estão envolvidos, é crucial que os mediadores não apenas entendam as nuances do direito público, mas também sejam treinados para manejar as dinâmicas de poder desiguais que podem surgir em negociações envolvendo grandes litigantes e cidadãos ou pequenas empresas.

A mediação, como ferramenta para resolver disputas envolvendo entes públicos, oferece benefícios significativos em termos de eficiência e redução da carga sobre o sistema judiciário. Contudo, para que essa prática atinja seu potencial pleno, é essencial que ajustes sejam feitos para garantir transparência, equidade e adequação ao regime jurídico-administrativo. As práticas de mediação devem ser continuamente avaliadas e

adaptadas para assegurar que respeitem os princípios fundamentais de justiça e acesso equitativo à justiça.

3. IMPACTOS DA MEDIAÇÃO NA SAÚDE PÚBLICA E POLÍTICAS PÚBLICAS

A implementação da mediação em disputas envolvendo saúde pública pode ter implicações significativas para a eficácia das políticas públicas. Este tópico avaliará como a mediação pode influenciar positivamente a gestão da saúde pública, promovendo políticas mais responsivas e eficientes. Será dada ênfase ao papel da mediação na formulação de políticas públicas, investigando sua capacidade de resolver conflitos de maneira que respeite tanto os interesses individuais quanto coletivos

A mediação, especialmente em contextos que envolvem entes públicos, oferece uma ferramenta promissora para o desenvolvimento de políticas públicas de saúde. Esta seção discutirá como a mediação pode servir como um catalisador para reformulações políticas, promovendo soluções que não apenas resolvem conflitos, mas também refletem e adaptam-se às necessidades dinâmicas das populações e dos desafios enfrentados pelo setor público.

A mediação envolvendo entes públicos, introduzida pela Lei 13.140/2015, propõe uma abordagem consensual que transcende a mera resolução de disputas, impactando a maneira como as políticas públicas são concebidas e implementadas. Este processo permite que diferentes stakeholders, incluindo agências governamentais e cidadãos, colaborem na criação de soluções inovadoras e sustentáveis para problemas complexos de saúde pública (Ferreira, 2017, p. 328).

Um exemplo significativo do impacto da mediação pode ser observado na forma como ela facilita a adaptação das políticas às necessidades locais. Através da mediação, os órgãos de saúde pública podem responder mais eficazmente às exigências específicas das comunidades, garantindo que as intervenções sejam tanto apropriadas quanto eficazes, refletindo os valores e as expectativas daqueles que serão mais afetados pelas políticas (Laurenti e Miranda, 2017, p. 115).

Além disso, a mediação promove uma governança mais transparente e responsável. Ao envolver diversos atores no processo de formulação de políticas, a mediação ajuda a garantir que as decisões sejam tomadas de forma aberta e com ampla participação pública. Isso é crucial em áreas sensíveis como a saúde, onde a aceitação pública das políticas é essencial para a sua eficácia e sustentabilidade (Ferreira, 2017, p. 330).

A mediação também ajuda a reduzir a litigiosidade no sistema de saúde. Ao resolver disputas através de consensos antes que elas escalem para o sistema judiciário, a mediação pode diminuir significativamente os custos e a carga sobre o sistema de saúde, liberando recursos para serem melhor investidos em cuidados diretos ao paciente e melhorias infraestruturais (Ferreira, 2017, p. 331).

A mediação no contexto da saúde pública oferece uma plataforma para diálogos construtivos entre pacientes, profissionais de saúde e administradores públicos. Por meio da mediação, é possível abordar e resolver rapidamente disputas relacionadas ao acesso a medicamentos, tratamentos e outros serviços de saúde, reduzindo a necessidade de intervenção judicial prolongada (Laurenti e Miranda, 2017, p. 110).

Um dos principais benefícios da mediação é a sua capacidade de adaptar soluções às necessidades específicas dos indivíduos envolvidos. Isso é particularmente importante em um setor tão sensível quanto o da saúde, onde decisões padronizadas podem não atender efetivamente a todos os pacientes. A mediação permite a criação de acordos personalizados que respeitem as necessidades médicas e as preferências pessoais dos pacientes, promovendo um atendimento mais humano e eficiente (Ferreira, 2017, p. 329).

Além de resolver disputas específicas, a mediação na saúde pública também pode levar a melhorias sistêmicas. Ao identificar padrões recorrentes em disputas mediadas, as autoridades de saúde podem detectar e abordar lacunas nas políticas e práticas existentes. Este feedback contínuo é vital para a evolução constante dos serviços de saúde e para a garantia de que as políticas públicas reflitam as realidades emergentes e as necessidades da população (Ferreira, 2017, p. 331).

A mediação também contribui para a redução de custos no sistema de saúde. Ao evitar processos judiciais onerosos e demorados, a mediação libera recursos que podem ser melhor investidos em melhorias diretas nos serviços de saúde. Isso não apenas alivia a carga financeira sobre o sistema de saúde, mas também permite uma realocação de recursos para áreas que necessitam urgentemente de atenção, como a prevenção de doenças e a promoção da saúde (Laurenti e Miranda, 2017, p. 115).

Em resumo, a mediação é uma ferramenta essencial para melhorar a gestão da saúde pública. Ela não apenas resolve disputas de maneira eficaz, mas também promove um sistema de saúde mais responsivo, econômico e centrado no paciente. Ao facilitar soluções personalizadas e melhorar a alocação de recursos, a mediação ajuda a garantir que as políticas de saúde sejam implementadas de maneira mais eficaz e que os serviços sejam prestados de forma mais justa e equitativa (Ferreira, 2017, p. 333).

Em conclusão, a mediação emerge como uma estratégia essencial para o desenvolvimento e implementação de políticas públicas de saúde. Ela não apenas resolve conflitos de forma eficaz, mas também facilita a adaptação das políticas às mudanças nas demandas e expectativas da sociedade, garantindo que as políticas públicas sejam mais responsivas, inclusivas e sustentáveis.

CONCLUSÃO

Este estudo investigou a aplicação da mediação como uma ferramenta eficaz para a resolução de conflitos envolvendo o direito à saúde e entes públicos, visando a pacificação social e a efetivação do acesso à justiça. A pesquisa justificou-se pela necessidade de explorar alternativas consensuais de resolução de conflitos que aliviassem o sistema judiciário sobrecarregado e promovessem a dignidade dos indivíduos vulneráveis.

Os resultados da análise demonstraram que a mediação é capaz de reduzir a litigiosidade e proporcionar resoluções mais céleres e menos onerosas. Com a adoção de uma abordagem qualitativa e o exame de literatura especializada e legislação pertinente, ficou evidenciado que a mediação não só facilita o acesso à justiça, mas também contribui

significativamente para o desenvolvimento e a reformulação de políticas públicas de saúde. Especificamente, observou-se que a mediação influencia positivamente a gestão da saúde pública, promovendo políticas mais responsivas e eficientes que atendem tanto aos interesses individuais quanto coletivos.

No tocante ao direito à saúde como um direito humano fundamental, a pesquisa ressaltou sua evolução histórica e reconhecimento jurídico, mostrando como essas perspectivas influenciam a proteção dos grupos mais vulneráveis. Além disso, discutiu-se como a mediação pode servir como um mecanismo eficaz para o acesso à justiça em sistemas judiciais sobrecarregados, destacando-se como uma alternativa adequada para resolver disputas envolvendo o direito à saúde.

Em conclusão, a mediação provou ser uma via eficaz para a efetivação do acesso à justiça, contribuindo significativamente para a pacificação de conflitos coletivos e a otimização da gestão de recursos na saúde pública. A pesquisa contribuiu para uma compreensão mais profunda do potencial da mediação como ferramenta de justiça social, promovendo um diálogo mais eficiente entre os cidadãos e o Estado. Espera-se que este estudo inspire a continuidade da pesquisa na área, visando aprofundar o entendimento sobre as práticas de mediação e sua eficácia, bem como promover a conscientização e a capacitação de mediadores e operadores do direito para que possam empregar a mediação de forma estratégica e inovadora no cenário jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. **A mediação, a conciliação e os grandes litigantes do Judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 29 jun. 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em 06/05/2024.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Análise comparativa entre a lei de mediação e o CPC/15. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). **Justiça**

multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: JusPodivm, 2017.

CAHALI, Francisco José. **Curso De Arbitragem:** mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDOSO, Ana Paula Pontes. Mediação nos Relacionamentos. In: **Judicialização da Saúde II.** Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, Série Aperfeiçoamento de Magistrados, n. 18, p. 18-22. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/8/judicializacaoadaudeII_18.pdf. Acesso em 06/05/2024.

CASAS MAIA, Maurilio. O direito à saúde e a tutela do melhor interesse do paciente (hiper)vulnerável e os planos e seguros de saúde. **Revista dos Tribunais**, v. 973, p. 19-48, nov. 2016

FERREIRA, Kaline. A autocomposição e as pessoas jurídicas de direito público: o que mudou depois da lei de mediação. **Revista dos Tribunais**, v. 982, p. 323-333, ago. 2017

FILPO, Klever Paulo Leal. Soluções consensuais para demandas de saúde pública no Rio de Janeiro: práticas institucionais sob discussão. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 1-50, jan./abr. 2021. Disponível em <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/213>. Acesso em 06/05/2024.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual dos MESC's:** meios extrajudiciais de solução de conflitos. Barueri, SP: Manole, 2016.

LAURENTI, Carlos Angelo Cibir; MIRANDA, Verônica Rodrigues de. A autocomposição entre entes públicos na lei de mediação: uma visão sobre a constitucionalidade e seus reflexos sobre a responsabilidade fiscal. **Revista dos Tribunais**, v. 979, p. 105-125, maio 2017.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Uma análise da política de saúde brasileira pós-Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 76, p. 219-232, jul.-set. 2011.

OLIVEIRA, Solange de. O direito à saúde na Constituição da República de 1988 e o Sistema Único de Saúde. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 93, p. 119-134, out.-dez. 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/2015 e da Lei de Mediação. **Revista Interdisciplinar de Direito Faculdade de Direito de Valença**, Valença, v. 16, n. 1, intervalo de páginas, jan.-jun. 2018.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; RAMOS, Edith Maria Babosa. O direito à saúde no sistema federal brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 104, p. 201-223, nov.-dez. 2017.

RUIZ, Ivan Aparecido; BEDÊ, Judith Aparecida de Souza. **Direitos fundamentais, mediação e acesso à justiça.** Disponível em www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2508.pdf. Acesso em 20/11/2015.

SANTOS, Vilma Constancia Fioravante dos; GERHARDT, Tatiana Engel. A mediação em saúde: espaços e ações de profissionais na rede de atenção à população rural. **Saúde Soc.** São Paulo, v.24, n.4, p.1164-1179, 2015.. Disponível em <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/jG8GTdYqzpQgNnxW7r5NDnx/?format=pdf&lang=p>. Acesso em 06/05/2024.

SILVA, João Roberto da. **Arbitragem: aspectos gerais da Lei n. 9.307/96.** São Paulo: Direito Ltda., 2001.

SZTAJN, Rachel. Saúde: direito individual ou bem público? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 98, p. 189-197, nov.-dez. 2016.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação Nos Conflitos Civis.** São Paulo: Método, 2008.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRIN O V ER, Ada Pelegrini. **Participação e processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

O CASO UFRJ X CANECÃO E A MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA: REPENSANDO A ABORDAGEM DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Jussara Seia Ferreira¹

Eixo Temático: GT7: Métodos Consensuais de solução de conflitos na efetivação de direitos humanos

RESUMO

Considerando a crescente litigiosidade no Brasil e a morosidade do sistema judicial, O presente artigo propõe uma reflexão sobre o uso da mediação como alternativa para resolver conflitos envolvendo a Administração Pública, A partir do caso UFRJ X CANECÃO. A pesquisa destaca a ineficiência do processo judicial tradicional diante da complexidade e demora em casos que envolvem entidades públicas. Aponta-se a necessidade de uma nova mentalidade, favorecendo soluções que satisfaçam todas as partes, com destaque para a mediação, que promove diálogo e busca entender as raízes do conflito. Com abordagem da evolução legislativa brasileira, evidencia as deficiências do sistema judicial e traz à lume a necessidade de reinterpretação dos princípios que regem a atuação pública, o que permite concluir que a mediação pode ser uma alternativa viável, promovendo eficiência e alcançando objetivos almejados, desde que seja adequadamente planejada, institucionalizada e preservada em seus elementos essenciais. A metodologia utilizada envolveu a análise de legislação, jurisprudência e estudos de caso, além de revisão bibliográfica sobre mediação e administração pública.

Palavras-Chave: Resolução de conflitos. Mediação. Poder Público

INTRODUÇÃO

O Estado, no exercício da sua função jurisdicional, tem a missão de manter a paz social e a estabilidade das relações sociais e jurídicas, assumindo a função de decidir as relações conflituosas através de sua função judicante. O Poder Público figura como litigante em grande parte dos processos judiciais em curso no nosso país² sendo, pois, o maior “cliente” do próprio Estado.

¹ Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da UNESA Área de Concentração em Direito Público e Evolução social/Acesso à Justiça e Efetividade do Processo. Pós-Graduada em MBA Executivo em Administração: Governança de Fundos de Pensão e Saúde Complementar pela FGV. Pós-Graduada em Gestão Empresarial pela FGV. Graduada em Direito e Administração pelo Centro Universitário Augusto Motta. Advogada. E-mail: jussaraseia@hotmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3247114861039434>.

² O anuário Justiça em números publicado pelo CNJ permite conferir que a administração pública figura entre os 20 maiores litigantes do país. Só no ano de 2023, foi responsável pelo equivalente a 29,65% das demandas ajuizadas, nas quais figurou no polo ativo. Ademais, no polo passivo figurou no equivalente a

Assim sendo, o Poder Judiciário brasileiro não consegue cumprir com o princípio da duração razoável do processo, o qual tem amparo constitucional no direito pátrio, onde preconiza a resolução em tempo razoável dos processos judiciais e administrativos, previstos no art. 5º. Inc. LXXVIII, da CRFB.

A cultura de litigiosidade presente na sociedade brasileira reflete na atuação da Administração Pública diante dos inúmeros conflitos que desembocam no judiciário dia a dia. O excesso de judicialização impede a adequada solução das controvérsias, em tempo e custo razoáveis.

O presente artigo prima por trazer uma reflexão acerca do instituto da mediação no âmbito da administração pública como uma nova percepção de resolução de problemas judiciais, tomando por parâmetro o caso UFRJ X CANECÃO em virtude do tempo decorrido pela via judicial para solução do deslinde do processo, cujo resultado se traduziu apenas em impactos negativos, quais sejam: um lugar abandonado e a perda cultural para o estado do Rio de Janeiro.

Não de hoje já é possível perceber que os métodos autocompositivos despontam como opção adequada para promoção da construção de uma nova mentalidade em prol de uma solução que traga satisfação para as partes conflitantes, notadamente por meio da mediação, vez que, ao ter como objetivo a construção de soluções dialógicas, não apenas é circundada pela vontade das partes, como permite trazer à luz a real relação que esconde o conflito.

Desta feita, é possível observar que na última década o estado vem reconhecendo a importância desses métodos, o que se demonstra não apenas pela instituição da Política Judiciária Nacional de Tratamento de Conflitos que culminou na edição da Resolução 125 do CNJ no ano de 2010 – marco para a adoção dos meios adequados de solução de conflitos –, mas, ainda, pela edição das leis 13.140 e 13.105, mediação e código de processo civil, respectivamente, ambas no ano de 2015.

O presente ensaio se divide em três momentos: inicialmente traremos à lume algumas premissas do caso UFRJ X CANECÃO, para fins de demonstrar algumas

11,71% dos processos. Para saber mais veja CNJ, justiça em números online, painel: “Grandes Litigantes”. Disponível em <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br/>. Acesso em 02/04/2024.

nuances do processo tradicional a ser parametrizada com as formas não adversariais de solução de controvérsias, no sentido de demonstrar a importância que tais ferramentas mais adequadas trariam ao caso sob análise.

Num segundo momento será tratado o tema da mediação e normatização constitucional e infraconstitucional que viabiliza sua utilização nas causas em que estiver presente a Administração Pública. Por fim, o presente trabalho, diante do cenário atual em que se constata ser a fazenda pública um dos maiores usuários do poder judiciário, cujo procedimento demanda maior tempo em virtude de suas prerrogativas, procura trazer à reflexão a importância da remodelagem dos princípios da legalidade, da indisponibilidade do interesse público e da inafastabilidade do poder judiciário em uma interpretação constitucional evolutiva, com o intuito de demonstrar a viabilidade da utilização da mediação de conflitos como solução não adversarial nos casos que envolve a administração Pública. Sobretudo, frente ao ordenamento jurídico que não só autoriza como impõe o estímulo ao uso de tais métodos.

1. O CASO UFRJ X CANECÃO

Um dos casos judiciais mais emblemáticos que tramitou no judiciário do Rio de Janeiro foi o caso UFRJ x CANECÃO. Versou a disputa judicial em torno da posse do terreno de 36 mil metros quadrados situado na Rua Venceslau Brás, 215, no bairro de Botafogo, na cidade do Rio de Janeiro.

O terreno em questão, foi doado por meio do Decreto 28.884 em 21 de novembro de 1950 à ASCB (Associação dos Servidores Civis do Brasil) e à Escola Nacional de Educação Física e Desportos da Universidade do Brasil e, posteriormente, em setembro de 1965 a ASCB firmou contrato com a empresa Canecão Promoções e Espetáculos Teatrais S/A (CANECÃO), pelo prazo de 10 anos.

Dentre as cláusulas contratuais, o CANECÃO se obrigava a reconstruir e ampliar a escola da ASCB, bem como a construir um prédio, que, decorridos os 10 anos de contrato, passaria a integrar o patrimônio da ASCB. Ademais, se obrigava ainda, a pagar o equivalente a 10% (dez por cento) de sua arrecadação diária para a ASCB.

Dois anos depois a União editou o Decreto-lei 233/1967, revogando o decreto 28.884 e, concomitante, cedendo o terreno à Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. A inscrição obtida pela ASCB foi cancelada em agosto de 1969, momento em que fora lavrada e registrada a escritura do terreno em nome da UFRJ conforme preconizado no Decreto em referência.

A UFRJ ajuizou ação reivindicatória em face do CANECÃO, em agosto de 1971, com o objetivo de imitar-se da posse do imóvel, (embora o contrato firmado com a ASCB ainda estivesse em vigência), bem como, para que a empresa efetuasse o devido pagamento da taxa de ocupação de acordo com os rendimentos auferidos desde a posse, ocorrida em março de 1967.

Em maio de 1976 o CANECÃO na tentativa de solucionar o litígio, apresentou nos autos uma proposta de arrendamento do terreno em questão, entretanto, em julho do mesmo ano o pleito da UFRJ foi julgado improcedente, cuja fundamentação se pautou no fato de que a lei não poderia violar direito adquirido e ato jurídico perfeito. Sentença da qual a UFRJ recorreu.

Durante a tramitação do recurso, CANECÃO apresentou nova proposta de arrendamento à UFRJ (em maio de 1977), na qual estabelecia o arrendamento pelo prazo de 10 (dez) anos, mediante pagamento do valor de Cr\$60.000,00 (sessenta mil cruzeiros) mensais, reajustáveis após cada período de um ano, com base nos índices oficiais.

Previa ainda no contrato a opção de compra do imóvel. Dois meses depois, em resposta à proposta apresentada pelo CANECÃO, a então Comissão de Alienação de Imóveis da UFRJ, a mando do Reitor da Universidade à época, emitiu parecer no qual constava que: *“poderia ser aceito o valor locatício proposto pela empresa”*, contudo, não pelo prazo de dez anos, sendo certo que deveria *“ser reduzido para cinco, no máximo, nem dada a opção de compra, que poderia vir a ser fator limitativo da liberdade de ação da Universidade”*.

No ano de 1980 no mês de janeiro, a UFRJ e o CANECÃO assinaram contrato de locação pelo período de 30 (trinta) meses, prorrogáveis por mais 24 (vinte e quatro) meses, com data de término para 30 de junho 1982.

Decorrido o período de locação, em dezembro de 1981 o CANECÃO ajuizou Ação de Renovação de Contrato de Locação em face da UFRJ.

Decorridos 17 anos em que o conflito se desdobrava, após confirmada em segunda instância a sentença de improcedência proferida na ação reivindicatória, em junho de 1988 a UFRJ interpôs Recurso Extraordinário, onde foi dado provimento ao recurso reconhecendo à UFRJ “*a plenitude dos poderes inerentes a propriedade do imóvel*”

Para tornar ainda mais complexa a questão, em abril de 1990 a União ajuizou ação em face da UFRJ e do CANECÃO, com a pretensão de que fosse declarada nula a doação feita à UFRJ, sob a alegação de descumprimento da cláusula resolutiva expressa no Decreto Lei nº 233/67, a saber:

Art. 1º Ficam doados à Universidade Federal do Rio de Janeiro, o imóvel situado na Avenida Pasteur número 250, e dependências anexas, no Estado da Guanabara, com a área aproximada de 116.250m² (cento e dezesseis mil, duzentos e cinquenta metros quadrados).

Parágrafo único. O imóvel e dependências anexas, de que trata este artigo, se destinam aos serviços hospitalares e ampliação das instalações da Universidade Federal do Rio de Janeiro, **tornando-se nula a doação se aos mesmos fôr dado destino diverso do previsto**, independentemente de qualquer indenização pelas benfeitorias neles construídas. **(grifo nosso)**

Requeru ainda a União, a condenação da ré em devolver o imóvel, com seus frutos e rendimentos. A sentença, no entanto, foi de improcedência.

UFRJ e o CANECÃO firmaram novo contrato de locação em 01 de janeiro de 1992, no qual constou o período de 5 anos, com término previsto para 31 de dezembro de 1996, sem solução de continuidade, mediante o pagamento de taxa de ocupação mensal.

Novamente o judiciário foi acionado pela UFRJ, sendo o CANECÃO intimado em outubro de 1994 pelo não cumprimento de sua obrigação de pagar a contraprestação pelo uso do imóvel, o que caracterizou a inadimplência do contato de locação. Fato que fez com que o CANECÃO passasse a depositar em juízo uma “modesta taxa de ocupação, contrapartida de uso”.

Na tentativa de manter a casa funcionando, em julho de 1996 o CANECÃO ajuizou ação renovatória de contrato, cujo pleito foi julgado improcedente. Dessa forma,

findo o contrato de locação, a empresa embora notificada para desocupar o imóvel, recusou-se, dando início a nova *via crucia*.

Para conferir maior complexidade a questão, em outubro de 1999, foi aprovada a Lei Estadual nº 3.267 que determinou através do artigo 1º o tombamento do bem público, cuja redação era: “Fica tombado, por interesse histórico e cultural, o prédio situado na Av. Venceslau Braz, nº 215, endereço no qual atualmente funciona a Casa de Espetáculos denominada "CANECÃO”.

A interpretação conferida pela Universidade a respeito do teor da lei em referência cingiu-se no sentido de que “*o bem tombado foi um prédio, mais precisamente o galpão da Rua Venceslau Braz, nº 215*”, o que não assegurava a permanência da sociedade empresária no local. E, uma nova ação foi promovida em fevereiro de 2000.

A UFRJ buscou a reintegração da posse em face do CANECÃO e, somente em 2009 a 5ª Turma Tribunal Regional Federal da 2ª. Região decidiu o recurso de apelação interposto pela UFRJ, dando-lhe provimento por unanimidade.

Decorrido mais de 22 anos, em maio de 2010 o Supremo Tribunal Federal, em resposta ao Recurso Extraordinário interposto pela UFRJ, confirmou a decisão prolatada pela Primeira Turma da Corte em junho de 1988, que reconheceu a validade do Decreto 233/67, na qual confirmava a posse do terreno onde funcionava o CANECAO à UFRJ.

No mesmo ano, agora no julgamento do recurso interposto pela União contra a decisão de improcedência proferida na ação de pretensão de nulidade da doação feita a UFRJ, com base na resolutiva do Decreto Lei 233/67, a 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região reformou parcialmente a sentença prolatada anteriormente, para determinar a devolução do imóvel, uma vez que ficou constatado que a UFRJ não observou o que preconizava o Parágrafo Único do Decreto Lei 233/67 quanto a sua destinação de uso, uma vez que o mesmo dizia que o imóvel doado deveria ser destinado a serviços hospitalares e à ampliação das instalações da UFRJ.

Para completar o cenário, o art. 3º da Lei 6.027/74³ revogou o parágrafo único do DL nº 233/67, objeto da demanda da União que determinava a destinação do uso do imóvel da doação e a rescisão automática em caso de descumprimento.

Contra o acórdão foram opostos embargos de declaração pela União, sendo-lhe negado provimento, e embargos infringentes pela UFRJ e pelo CANECÃO, momento em que a controvérsia foi encaminhada para a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF⁴, posto já incidir o teor da Resolução 125/2010 do CNJ.

Já na CCAF, no mês de fevereiro de 2011 a conciliadora à época recomendou à sua Diretoria a instauração de procedimento conciliatório conforme preconizava Portaria AGU nº 1.281/2007, para que fosse feita reunião de conciliação entre as partes (UNIÃO e UFRJ), de forma a dirimir os conflitos.

Após reunião as partes alcançaram a conciliação onde restou acordado que a UNIÃO e a UFRJ iriam peticionar conjuntamente nos autos do processo judicial noticiando que transigiram e requereriam a extinção do processo, vez que o parágrafo único do DL 233/67 fora revogado, configurada estava a doação do imóvel, restando decidido que o imóvel poderia ser utilizado da melhor forma como entendesse a UFRJ.

O litígio entre o Canecão e a UFRJ envolveu principalmente a questão do contrato de arrendamento/locação e a propriedade do terreno onde o Canecão estava localizado, o que deu azo a ações judiciais com o propósito de discutir questões contratuais e imobiliárias, tais como quebra de contrato, despejo e disputa pela propriedade do terreno. Só que, para tanto, houve inúmeros processos judiciais, duas decisões da Suprema Corte: uma, em um processo que se iniciou em 1969 e terminou em 1988. e outro que iniciou em 1990 e, não obstante a UFRJ ter saído vencedora em ambos, a morosidade acabou por produzir como efeito a permanência da casa de shows no local por mais 22 anos. E, frise-se que a solução conferida aos processos UFRJ x CANECÃO, redundou em inúmeros

³ Art. 3º Fica revogado o parágrafo único, do artigo 1º, do Decreto-lei número 233, de 28 de fevereiro de 1967.

⁴ A CCAF faz uso da mediação como um método de resolução de conflitos, com o objetivo de prevenir e reduzir o número de litígios judiciais envolvendo a União, suas autarquias, fundações, empresas públicas federais, tanto como demandante quanto demandado. A mediação na CCAF é desenvolvida por um profissional egresso da Advocacia Geral da União, o que pode influenciar a percepção de imparcialidade das partes. Apesar disso, a mediação oferecida pela CCAF é mais próxima de uma negociação assistida, em que a própria instituição oferece assistência para a negociação entre os órgãos públicos federais, com o objetivo de alcançar um acordo dentro dos parâmetros ditados pelo órgão.

malefícios. O CANECÃO foi uma casa de shows que marcou época como o melhor espaço da cultura musical do país. Ao fechar suas e restar o local em completo abandono, o impacto se deu a curto e longo prazo.

Os aspectos prejudiciais alcançaram artistas que perderam o espaço para seus espetáculos; trabalhadores que ficaram desempregados; sociedade que não mais poderia se deleitar de um espaço familiar e cultural, mas, sobretudo, que com o tempo, perderam a liberdade de transitar pelo local que, “largado às traças” passou a ser cenário de moradores de rua e dependentes químicos, traços de total ausência de segurança pública.

Em suma, a decisão proferida não resolveu, de fato, o problema, pois, no ganho conferido à UFRJ, perdemos todos, a sociedade, a cidade e o Estado do Rio de Janeiro e a própria União, uma vez que para a utilização do espaço necessário se fará dispendioso gasto para os cofres públicos em virtude da inércia praticada pelo vencedor das demandas.

Será que a utilização, no caso em tela, de um procedimento autocompositivo como a mediação, evitando o prolongamento da litigiosidade e, conseqüentemente a demora na solução da controvérsia, não teria sido mais benéfica para as partes, e principalmente para a União? Sem contar com o aspecto cultural do Rio de Janeiro?

Por conta do conflito que perdurou por duas décadas, o Estado do Rio de Janeiro perdeu uma das principais casa de espetáculo, fonte de cultura e renda do Estado, e, ao mesmo tempo, a ausência de destinação específica revogada pelo artigo 3º da Lei 6.027/74, acabou por transformar um ambiente movimentado pela sociedade carioca e celebridades, em um local abandonado à própria sorte, como demonstra a imagem⁵ a seguir.

⁵ MAGALHÃES, Luiz Ernesto. Arena Canecão: nova casa de shows vai abrigar todos os gêneros e tendências musicais. In O Globo, 04/02/2023. Disponível em <https://oglobo.globo.com/rio/noticia/2023/02/arena-canecao-nova-casa-de-shows-vai-abrigar-todos-os-generos-e-tendencias-musicais.ghtml>. Acesso 04/02/2024.



Será que o bem foi tombado para ficar abandonado? Isto corrobora com o aspecto cultural protegido pelo tombamento? Será que trazer os demais interessados a debater a questão, como a Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro em uma sessão de mediação não teria levado a uma efetiva solução construída?

Para responder as presentes indagações, é preciso uma maior compreensão dos métodos autocompositivos e dos aspectos legais que os circundam. Tema que passaremos a tratar.

2. MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS: EVOLUÇÃO NORMATIVA DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

O ser humano é um ser social, e, vivendo em sociedade, passa a ter ideias e pensamentos diferentes e contraditórios que muitas vezes chocam com o dos outros. Assim surge o caminho do embate. O conflito pode ser definido como um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis⁶

Os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos, como técnicas de negociação, surgiram como ferramentas capazes de conduzir as próprias partes à solução de seus conflitos. Nesse sentido explica Câmara (2017, p. 9-18):

⁶ YARN, Douglas H. Dictionary of Conflict Resolution. São Francisco: Ed. Jossey Bass, 1999. p. 113.

Os métodos consensuais, de que são exemplos a conciliação e a mediação, deverão ser estimulados por todos os profissionais do Direito que atuam no processo, inclusive durante seu curso [...]. É que as soluções consensuais são, muitas vezes, mais adequadas do que a imposição jurisdicional de uma decisão, ainda que esta seja construída democraticamente através de um procedimento em contraditório, com efetiva participação dos interessados. E é fundamental que se busquem soluções adequadas, constitucionalmente legítimas, para os conflitos, soluções estas que muitas vezes deverão ser consensuais. Basta ver o que se passa, por exemplo, nos conflitos de família. A solução consensual é certamente muito mais adequada, já que os vínculos intersubjetivos existentes entre os sujeitos em conflito (e também entre pessoas estranhas ao litígio, mas por ele afetadas, como se dá com filhos nos conflitos que se estabelecem entre seus pais) permanecerão mesmo depois de definida a solução da causa. Daí a importância da valorização da busca de soluções adequadas (sejam jurisdicionais ou parajurisdicionais) para os litígios.

A desjudicialização é um conceito que se refere à redução ou transferência de casos e disputas do sistema judicial para outros mecanismos de resolução de conflitos ou para processos administrativos. Tal processo busca aliviar a carga de trabalho dos tribunais e promover a resolução mais eficiente e adequada de certos tipos de disputas.

Embora em maior grau no passado, a desjudicialização enfrenta certa resistência cultural, notadamente no Brasil, onde a sociedade busca como única alternativa aos seus litígios a via judiciária. Há uma tendência a dar mais crédito e confiar nas decisões que são tomadas de modo imperativo, fazendo valer o que é melhor para si, como se os interesses alheios sempre fossem uma ameaça aos nossos⁷

De acordo com os últimos relatórios do Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça – CNJ⁸, existe um elevado número de processos judiciais nos foros do país envolvendo o poder público - seja como autor, seja como réu -, embora a noção de consensualidade seja uma crescente em substituição ao modelo impositivo e unilateral de tomada de decisões administrativas.

⁷ MARQUES, Norma Jeane Fontenelle. A desjudicialização como forma de acesso à justiça. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 29 jul. 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-desjudicializacao-como-ferramenta-diferencial-de-acesso-a-justica>. Acesso em: 03/05/2024.

⁸ Dados do relatório Justiça em Números 2023 indicam que, em 2022, foram mais de 31,5 milhões de novos processos, um incremento de 10% em relação ao ano anterior e recorde na série histórica nos últimos 14 anos. Em outubro de 2023, 84 milhões de processos tramitavam nos tribunais do país. Ver: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em: 03/05/2024.

A desjudicialização ou a autocomposição é uma resposta ao aumento no número de processos judiciais e ao congestionamento dos tribunais. Ao transferir certos casos para outros métodos de resolução de conflitos, objetiva-se liberar recursos e tempo dos tribunais para casos mais complexos e de maior impacto e, dentre os métodos autocompositivos de resolução de conflitos temos a Conciliação e a mediação.

Antes, porém, de adentrarmos na evolução normativa, é preciso estabelecer a diferença existente entre conciliação e mediação.

1. CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO: DIFERENÇAS

Tanto na mediação quanto na conciliação há a busca de um terceiro que serve para parametrizar a relação existente entre os conflitantes. Contudo, a presença dessa terceira pessoa, diferentemente da esfera judicial, não está voltada para a atuação de solucionador, ao contrário, possível solução criada para o conflito existente, é construída pelas próprias partes.

Ciente de que a solução será construída pelas partes, quais elementos existem que diferencia a mediação da conciliação?

1. Conciliação

A conciliação esteve presente no direito brasileiro há mais tempo que a mediação⁹. Após anos de uma tradição lusa de solução de litígio no campo judiciário, realizada por juízes em nome do Estado, o Brasil inicia sua evolução legislativa a partir do Regulamento 737/1850, que regulamentava o processo comercial, no qual a conciliação encontrou amparo no capítulo I, do título II, a partir do artigo 23¹⁰ na solução de litígios. O Código de Processo Civil (CPC) de 1939 não tratou da temática, mas reapareceu no

9 CAMPOS, Adriana Pereira; FRANCO, João Vitor Sias. Conciliação no Brasil e a sua importância como tratamento adequado de conflitos. Revista de Direito Brasileira, São Paulo, v. 18, n. 7, p. 263 – 281, Set./Dez. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3292>. Acesso em: 03/05/2024

¹⁰ Art. 23. Nenhuma causa commercial será proposta em Juizo contencioso, sem que préviamente se tenham tentado o meio da conciliação, ou por acto judicial, ou por comparecimento yoluntario das partes. Veja Regulamento 737 de 1850, disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim0737.htm. Acesso em 08/03/2024.

CPC de 1973 na seção II do capítulo VII nos artigos 447 e 448 mantendo a conciliação prévia obrigatória, tal qual o regulamento 737.

Já na década de 90, com a publicação da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), que avançou com o reconhecimento da Conciliação como um meio para a solução dos conflitos de menor escala, nota-se uma clara inclinação à solução por meio da conciliação, assim como o CPC de 2015, que primou pelo estímulo de se buscar os métodos autocompositivos em diversos dispositivos.

Com a regulamentação da Conciliação pelo CPC de 2015, este mecanismo se aplica aos casos em que não há relações continuadas entre as partes, de forma que o objetivo da atuação do conciliador é de auxiliar na solução de um conflito pontual, tendo o alcance do acordo como meta. Como previsto no artigo 165, §2º do CPC/15, “O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem”.

No instituto da Conciliação o papel do terceiro, que participa para auxiliar as partes na busca do consenso, é intervir de forma ativa para o consenso, podendo, se necessário, expor e propor saídas, alternativas, bem como apontar vantagens e desvantagens na posição de cada um, sem, contudo, forçar o acordo ou violar a autonomia da vontade, que, pelo contrário, deve ser estimulada.

A conciliação e a mediação não se confundem, a diferenciação entre estes institutos também é feita pela natureza do conflito, de modo que a conciliação seria mais indicada para conflitos isolados, esporádicos, mais simples para solucionar como conflitos patrimoniais, ações decorrentes de acidente de trânsito, recálculo de dívida, relações de consumo, conflitos nos quais não exista prévia relação entre as partes, tampouco continuidade. Foca-se no aspecto objetivo, sem aprofundamento no aspecto subjetivo.

A conciliação é um procedimento bem distinto da mediação, pois o conciliador, no esforço de aproximar as duas pretensões, de procurar uma zona comum que comporte as pretensões conflituosas, passa a apresentar sugestões, podendo ser, com isso, o coautor do conteúdo do possível acordo.

O conciliador procura obter uma transação entre as partes, ou a submissão de uma à pretensão do outro, ou mesmo a desistência da pretensão. O objetivo, como dito, é o acordo!

2.1.2 Mediação

A mediação é uma atividade inerente ao ser humano e existe desde o início dos tempos na sociedade, notadamente por ser o homem um ser social por excelência. Nesse sentido, a mediação é um dos meios autocompositivos de resolução de controvérsias no qual o terceiro atua como facilitador da retomada do diálogo entre as partes, cuja função é oferecer àqueles que estão vivenciando uma situação de conflito, a oportunidade e o espaço adequados para buscar uma solução que atenda a todos os envolvidos, nesse sentido,

A mediação é o meio consensual de abordagem de controvérsias em que uma pessoa isenta e devidamente capacitada atua tecnicamente para facilitar a comunicação entre as pessoas e propiciar que elas possam, a partir da restauração do diálogo, encontrar formas proveitosas de lidar com disputas (Tartuce, 2020, p. 53).

Em relação ao conflito a mediação pressupõe que haja um contato anterior entre as partes e visa ajudá-las a compreender as questões e interesses em conflito, de modo que possam, por si próprias, identificar soluções que gerem benefícios mútuos. Isso significa que as partes devem ter consciência do conflito que as afeta e estarem dispostas a participarem do procedimento de mediação sem que suas vontades estejam viciadas, uma vez que precisam estar eivadas de boa-fé para que a mediação possa se desenvolver pacificamente.

A consciência do conflito é uma condição fundamental para a eficácia da mediação, pois é por meio dela que as partes podem se engajar ativamente no processo e buscar uma solução que atenda às suas necessidades e interesses. Além disso, a consciência do conflito permite que as partes estabeleçam um vínculo de comunicação efetiva, o que é essencial para a construção de acordos duradouros e satisfatórios para ambas.

Portanto, a consciência do conflito entre as partes na mediação é um fator crucial para o sucesso do processo, pois ela permite que as partes se engajem ativamente na busca por uma solução consensual e benéfica para ambas. (Fernandes; Silveira. 2021)

A respeito do protagonismo das partes na mediação, este é essencial para a eficácia do procedimento, pois, é por meio dele que as partes podem se engajar ativamente na busca por uma solução consensual e benéfica para ambas, a corroborar com o princípio do ganha-ganha norteador da mediação.

Além disso, o protagonismo das partes permite que elas tenham controle sobre o resultado do processo e se sintam satisfeitas com a solução encontrada. Portanto, a atuação das partes como protagonistas deve ser incentivada e valorizada, pois fundamental para a construção de acordos duradouros e satisfatórios. O mediador deve desempenhar um papel de apoio e facilitador, auxiliando as partes a se comunicarem efetivamente e a construir uma solução que atenda às suas necessidades e interesses e, pela peculiaridade da natureza conflitiva, não deve, jamais, sugerir qualquer ideia concernente a uma possível solução.

É importante ressaltar que o protagonismo das partes não significa que elas devem desconsiderar a opinião e a perspectiva do outro, mas sim trabalhar em conjunto para encontrar uma solução que seja justa e equitativa para ambas. Dessa forma, o protagonismo das partes é um fator fundamental para a construção de relacionamentos positivos e duradouros entre as partes em conflito.

Durante o procedimento da mediação, tanto o mediador quanto as pessoas envolvidas devem aprofundar o problema existente, de forma a buscar uma solução definitiva, mas, não enfatizando as divergências, mas as convergências existentes, uma vez que sempre há desejos comuns dentro de um conflito, o que faz com que não se permita que a questão "volte" no futuro.

A premissa é fazer com que as partes compreendam as questões e interesses em conflito, de modo que elas possam, por si próprias, identificar soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Isso é possível graças a ação do mediador, que atua preferencialmente em casos em que houver vínculo anterior entre as partes e age para o restabelecimento do diálogo. Nesse sentido:

A mediação busca sobretudo, o entendimento intersubjetivo do conflito, reconhecendo como êxito até mesmo quando o procedimento é concluído, mesmo sem o ajuste, mas já se tem um trâmite vitorioso, quando se perpassou o diálogo entre os participantes, esclarecendo suas necessidades e principais pontos a serem vencidos, na etapa da judicialização.

Também, cumpre informar que a mediação não visa somente desobstruir o judiciário brasileiro, reconhecidamente abarrotado de processos judiciais, em índices crescentes e alarmantes, pois a sua atuação é mesmo de complementariedade às vias judiciais, para melhor dirimir os conflitos, na busca da justiça na duração razoável do processo.

Por fim, a principal diretriz da mediação durante todo seu procedimento, é a de conferir aos sujeitos o poder cabal de gerenciar e solucionar seus problemas, sem a imposição de terceiro sancionador ou julgador, resultando na autonomização do indivíduo (Gisele Leite, 2020).

Como visto, o diálogo na mediação é fundamental, pois é por meio dele que as partes podem chegar a um entendimento comum e encontrar soluções para o conflito que as afeta. O mediador desempenha um papel importante nesse processo, auxiliando as partes a se comunicarem efetivamente através de técnicas como escuta ativa e questionamentos direcionados para fim de que a construção de uma solução que atenda aos interesses de todos os envolvidos. Agilidade, eficiência e economia são algumas das vantagens possibilitadas pela utilização da mediação como método de resolução de conflitos.

Esses benefícios mostram-se ainda mais relevantes com a Administração Pública na qual a necessidade de se solucionar eventuais controvérsias de forma célere e com menos custos é mais urgente.

Existem várias técnicas de mediação que podem ser utilizadas para facilitar a comunicação entre as partes e ajudá-las a encontrar uma solução para o conflito. Algumas dessas técnicas incluem a) escuta ativa; b) perguntas abertas; c) reflexão; d) sumarização e e) identificação de interesses.

A técnica de escuta ativa é uma habilidade fundamental para qualquer mediador. Consiste em prestar atenção plena às palavras e às emoções das partes, demonstrando empatia e compreensão. Ela permite às partes sentirem-se valorizadas e respeitadas por serem efetivamente ouvidas, o que tende a facilitar a comunicação e a construção de acordos.

As perguntas abertas são uma técnica útil para incentivar as partes a expressarem seus pensamentos e sentimentos em relação ao conflito. Elas podem ajudar as partes a clarificar suas posições e interesses, o que pode facilitar a identificação de soluções consensuais. Já a técnica de reflexão consiste em repetir ou parafrasear as palavras das partes, de modo a certificar-se de que compreendeu o teor da mensagem dita e, ao mesmo tempo, permitir que as partes se sintam ouvidas e respeitadas. Dita técnica tende a ajudar as partes a sentirem-se mais confiantes e dispostas a trabalhar em conjunto para encontrar uma solução.

A técnica de sumarização consiste em resumir as discussões e os acordos alcançados durante a mediação, o que auxilia as partes terem uma visão clara do que foi discutido e do que foi acordado, o que se traduz em extrema relevância para fins de evitar mal-entendidos e a construir acordos duradouros.

A técnica de identificação de interesses, a seu turno, consiste em ajudar as partes a identificar os seus interesses e necessidades em relação ao conflito. Ela tende a ajudar as partes a encontrar soluções criativas e benéficas para ambas, pois tende a permitir aos envolvidos uma visão para além de suas posições iniciais e, com isso, enxergar as necessidades e interesses do outro.

Essas técnicas de mediação podem ser utilizadas em conjunto ou de forma isolada, dependendo das necessidades e características do conflito em questão e cabe ao mediador a habilidade e experiência e no uso dessas técnicas, de modo a garantir que a mediação seja eficaz e benéfica para os envolvidos no conflito. Tais técnicas podem, ainda, serem associadas a diferentes escolas ou correntes de pensamento que podem ser utilizados na busca pela solução que melhor atenda o interesse dos participantes¹¹.

¹¹ Para uma melhor compreensão dos diferentes modelos de escolas de mediação ver: FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Introdução-historicaemodelos-de-media...>>, acesso em 30/04/2024.

2.2. EVOLUÇÃO NORMATIVA DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

O incentivo a mediação teve início na Constituição Federal (1988) em seu preâmbulo que diz:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a **justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias**, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil **(grifei)** (BRASIL, 1988).

Ainda em seu art. 4º, inciso VII a solução pacífica de conflito ganha destaque como um dos princípios a regerem as relações internacionais.

A primeira iniciativa de normatizar a mediação no contexto jurídico brasileiro foi em 1998, através do Projeto de Lei de autoria da então Deputada Federal Zulaiê Cobra, de n.º 4.827/98, o qual pretendia conferir uma regulamentação concisa que estabelecesse a definição de mediação, dispondo para tanto no corpo do projeto distintas disposições a respeito da matéria.

Um dos principais pontos de atenção do então PL 4.827/98 foi à institucionalização de um procedimento não obrigatório, que poderia ser instaurado antes ou no curso do processo judicial, desde que a matéria versada admitisse a conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem.

O CNJ uma vez perceptível a importância dos novos instrumentos para a solução consensual dos conflitos, publicou a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, com o objetivo de implementar uma nova política judiciária nacional voltada ao tratamento adequado de conflito de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

O objetivo do CNJ foi de fomentar uma nova cultura pacifista para solução dos conflitos. Com vistas a assegurar ao jurisdicionado o acesso à ordem jurídica justa, a mudança de uma cultura do litígio em prol de uma sentença, para a resolução através de meios alternativos, como a mediação e a conciliação, traria um maior protagonismo das

partes uma vez que a participação decisiva das partes na busca do resultado que satisfaça seus interesses é imperativo, além da preservação do relacionamento, diminuição de processos com inúmeros recursos e o alcance da paz social.

Merecem destaque ainda os artigos 7º e 8º da Resolução 125/10 do CNJ, que versam sobre a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, conhecidos pela sigla NUPEMEC, e de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadanias, os chamados CEJUSCs¹². Tais núcleos e centros são fundamentais para a consolidação dos mecanismos de autocomposição, pois possibilitam a existência da estrutura física para quando os cidadãos necessitarem e assim requererem.

A relevância da mediação foi determinante para que ela tomasse assento no Novo Código de Processo Civil de 2015, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, onde a conciliação, a mediação e a arbitragem deverão ser estimuladas por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. O caput do artigo 3º do Código de Processo Civil de 2015 vem reforçar a garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário sempre que houver lesão ou ameaça a direito.

O §2º do mesmo artigo, dispõe que "o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos" e que "a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial" (§3º do art. 3º, CPC/2015).

O art.165 do mesmo diploma legal faz da ênfase à criação dos CEJUSCs - Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania nos quais deverão ser realizadas as sessões e audiências de conciliação e mediação. Quando comparado ao CPC/1973, o atual ordenamento processual inova, em seu artigo 334¹³ para incentivar ainda mais essa

¹² **Art. 7º** Os Tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias a contar da publicação desta Resolução, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos), coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras: (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

Art. 8º Os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16).

¹³ **Art. 334.** Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. § 1º O conciliador

postura pacificadora e cooperativa, ao prever a designação obrigatória de audiência de conciliação e mediação.

A Lei de Mediação, nº 13.140/2015, traz a técnica procedimental criada com vistas a permitir a autocomposição de interesses e direitos disponíveis e indisponíveis que admitam transação. Dispõe ainda sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos, no âmbito da administração pública.

No Brasil é permitida a mediação para conflitos que versam sobre direitos disponíveis e indisponíveis transacionáveis que derivam de direitos e interesses deduzidos em Juízo pelo Poder Público. No entanto, a indisponibilidade dos direitos públicos deve ser avaliada com cautela, visto que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve comportar graduações.

Para a transação, é necessária autorização legal, que, no entanto, não precisa ser específica, podendo a lei apenas informar parâmetros gerais. Quando se tratar propriamente de transação, será necessária autorização legislativa, visto que os direitos da administração pública derivam diretamente da Constituição Federal, mormente do princípio da legalidade, previsto no artigo 37.

Portanto, embora seja teoricamente possível a transação utilizando mediação com direitos indisponíveis na administração pública, isso dependerá de uma análise cuidadosa

ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária. § 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes. § 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado. § 4º A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição. § 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência. § 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes. § 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei. § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. § 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos. § 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir. § 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença. § 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

do caso concreto, considerando as condições e limites impostos pelo contexto legal e constitucional brasileiro. (Fantin, Freitas, 2018)

3. O USO DA MEDIAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PONTOS E CONTRAPONTO

Além dos obstáculos gerais para o uso da mediação, existem alguns obstáculos específicos que podem impedir ou dificultar o uso da mediação na administração pública. Alguns dos obstáculos mais comuns incluem 1) a questão de como conciliar os princípios da justiça consensual com as normas administrativas de cunho constitucional e infraconstitucional que regem a Administração Pública; e 2) a questão de como lidar com os vetores da legalidade, da supremacia do interesse público, da indisponibilidade do interesse público, da isonomia e da publicidade, princípios que direcionam a atuação da Administração Pública e condicionam a validade de todos os atos administrativos, que acarretaria limitações à consensualidade.

Os princípios da justiça consensual incluem a autodeterminação das partes, a confidencialidade, a imparcialidade e a flexibilidade. Esses princípios podem entrar em conflito com as normas administrativas que regulam a Administração Pública, que podem exigir transparência, controle e conformidade com procedimentos formais.

No entanto, é possível conciliar esses princípios de diferentes maneiras. Por exemplo, a Administração Pública pode estabelecer procedimentos formais de mediação que respeitem os princípios da justiça consensual, como a confidencialidade e a autodeterminação das partes. Isso pode ser feito por meio de acordos de confidencialidade e de acordos de mediação que garantam que as partes tenham o controle do processo e que as informações compartilhadas durante a mediação sejam mantidas confidenciais.

Além disso, a Administração Pública pode estabelecer procedimentos de controle e conformidade que não entrem em conflito com os princípios da justiça consensual. Por exemplo, as partes podem ser informadas sobre os procedimentos formais que regem a Administração Pública e sobre as consequências de não cumprir esses procedimentos, mas ainda assim serem incentivadas a participar de um processo de mediação que respeite os princípios da justiça consensual. (Falek, Tartuce, 2016)

Em suma, é possível conciliar os princípios da justiça consensual com as normas administrativas de cunho constitucional e infraconstitucional que regem a Administração Pública, desde que se estabeleçam procedimentos que respeitem os princípios da justiça consensual e se garanta a transparência e a conformidade com as normas administrativas. Isso pode ser feito por meio de acordos de confidencialidade, acordos de mediação e procedimentos de controle e conformidade que não entrem em conflito com os princípios da justiça consensual.

A mediação é um procedimento voluntário e confidencial em que as partes em conflito buscam uma solução consensual com a ajuda de um mediador imparcial. No entanto, a Administração Pública está sujeita a princípios que direcionam sua atuação e condicionam a validade de todos os atos administrativos, como a legalidade, a supremacia do interesse público, a indisponibilidade do interesse público, a isonomia e a publicidade.

Quanto ao princípio da indisponibilidade do interesse público, no contexto administrativo clássico, existe a proibição de qualquer conduta do agente público que leve à flexibilização ou disposição na incidência das normas administrativas favoráveis ao Estado, pois estas refletem o interesse público cuja guarda lhe é atribuída por lei. Logo há um dever de exercê-la. Conforme ensina Hely Lopes Meirelles (1998, p. 590),

A Administração Pública, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de Fazenda Pública, porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda.

É preciso entender que o interesse público é um conceito jurídico indeterminado, o que abre a possibilidade de o intérprete aplicá-lo de maneiras distintas, conforme exigir a situação em concreto. Juridicamente, considera-se o interesse público a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo partícipe da sociedade, de modo que ele: (i) não se confunde e não é algo contrário ao interesse dos indivíduos e (ii) não se identifica, sempre, com o interesse do Estado enquanto pessoa jurídica.

Outro obstáculo apontado a gerar preocupação, diz respeito ao princípio da publicidade. É preciso entender que dito princípio não tem o condão de impedir a utilização da mediação pela Administração Pública.

A publicidade é assegurada tanto no âmbito dos atos administrativos quanto no âmbito dos atos processuais, de forma que se faz necessário conciliar o dever de confidencialidade, característico da mediação com o princípio da publicidade da Administração Pública, em especial a partir da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), que passou a prescrever o sigilo como exceção.

Ademais, a Administração Pública é regida, em termos gerais, pelo princípio da publicidade (art. 37, caput, da CF)¹⁴, havendo ainda menção à publicidade no Poder Judiciário (art. 93, IX, da CF)¹⁵, reforçado e densificado pelo art. 8º., do CPC/2015¹⁶.

A Lei de Mediação previu como princípio da técnica a confidencialidade (art. 2º, inciso VI), regulando a matéria em seção específica (Seção IV - Da Confidencialidade e suas Exceções). Nos termos do art. 30, *caput*,

Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

No Capítulo II do mesmo diploma (Lei nº 13.140/15), tratou especificamente da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, sem qualquer ressalva ou imposição da publicidade do procedimento. O que demonstra que

¹⁴ **Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

¹⁵ art. 93, IX, da CF... todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

¹⁶ **Art. 8º** Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

próprio o legislador não vislumbrou necessidade de afastar a regra/princípio da confidencialidade nas mediações que envolvam o Poder Público.

A dicção do art. 32 da lei em referência dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios “poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: i) dirimir controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública; ii) avaliar a admissibilidade dos pedidos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; iii) promover, quando couber, a celebração de TAC.

A Lei nº 13.655/18, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, representa um novo marco a consensualidade administrativa. A redação do art. 26¹⁷ consiste em efetivo permissivo genérico para a Administração Pública celebrar acordos. Ao estabelecer uma nova figura consensual, a Lei 13.655/2018 define um novo regime jurídico voltado à consensualidade jurídica e à celebração de acordos administrativos a partir do endereçamento de dúvidas jurídicas e distorções em sua prática, e garante compromissos mais eficientes a sociedade como um todo e não apenas aos celebrantes satisfazendo interesses gerais.

A mediação e a conciliação estão sendo utilizadas no Brasil há décadas e ganharam mais visibilidade em 2015, tanto com a Lei de Mediação (13.140/15), quanto com as mudanças introduzidas pelo atual CPC.

Por vários anos, a atuação do Poder Público brasileiro em juízo pautou-se exclusivamente na indisponibilidade do interesse público e, em consequência, na

¹⁷ Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018). § 1º O compromisso referido no caput deste artigo: (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018). I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018). II – (VETADO); (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018). III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018). IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018). § 2º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

indisponibilidade do erário público, além dos princípios da legalidade e impessoalidade para solução de seus litígios de forma consensual.

Embora se verifique posições contrárias em relação a adoção do instituto da mediação de conflitos nas causas em que figure a administração pública (Fiss, 2004, p. 121), ou mesmo que limite sua liberdade para a realização de acordos à prévia exigência de autorização normativa (Peixoto, 2016), fato é que resultados alcançados a partir da desjudicialização com o uso dos métodos não adversariais vêm demonstrando uma maior eficiência na solução das controvérsias com menor onerosidade (AGU. 2022).

Inobstante a necessidade de autorização normativa para a autocomposição pelos entes públicos decorrer do princípio da legalidade como aduz Ravi Peixoto (2016), é inegável que dito princípio vem sendo remodelado pela interpretação constitucional evolutiva (Hill, 2023)

Cabe destacar a importância do consensualismo, no âmbito da Administração contemporânea, entre o Poder Público e particulares, que passa a assumir importante papel no processo de identificação dos interesses tutelados pela administração. Esta passa a ter o processo de mediação como método de conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade, voltando-se para o coletivo com a finalidade de dirimir e compor conflitos de interesses entre as partes ou entre as partes e a própria Administração Pública. Nesse sentido,

A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter a atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesse entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação (Medauar 2003, p. 211).

Trata-se de uma alternativa ao processo judicial tradicional, consubstanciada num procedimento desjudicializado no alcance de uma solução amistosa de conflitos

(Binenbojm, 2011, p. 222), sem a presença de uma terceira pessoa que imponha uma solução. Nesta linha, é possível que a solução consensual ocorra no âmbito do próprio procedimento administrativo, sem a necessidade de judicialização.

A mediação, quando adotada pelo Poder Público, permite o tratamento adequado de conflitos administrativos com base no consenso, humanizando a administração pública e garantindo a efetividade dos acordos, promovendo, assim, a emancipação dos envolvidos e a realização da democracia (Heck, 2017, p. 311).

O relacionamento entre particulares e a Administração Pública mudou e a forma de interpretação dos princípios que regem a atuação da Administração Pública precisa acompanhar o cenário evolutivo (Hill, 2023). Estar-se-á diante de um movimento global que converge para a revolução paradigmática na forma de solucionar os conflitos sociais, qual seja, a consensualidade.

A defesa do consenso não é recente, data da década de 90 (Moreira Neto, 2003) conjuntamente com o movimento em defesa da mediação que nasce, no Brasil, nos idos de 1995 sob influência argentina. Ademais, a saudosa professora Ada Pellegrini Grinover não nos deixou sem antes nos agraciar com importante estudo sobre a interpretação constitucional evolutiva na qual a jurisdição transcende a atividade prestada pelo Poder Judiciário (2016).

Se faz necessário reconhecer que a utilização da mediação pelo Poder Público, traz consigo vários benefícios. O uso da mediação na Administração Pública objetiva através de sua utilização, a transação direta com a parte interessada e que compõe o conflito, em um espaço devidamente chancelado por instituições imparciais, denominadas Câmaras de Mediação, ou ainda pelos próprios mediadores, os quais tem o papel de incentivar e facilitar a solução de determinada controvérsia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo se propôs a analisar a viabilidade da utilização da mediação de conflitos como solução não adversarial nos casos que envolve a administração Pública, para tanto partiu da análise do estudo de caso do litígio UFRJ x CANECÃO, onde apresentou a cronologia do processo desta demanda, para que se pudesse entender o quão

moroso e burocrático pode ser o processo judicial, notadamente quando presente a administração pública, cujas prerrogativas acabam por efetuar maior dilação ao procedimento, como por exemplo os prazos em dobro.

Ademais, foi possível observar que uma decisão judicial, muitas vezes é passível de acarretar prejuízo não só as partes que figuram no processo, como a terceiros, o que foi constatado com o caso em análise cuja solução impactou negativamente a própria cidade do Rio de Janeiro, para além da sociedade artística, do comércio circundante, da população, da segurança pública e da própria União cujo dispêndio financeiro será necessário para recuperar o espaço caso venha a ser utilizado pela UFRJ, vencedora dos processos judiciais.

No que tange a CCAF foi possível perceber que a adoção do método autocompositivo para solução da controvérsia no que tocou o processo entre a UNIÃO x UFRJ quando da suspensão da doação por descumprimento da finalidade legal, se mostrou não só célere como também eficaz.

O relacionamento entre particulares e a Administração Pública vem sendo modificado ao longo do tempo, e, via de consequência, a forma de interpretação dos princípios que regem sua atuação também precisa ser revisitada em conformidade com o atual cenário sociojurídico.

A propositura de demandas judiciais é apenas um meio para a realização de um fim, nem sempre satisfatório para quaisquer das partes, como bem delineado no caso UFRJ x Canecão, cujos reflexos reverberaram na sociedade local.

Diante da possibilidade de se alcançar um resultado mais satisfatório a todos os envolvidos com menor custo e maior celeridade, tende a evidenciar que a busca do judiciário não deva ser a primeira opção diante de casos que outra forma como a mediação se mostrar mais adequada.

A mediação em conflitos nos quais figure a Administração Pública tem se mostrado uma alternativa eficaz para a resolução de conflitos, incentivada por leis como o Código de Processo Civil, a Lei de Mediação e a Lei de Arbitragem, apesar de surgir resistência e rejeição, especialmente no ambiente público, devido à sua relativa novidade. Muito embora, como se constata no anuário do Justiça em Número, apenas no que

concerne as execuções fiscais no ano de 2023¹⁸, foi possível a solução autocompositiva em cerca de 1,30% das demandas, o equivalente a 42.386 sentenças homologadas de acordo. Ainda é um número pouco expressivo, mas já é uma sinalização de mudança da cultura de litigância.

Alguns argumentos podem ser levantados em defesa do uso da mediação na administração pública, dentre os quais: a promoção de Justiça pautada no diálogo, notadamente nos casos de contratos com particulares; a confecção de Instrumento Jurídico concretizado pela vontade de seus participantes e devidamente institucionalizado no ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser utilizado em diversos contextos, inclusive o da Administração Pública; a viabilidade de aliar as regras e princípios administrativos com as ferramentas de comunicação, procedimentais e negociais, conjugando os interesses das partes, sejam estes privados ou públicos; o planejamento institucional em se tratando da mediação da Administração Pública, para evitar sua estratificação e transformar-se em um processo administrativo; a publicidade pois a institucionalização da mediação conexas à boa administração impõe que se torne público o sistema de resolução de conflitos como forma de garantir o acesso cidadão e eficiência da máquina administrativa, etc.

Por fim, a mediação na Administração Pública pode ser efetiva e promover a eficiência e objetivos almejados, desde que preserve seus elementos intrínsecos, conjugue interesses, seja devidamente planejada e institucionalizada, e busque mecanismos para sua sustentabilidade como política pública.

A iniciativa legislativa inaugurou um novo paradigma cultural que visa promover os meios adequados consensuais de soluções de conflito. Entender e aceitar a mediação nos faz refletir sobre a prática processual, afinal, a mediação é uma mudança de cultura, um novo paradigma que nos leva a sair do modelo adversarial - com a ilusão de haver um ganhador e um perdedor -, para uma construção dialógica na qual o ganha-ganha faz com que um terceiro caminho possa ser identificado e construído pelos principais protagonistas: as partes.

¹⁸ Veja painel Estatísticas do Poder Judiciário – CNJ. Disponível em <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>. Acesso em 02/04/2024.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. A Advocacia Pública e o Estado democrático de Direito. Em **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./dez. 2011.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. 15. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2016.

_____. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Mediação e Autocomposição**. 15.ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2016.

_____. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Diário Oficial da União, Seção 1, Edição Extra, 18 nov. 2011, p. 1

_____. Constituição (1988). **Constituição da República do Brasil**. 15. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2016.

_____. **Lei nº 6.027 de 09 de abril de 1974** - Autoriza A Universidade Federal Do Rio De Janeiro - UFRJ - A Alienar Os Imóveis Que Menciona.

CÂMARA, Alexandre Freitas, O direito à duração razoável do processo: entre eficiência e garantias, *Revista de processo*, v. 38, n. 223, p. 39-53, set. 2013., Disponível em <https://bd.tjdft.jus.br/jspui/handle/tjdft/21211>. Acesso em: 03/05/2024.

CAMPOS, Adriana Pereira; FRANCO, João Vitor Sias. Conciliação no Brasil e a sua importância como tratamento adequado de conflitos. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 18, n. 7, p. 263 – 281, Set./Dez. 2017. Disponível em <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3292>. Acesso em: 03/05/2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. rev., ampl. e atual. Até a Lei n.º 12.587, de 3-1-2012. São Paulo, Atlas, 2012.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. rev., ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2009.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9. ed., Salvador: JusPodivm, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

DUARTE, Márcia Michele Garcia. **Dano ambiental: caracterização e efetividade das medidas adequadas e desjudicializadoras de solução de conflitos**. *Amazon's Research and Environmental Law – AREL FAAr*, Ariquemes, RO, v. 4, n. 2, p. 26-47, mai. 2016.

FACCI, Lucio Picanço. **Meios adequados de resolução de conflitos administrativos : a experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da administração federal /** Lucio Picanço Facci. - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2019.

FANTIN, Iago Abdalla; FREITAS, Fabiane Sena. **Autocomposição em processos envolvendo a Fazenda Pública.** Anais do III Congresso de Processo Civil Internacional, Vitória, 2018. Disponível em https://repositorio.ufpa.br/bitstream/2011/15033/1/Dissertacao_AutocomposicaoPoderPublico.pdf. Acesso em 15/04/2024.

FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação. Disponível em <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Introdução-historicaemodelos-de-media>. Acesso em 30/04/2024.

FERNANDES, Felipe Gonçalves; SILVEIRA, Matheus Camilo Ribeiro. Conciliação e mediação na administração pública Brasileira: proposições e perspectivas. Brazilian Journal of Development, Curitiba, v.7, n. 12, p. 112453-112467 dec. 2021. Disponível em <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/40760/pdf>. Acesso em 15/04/2024.

FISS, Owen. **Um novo Processo Civil: estudos norte americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade.** Coord. Carlos Alberto de Salles; Trad. Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

HECK, Tatiana de Marsillac Linn. Perspectivas e desafios da mediação na Administração Pública. Publicações da Escola da AGU, ano 9, nº 4 – **O Código de Processo Civil de 2015 e a Advocacia Pública Federal. Questões práticas e controvertidas.** Brasília/DF, out./dez. 2017.

HILL, Flávia Pereira. Justiça Multiportas e Administração Pública. **In 4º Encontro de Direito Público do Estado de Mato Grosso.** Jan/Fev. 2023. Centro de Estudos da PGE de Mato Grosso – Canal Youtube. Disponível em https://youtu.be/Q3XjvdRDKnU?list=PLwV0TTto6lpcgHHm_QBwZ1t5ba9HCWPVT9&t=370. Acesso em 15/10/2023.

_____. Desjudicialização e acesso à justiça além dos tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial. **In Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.** Ano 15. Volume 22. Número 1. Janeiro a Abril de 2021. pp. 379-408

LEITE, Gisele. **Mediação na Administração Pública.** In JusBrasil. 2019. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/mediacao-na-administracao-publica/779037391>. Acesso em 15/10/2023.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *In Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 231, Jan./Mar. 2003, pp. 129-156. Disponível em <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45823>. Acesso em 06/11/2023.

PEIXOTO, Ravi. A Fazenda Pública e a audiência de conciliação no novo CPC. *In Consultor Jurídico – CONJUR*, Abril, 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-abr-07/ravi-peixoto-fazenda-audiencia-conciliacao-cpc>. Acesso em 06/11/2023.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios Consensuais de Solução de Conflitos Envolvendo Entes Públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA, Luciane Moessa. “Mediação de Conflitos e Administração Pública”. In: **O marco legal no Brasil: Comentários à lei n.º 13.140/2015**. CABRAL, Trícia Navarro Xavier; HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina; (orgs.). São Paulo: Atlas, 2016.

SOUZA, Luciane Moessa de. Artigo 32. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (Orgs.). **Lei de Mediação comentada artigo por artigo: dedicado à memória da Profª Ada Pellegrini Grinover**. Indaiatuba, SP: Foco, 2018, p. 162-166.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, Volume 1, Rio de Janeiro: Forense, 2020.

YARN, Douglas E. **Dictionary of Conflict Resolution**. São Francisco, CA: Ed. Jossey-Bass Inc., 1999.

ANÁLISE DAS ADVERSIDADES ENFRENTADAS POR PESSOAS TRANS EM CONCURSOS PÚBLICOS

Letícia Vilar Correia¹
Victor Hugo Ferreira Barbosa²
André Ricci de Amorim³

Eixo Temático: GT8: Direitos Humanos e Grupos Sociais Vulneráveis

RESUMO

O trabalho em questão possui como objetivo a análise das adversidades enfrentadas pelas pessoas trans principalmente em relação aos concursos públicos. Para tanto, evidenciou-se a vulnerabilidade social enfrentada por pessoas trans advindas da discriminação relacionada à identidade de gênero, apresentando uma abordagem panorâmica crítica e histórica do processo de reconhecimento dessa vulnerabilidade. Do mesmo modo, a utilização de casos concretos também contribui para demonstrar a importância das ações afirmativas nesse contexto, com destaque às cotas. Por fim, utiliza-se a metodologia da pesquisa bibliográfica, por meio de análise doutrinária referente ao tema, bem como do ordenamento jurídico brasileiro e seus precedentes.

Palavras-chave: Direitos humanos. Transexualidade. Concurso Público.

INTRODUÇÃO

São incontáveis os impasses enfrentados pelas pessoas trans no Brasil, que vão desde o preconceito e os ataques à integridade física até a exclusão no mercado de trabalho. A população trans brasileira, apesar de sofrer violações em seus direitos humanos de inúmeras formas, carece de estudos que evidenciem e busquem alterar essa realidade.

¹ Pós-Graduanda em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. E-mail: leticiaavilarcorreia@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/1934271079251685>.

² Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Advogado. E-mail: victorferreira.fradv@gmail.com, <https://lattes.cnpq.br/1173898416097811>.

³ Doutor em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Internacional Público e Europeu pela Universidade de Coimbra, Portugal. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pesquisador no Laboratório de Estudos e Pesquisas Avançadas em Direito Internacional Ambiental (LEPADIA/UFRJ). Pesquisador bolsista do Programa Pesquisa Produtividade da Universidade Estácio de Sá. Advogado e Professor Universitário. E-mail: andre Ricci_8@hotmail.com, <http://lattes.cnpq.br/0876276465920510>.

Nessa perspectiva de exclusão, o concurso público é uma das formas mais eficientes para que as pessoas trans consigam garantir a empregabilidade e o desenvolvimento de suas aptidões profissionais. Portanto, torna-se necessário apresentar uma discussão acerca do cenário destas pessoas principalmente no que se refere aos concursos públicos.

Apesar do concurso público ser uma das formas que assegura o maior grau de equidade durante o processo seletivo, muitos editais caminham a passos lentos para atender às necessidades das pessoas trans, principalmente, no tocante à escolha do sexo no momento da inscrição e à realização do Teste de Aptidão Física (TAF) quando necessário.

A relevância do tema está no fato de o Brasil apresentar fortíssimas desigualdades sociais que geram insatisfações, conflitos e frequente recurso à judicialização de demandas e controvérsias, o que leva a esses casos a serem frequentemente apresentados na primeira página dos jornais brasileiros (Dimoulis, 2023).

Por exemplo, uma candidata trans aprovada no concurso da Marinha é reprovada na inspeção de saúde, tendo que recorrer ao Judiciário para suspender a inaptidão⁴.

Além disso, uma melhoria nas condições de ingresso das pessoas trans nos serviços públicos impactaria positivamente na vida dessa população, tendo em vista que na grande maioria das vezes se veem obrigadas a se submeterem ao subemprego e, em casos mais sérios, à prostituição.

Para Dimoulis (2023, p. 20), a investigação do tratamento jurídico dos grupos minoritários é a questão central e atual no direito brasileiro. Segundo o autor:

O ordenamento jurídico brasileiro é caracterizado por uma combinação de leis, decisões judiciais e práticas sociais que defendem a ínfima minoria numérica que possui os maiores privilégios. E isso ocorre

⁴ VALINHOS, Havolene. Justiça suspende decisão da Marinha que declarou candidata trans inapta em concurso. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 06 de jul. de 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/07/justica-suspende-decisao-da-marinha-que-declarou-candidata-trans-inapta-em-concurso.shtml>. Acesso em: 05 de nov. de 2023.

apesar dos mandamentos constitucionais pela tutela das minorias sociais.

Deste modo, o presente estudo tem como objetivo principal expor as adversidades enfrentadas pelas pessoas trans, com foco especial em concursos públicos, no Brasil para então apresentar soluções eficazes para a garantia da dignidade e a promoção dos direitos humanos dessa população.

Assim, cumpre iniciar o trabalho conceituando o que são as pessoas trans, uma vez que não há consenso, por exemplo, entre as definições de transgênero e transexual, além de elucidar porque essas pessoas são consideradas um grupo social vulnerável.

Em seguida, pretende-se também expor um breve panorama histórico do reconhecimento de direitos das pessoas trans juntamente com reflexões sobre o processo de efetivação de direitos, evidenciando a indiferença estatal em promover a efetiva concretização de direitos das minorias.

Após, buscar-se-á examinar na jurisprudência, por meio de casos concretos, as adversidades enfrentadas por esse grupo e levadas ao Judiciário, com principal foco em demandas relacionadas a concurso público, demonstrando também os reflexos da judicialização para a garantia dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, direitos humanos dessa minoria.

Por fim, serão expostos argumentos em favor de ações afirmativas em concurso público, como a previsão de cotas para pessoas trans, a fim de garantir a plenitude dos direitos humanos desse grupo.

A metodologia utilizada para alcançar os resultados da pesquisa foi, principalmente, documental, com uma profunda análise bibliográfica e jurisprudencial.

Ao final, será possível concluir, após todos os argumentos trazidos e por meio de casos concretos fornecidos pela jurisprudência, como ainda há um longo caminho a ser percorrido para a plena concretização dos direitos constitucionais. Entretanto, algumas mudanças são capazes de serem notadas, por exemplo, o Ministério Público da União, em

2023, incluiu pessoas *transgênero* no sistema de cotas nos concursos públicos para a contratação de servidores e estagiários de nível superior e profissionalizante.⁵

1. VULNERABILIDADE SOCIAL

Divergente da classificação biológica determinada pelos órgãos genitais que inclusive reflete no registro civil, ou seja, da atribuída compulsoriamente⁶, a identidade de gênero é a consciência em relação ao gênero que a pessoa tem de si mesma, de maneira a exteriorizar, seja como for, para a sociedade. Assim, a definição de Quinalha (2022, p. 15):

(...) se uma pessoa tem uma identidade de gênero que corresponde ao sexo atribuído no nascimento, ela pode ser classificada como cisgênera; de outra maneira, se a pessoa não possui uma identidade de gênero que corresponda ao sexo atribuído no nascimento, ela pode ser definida como uma pessoa trans, que pode ser binária (caso se identifique como homem ou como mulher), ou ainda não binária.

Tratando o presente trabalho sobre pessoas trans como um grupo vulnerável, cumpre estabelecer quais conceitos serão utilizados, uma vez que não há consenso, por exemplo, entre as definições de transgênero, transexual e travesti.⁷ Para Butler (1990, apud Bento, 2017, p. 10):

Transexualidade, travestilidade, transgênero são expressões identitárias que revelam divergências com as normas de gênero uma vez que estas são fundadas no dimorfismo, na heterossexualidade e nas idealizações. As normas de gênero definirão o considerado “real”, delimitando o campo no qual se pode conferir humanidade aos corpos.

⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MPU inclui pessoas transgênero no sistema de cotas dos concursos públicos para servidores e estagiários. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr2/2023/mpu-inclui-pessoas-transgenero-no-sistema-de-cotas-dos-concursos-publicos-para-servidores-e-estagiarios>. Acesso em: 07 nov. 2023.

⁶ O Registro Civil de Nascimento constitui o primeiro passo para a emissão da Certidão de Nascimento, que garante nome, sobrenome e nacionalidade, sendo indispensável para a promoção da cidadania plena, ou seja, para ter acesso à educação, à saúde pública etc. Quando se iniciou a obrigatoriedade de Registro Civil, a distinção entre os dois sexos era feita baseada na conformação da genitália. A Lei nº 6.015/1973, que trata de registros públicos, dispõe em seu art. 54, que o assento do nascimento deverá conter o sexo do registrando.

⁷ As categorias trans não são estáveis mesmo com as tentativas de atribuição de conceitos. Inclusive, um dos pontos desafiadores de se propor e operacionalizar políticas organizacionais em gestão de pessoas está na fluidez dos termos trans e seus significados (PANIZA; MORESCO, 2022).

Desse modo, a definição ampla de *trans* utilizada nesse texto será aplicada de maneira heterogênea e múltipla, conforme proposto por Platero (2014, apud Prado; Freitas, 2022, p. 161), incluindo todas as manifestações de gênero como transexuais, transgênero, travesti, etc.

Ademais, diferente do proposto por alguns autores, nesse trabalho não haverá diferença entre “minorias” e “grupos vulneráveis”. Utilizando-se a perspectiva de Séguin (2002), que defende que há uma relação entre as minorias e os chamados grupos vulneráveis, apresentados como grupos que sofrem discriminação e são vítimas de intolerância, tais pessoas possuem características em comum apesar das nomenclaturas diferentes.

O Brasil possui inúmeras desigualdades que se enquadram em categorias sociais, econômicas, educacionais, dentre outras como de gênero e de raça, resultantes da sua herança escravocrata e patriarcal adquirida antes mesmo da consolidação do Estado brasileiro.

Não há o que se questionar em relação a caracterização das pessoas trans como um grupo vulnerável, inclusive, de modo diferente de outros grupos vulnerabilizados, as pessoas LGBTI+ muitas vezes não conseguem encontrar um acolhimento no seio familiar diante dos preconceitos que enfrentam na vida fora de casa (Quinalha, 2022).

Não é incomum encontrar casos em que o repúdio e o preconceito surgem no primeiro circuito social, ou seja, na família desses indivíduos, inclusive chegando ao ponto de acarretar a sua exclusão do grupo familiar.

Não obstante essas adversidades, um dos principais percalços enfrentados por esse grupo é a falta de oportunidades no mercado de trabalho formal. A discriminação ilícita, conduta humana que viola os direitos das pessoas utilizando critérios injustificados e injustos resultantes de um preconceito (Miranda, 2010), praticada por aqueles que detém o capital e controlam os meios de produção faz com que muitos empregadores descartem qualquer possibilidade de contratar uma pessoa trans para compor os quadros de uma empresa.

Ainda assim, quando a barreira da discriminação é ultrapassada, surge a dificuldade em encontrar indivíduos que atendam aos pré-requisitos solicitados pelos recrutadores, ora por falta de programas de incentivo à inclusão no mercado de trabalho, ora em função da negligência educacional que acometem as pessoas trans.

Tendo em vista a marginalização evidente enfrentada por esse grupo, a hostilidade na escola dificulta a permanência, ocasionando muitas vezes na evasão escolar dessas pessoas. E, mais, ainda que uma pessoa trans possua alto grau de escolaridade, dificilmente no geral essas pessoas possuem posições de destaque na hierarquia organizacional (Paniza; Moresco, 2022).

Diante dessa realidade que brevemente foi apresentada, muitos recorrem ao subemprego e, frequentemente, ao trabalho no seguimento da prostituição (Paniza; Moresco, 2022), confirmando mais uma vez a sua vulnerabilidade social.

2. PANORAMA HISTÓRICO

Antes, contudo, de apresentar uma sucinta contextualização histórica do avanço do reconhecimento de direitos das pessoas trans no Brasil de maneira geral, principalmente em relação às últimas décadas, deve-se esclarecer que tais realizações estão intrinsecamente entrelaçadas com o Movimento LGBTI+, uma vez que a atuação do movimento trouxe maior visibilidade para a realidade social e jurídica aos grupos que nele estão inseridos.⁸

Cabe também mencionar o Movimento Transgênero (*Transgender Movement*) que surge no final do século XX, mobilizando recursos para gerar mudanças políticas e jurídicas na sociedade em diferentes partes do mundo, tendo reivindicações específicas como a luta contra a medicalização e patologização da transexualidade; mudança de nome, condizente com sua identificação de gênero; exigindo políticas que promovam o amplo acesso a serviços de saúde sem serem discriminados pelos profissionais de saúde

⁸ A partir da segunda metade do século XIX, passou-se a adotar um tipo específico de ação coletiva, devido a uma série de fatores que se dá a emergência de um movimento social organizado (QUINALHA, 2022).

(Grossi; Ávila, 2011).

Destaca-se o termo “reconhecimento” visto que, por exemplo, o direito de igualdade está positivado no texto constitucional brasileiro desde sua primeira Constituição. Observa-se que uma sociedade escravocrata, que conservava as mulheres em situação parecida com servidão e excluía da vida pública as massas pobres, continha uma garantia constitucional de igualdade (Dimoulis, 2021), conforme previa no inciso XIII do artigo 179 da Constituição do Império de 1824: “A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”.

Deve ser salientado que, na ausência de legislação em sentido estrito, ou seja, lei, as interpretações do Judiciário revelam o cenário de escassez de medidas de prevenção e diminuição da violência contra os indivíduos trans, evidencia a negligência estatal, principalmente em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, em reconhecer as individualidades desse grupo de forma plena.

Será possível verificar que, inúmeras vezes, as tentativas de assegurar os direitos desse grupo ocorrem de maneira a equiparar as pessoas trans a outros grupos vulneráveis, sem criar mecanismos jurídicos que observem efetivamente e de maneira específica as particularidades desse grupo, gerando dúvida na sua eficiência. Podendo-se afirmar desse mesmo modo que diversos desses feitos foram realizados tardiamente.

Também restará demonstrado que conforme evidenciado por Martins e Mendes (2009), “não são raras vezes o Tribunal rompe com esse papel de legislador negativo, estabelecendo a única interpretação compatível com o texto constitucional”.

No Brasil, no contexto da década de 1980, pós-ditadura militar, que marcou um período de cerceamento de direitos no país, houve novos desdobramentos nas demandas por relações igualitárias e pelo direito à diferença com a luta pela ampliação da participação política. Ocorre, assim, a ascendência dos novos movimentos sociais que passam a buscar a redefinição das noções convencionais de cidadania e participação (Miranda, 2010).

Entretanto, mesmo com as lutas dos movimentos sociais, o tratamento do transexual como pertencente ao campo dos distúrbios psicológicos que surge a partir da segunda metade do século XIX, em 1980, entra para o manual de diagnóstico psiquiátrico brasileiro a patologia *transexual*.

Atualmente, consta no Manual Diagnóstico e Estatístico das Desordens Mentais (DSM-5) como *Disforia de Gênero*. Porém, até 2011, por exemplo, alguns pesquisadores acreditavam que, apesar da aparente tentativa de distanciar a ideia de doença mental, com a retirada da palavra *transtorno*, substituindo-a por expressão menos negativa - disforia -, efetivamente, não houve uma despatologização da transexualidade (Grossi; Ávila, 2011).⁹

Em relação ao reconhecimento dos direitos à saúde e à personalidade - autodeterminação -, o primeiro envolvendo, por exemplo, a cirurgia de redesignação de sexo, e o segundo, a mudança de nome e gênero, sem precisar obter autorização judicial, pode-se dizer que ocorreu em um processo ao longo dos últimos anos, com a atuação principalmente dos Poderes Executivo e Judiciário.

Em 2006, o Sistema Único de Saúde - SUS - passou a aceitar o uso de nome social¹⁰ em qualquer serviço da rede pública de saúde. E, em 2008, criou o processo transexualizador: “um programa que compõe a política de saúde brasileira e compreende um conjunto de estratégias de atenção à saúde, onde estão incluídos procedimentos de diferentes graus de complexidade para o processo de modificações corporais de indivíduos transexuais” (Santos, 2022).

O Supremo Tribunal Federal (STF), em 2011, ao julgar a ADI n. 4.277, em análise acerca da disposição trazida no artigo 3º da Constituição de 1988 sobre a vedação de

⁹ Cabe acrescentar que: “Em 18 de junho de 2018, a Organização Mundial da Saúde publicou a décima primeira edição do CID, retirando o “transexualismo” do catálogo de doenças mentais e inserida como “incongruência de gênero”, no capítulo intitulado como “condições relacionadas à saúde sexual. A incongruência de gênero é caracterizada por uma incongruência marcante e persistente entre uma experiência de gênero de um indivíduo e seu sexo assinalado. Apenas a variação comportamental de gênero e preferências são insuficientes para diagnosticar este processo” (BAPTISTA, 2021, fl. 133).

¹⁰ Nome social é aquele pelo qual, mesmo sem retificação nos documentos civis, um indivíduo quer ser reconhecido socialmente.

discriminação por motivo de sexo, entendeu que se cuida de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico. De modo que a interpretação restritiva do termo *sexo*, referindo-se somente ao aspecto biológico, violaria o princípio da dignidade da pessoa humana, visto que a identidade sexual psíquica é parte inerente à individuação de uma pessoa (Grossi; Ávila, 2011).

Para concluir, ainda de maneira sintetizada, o nome social, que surge da dificuldade que havia da retificação de nome em documentos, passou a ser reconhecido em repartições e órgãos públicos federais em abril de 2016¹¹, existindo diversas legislações sobre esse direito em estados e municípios da federação.

Após diversas outras decisões sobre a matéria, principalmente no Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹², em março de 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) passou a garantir que a alteração de nome e gênero na certidão de nascimento e, em consequência, em todos os outros documentos possa ser feita administrativamente em um cartório de registro de pessoas naturais, sem a necessidade de ação judicial.¹³

Anos depois, em junho de 2019 ocorreu a chamada “Criminalização da LGBTfobia”, quando o mesmo tribunal - Supremo Tribunal Federal - enquadrou a homofobia e a transfobia na legislação de crimes de racismo, por entender que esses comportamentos se ajustam ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais, reconhecendo a omissão do Congresso em apresentar lei.¹⁴ Posteriormente, em abril de 2022, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu que a aplicação da Lei Maria da Penha também abrange os casos de violência doméstica ou

¹¹ O Decreto n.º 8.727, de 28 de abril de 2016 dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis ou transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

¹² No Superior Tribunal de Justiça (STJ), o primeiro passo para que os transgêneros pudessem ter o direito de usar o nome social sem maiores burocracias aconteceu no julgamento do REsp 1.008.398, em 2009.

¹³ O entendimento foi estabelecido através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>. Acesso em 26 de mar. 2024.

¹⁴ O entendimento foi estabelecido através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em 26 de mar. 2024.

familiar contra mulheres transexuais.¹⁵

Finalizada a breve exposição crítica do processo de reconhecimento de direitos desses indivíduos até a atualidade, deve-se adentrar na análise dos aspectos jurídicos por trás desses feitos e discorrer sobre precedentes judiciais que se referem aos concursos públicos.

3. PRECEDENTES JUDICIAIS

Diante dos argumentos apresentados até o momento, faz-se imperiosa a demonstração do protagonismo do Poder Judiciário na promoção e garantia da dignidade das pessoas trans. Conforme elucidado anteriormente, os obstáculos são evidentes quando o assunto é mercado de trabalho.

Na opinião de Bahia, Magalhães e Jubilut (2013), frente à omissão legislativa, diversas são as iniciativas na Administração Pública, de forma setorizada, para garantir alguns direitos aos LGBTI+, apesar das limitações em relação ao princípio da legalidade. Por outro lado, com a judicialização decorrente da Constituição de 1988, uma alternativa para a proteção de direitos tem sido recorrer ao Judiciário.

Dessa forma, também é necessária uma análise crítica a respeito da utilização da via judicial para a garantia de direitos. Dada a escassez de políticas públicas de reconhecimento de direitos de sexualidade e identidade de gênero por parte dos órgãos competentes que integram os poderes Executivo e Legislativo, reafirmando a discriminação e a falta de interesse em promover o respeito à diversidade e o bem-estar das pessoas trans, a concretização das garantias e liberdades individuais desses indivíduos é, na maioria das vezes, realizada de maneira impositiva, ou seja, através de decisões judiciais.

Além disso, o Poder Judiciário também é formado por pessoas que possuem suas

¹⁵ Para o relator do recurso, ministro Rogerio Schietti Cruz, “o elemento diferenciador da abrangência da Lei Maria da Penha é o gênero feminino, o qual nem sempre coincide com o sexo biológico. O objetivo da lei, segundo ele, é prevenir, punir e erradicar a violência doméstica e familiar que se pratica contra a mulher por causa do gênero, e não em virtude do sexo.”

convicções morais e filosóficas próprias, o que demonstra que os precedentes nem sempre estão livres da subjetividade de cada julgador. Para Barroso (2009, p. 9), “juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente (sic), sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que fórmula (sic)”.

Em outras palavras, quando a efetivação de um direito é realizada através da judicialização, confirma-se que o preconceito predomina nas demais estruturas do Estado, e que somente é possível ter pleno gozo de suas liberdades através de uma decisão tomada por um sujeito, que compõe um determinado órgão julgador, e que por sua vez está na posição de representante do Poder Judiciário.

Vale destacar ainda a genericidade dos fundamentos jurídicos para efetivação de tais garantias, tendo em vista que quase sempre tomam por premissa a necessidade de concretizar direitos de um grupo social vulnerável para promover a chamada igualdade material¹⁶.

Nesse sentido, afirma Quinalha (2022, p. 58):

Isso porque o sistema jurídico constitui um suporte fundamental de estabilização identitária e, muitas vezes, de naturalização de desigualdades e diferenças nas sociedades ocidentais modernas. Ao enquadrar as relações sociais e seus agentes a partir da categoria universal de sujeito de direito, esse mecanismo opera uma redução da complexidade dessas relações e promove, simultaneamente, tanto a imposição de identidades como a atribuição de certas garantias jurídicas.

Não obstante, há de se reconhecer a atuação positiva do Poder Judiciário, objetivando uma solução jurídica razoável de acordo com os casos concretos analisados e buscando construir parâmetros para as demais instâncias da Administração Pública.

¹⁶ Desse modo: “Mais do que a igualdade perante a lei, procura-se assegurar algum grau de igualdade perante a vida. Antídotos contra as situações de desequilíbrio e de exploração incluem a proteção jurídica do polo mais fraco de certas relações econômicas, a criação de redes de proteção social e mecanismos de redistribuição de riquezas” (BARROSO, 2024, p. 224).

Segundo Binenbojm (2004, p. 246, apud Barroso, 2009):

(...) juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia.

Diante disso, o Poder Judiciário já contribuiu em inúmeras esferas da vida em sociedade ao longo do século para que esse grupo tivesse seus direitos e garantias protegidos. Como exemplo, cita-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275, julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em que houve reconhecimento da possibilidade de alteração de nome e gênero no registro civil sem a necessidade de procedimento cirúrgico de redesignação sexual.

Sobre o tema, observa-se que alguns Ministros utilizaram como fundamento a necessidade da inclusão de novos valores da sociedade, diante das constantes atualizações impostas pelas diferentes visões que se tem do mundo. Destaca-se que nesse caso foi de suma importância levar em consideração o direito à honra, à imagem e à vida privada das pessoas envolvidas, valorizando os chamados direitos da personalidade.

Logo, é válido afirmar que o princípio da dignidade humana figurou como pilar dos fundamentos jurídicos a fim de tornar inexigível a realização de cirurgia de redesignação sexual ou tratamentos hormonais para que as pessoas alterassem seu nome no registro civil, de forma a serem tratadas como realmente se enxergam e se autodeclaram.

Nessa esteira, vale destacar também as decisões que versam sobre essas pessoas nas Forças Armadas brasileiras, por exemplo, muitos militares que passam pela transição sexual são reformados compulsoriamente, sem que haja uma tentativa da Administração Pública de reaproveitamento ou mudança para o quadro mais adequado, sendo indiretamente uma causa de exclusão.

Dito isso, uma das principais fundamentações utilizadas tem sido o enquadramento desses indivíduos na antiga Classificação Internacional de Doenças - CID-10, que na categoria F.64 se referia às pessoas trans, listando como doença o *transtorno da identidade sexual* e algumas subcategorias relacionadas.

Entretanto, destaca-se o caso da Oficial Bianca Figueiredo, reformada de ofício e enquadrada na CID-10 F64.0 – *transexualismo* –, que era descrita como:

(...) um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal-estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado¹⁷.

O referido caso tramitou na 4ª Vara Federal de Niterói - RJ sob o nº 0036388-94.2018.4.02.5102, e versava sobre a anulação do ato de reforma compulsória. Apesar da longa batalha enfrentada por Bianca, tendo conseguido inclusive a suspensão do processo em 2021, recentemente houve decisão desfavorável em sede de recurso, considerando que o ato não foi ilícito, pois foi praticado conforme as normas da época. Transcreve-se a ementa do acórdão:

MILITAR. ANULAÇÃO. REFORMA. TRANSGÊNERO. TRANSEXUAL. DANO MORAL. IMPROCEDÊNCIA. Hipótese de recurso contra sentença que afirmou a prescrição de pedido de anulação de reforma de militar, ocorrida em 2008, diante da assunção de gênero feminino por militar do quadro masculino. Ação ajuizada em março de 2018, quase dez anos depois. Embora duvidoso, é até possível, em tese e com boa vontade, superar a prescrição, na medida em que o transexualismo era classificado como doença e apenas muito depois deixou de sê-lo, no bojo de lutas estas sim imprescritíveis. Mas no mérito o pedido é improcedente. Não foi pedida a mudança de quadro e não cabe ao Judiciário, de ofício, examinar isso. Não houve ato ilícito por parte da União, que agiu segundo normas da época. A autora pertencia a quadro exclusivamente masculino (Corpo da Armada da Marinha do Brasil) e não havia como mantê-la nesse quadro, se ela pertence a gênero diverso. Não houve preconceito: autora que foi reformada e sempre recebeu regularmente seus proventos. Ademais, já houve litígio, com trânsito em julgado, em desfavor da autora. Coisa

¹⁷ Nesse sentido, observa-se a Classificação Internacional de Doenças - 10ª versão. Disponível em: <https://www.hidocor.com.br/cid10/p/capitulo/5/grupo/F60-F69/categoria/F64/subcategorias>. Acesso em: 26 mar. 2024.

julgada que não se reforma pelo tempo. Na época, o transexualismo era elencado como transtorno mental, e do ponto de vista textual era cabível a reforma. Ainda que hoje seja incorreto falar em doença, categorização afastada pela ciência, a readmissão da apelante demandaria modificações do quadro masculino, ou pedido de mudança de quadro. Pedido e causa de pedir que não podem ser alterados. Apelação desprovida.

Embora o resultado da demanda não tenha sido o esperado, é importante destacar aqui alguns pontos. O próprio julgado elucida sobre a imprescritibilidade da luta para que o *transexualismo* fosse retirado da Classificação Internacional de Doenças, bem como sobre a indevida patologização da transexualidade.

Ademais, demonstra-se, com isso, a postura adotada pela Administração Pública em não observar a realidade de vulnerabilidade social na qual as pessoas trans se encaixam. Ainda que com respaldo na norma internacional vigente à época, caberia um tratamento diferente no que foi observado, tendo em vista os princípios constitucionais.

Por outro lado, nos autos do processo de nº 5044352-17.2022.4.02.5101, tramitando perante a 19ª Vara Federal do Rio de Janeiro, houve decisão liminar no sentido de permitir que Sabrina, uma mulher transgênero - que havia sido desclassificada na inspeção de saúde em razão de suposta doença hormonal que constava no edital do concurso-, continuasse no processo seletivo.

O magistrado responsável pelo caso realizou apontamentos importantes, dentre os quais se destacam a não consideração do *transexualismo* como uma doença, em razão da nova classificação da Organização Mundial de Saúde (OMS), a CID-11¹⁸, elucidando que a condição hormonal da impetrante em razão da transição sexual não prejudicava o desempenho profissional. Além disso, declarou a ilegalidade das licenças médicas forçadas, bem como ressaltou a proibição de prejuízo para a candidata em razão de receber licença por doença que não se enquadra.

As considerações do julgador foram essenciais para a consolidação do

¹⁸ Classificação Internacional de Doenças - 11ª Versão. Disponível em: <https://icd.who.int/browse/2024-01/mms/en#411470068>. Acesso em: 26 mar. 2024.

entendimento de que as pessoas trans não são acometidas por nenhum tipo de doença, combatendo o comportamento discriminatório das instituições, que se utilizou de parâmetros de saúde inaplicáveis para justificar veladamente que a eliminação da candidata ocorreu pelo fato de ostentar a condição de transgênero.

Cabe refletir que as adversidades das pessoas trans em concursos públicos ocasionalmente se devem às disposições presentes no edital, que em relação a estes tem força de lei, partindo diretamente da atuação da Administração Pública.

Diante dos argumentos trazidos, é notório que o Brasil ainda está longe de alcançar os ideais de igualdade abarcados pela Carta Constitucional, e caminha a passos lentos para atingir os seus objetivos fundamentais previstos no artigo 3º da Constituição Federal. Por outro lado, é evidente que o Poder Judiciário exerce um papel fundamental na efetivação dos direitos e garantias constitucionais das pessoas trans, sanando omissões legislativas e instaurando uma ordem jurídica inclusiva.

4. AÇÕES AFIRMATIVAS

Conforme abordado anteriormente, os obstáculos encontrados por pessoas trans, no mercado de trabalho ou no concurso público, iniciam muito antes do processo de recrutamento e seleção, uma vez que a escolaridade muitas vezes se mostra como empecilho. Inclusive, muitas vezes o concurso público acaba sendo uma das únicas possibilidades de inserção profissional para as trans travestis (Paniza; Moresco, 2022).

A Constituição Federal, no art. 37, inciso II, estabelece que a investidura em cargo ou emprego público ocorre, em regra, por concurso público, sendo uma forma mais democrática de ingresso na Administração Pública, submetendo-se aos princípios constitucionais como da isonomia, que trata da igualdade legal para todos. Porém, conforme foi possível observar nas ponderações anteriores, igualdade de direitos é uma abstração construída mediante exclusões raciais e de gênero (Miranda, 2010).

Nesse ponto, o direito à diferença se impõe como condição de acesso à igualdade de direitos. Torna-se indispensável o reconhecimento das particularidades e

vulnerabilidades da condição social desse grupo produzida historicamente.¹⁹

Não basta a existência de amparo jurídico para combater e eliminar qualquer tipo de descriminalização de pessoas trans ou que conste na legislação o direito à igualdade, deve-se aplicar mecanismos efetivos que promovam a concretização das garantias constitucionais de modo a promover uma equiparação de fato, impulsionando a inclusão desse grupo em cargos e funções que raras vezes estão inseridos.

As ações afirmativas são um mecanismo que surge para tentar eliminar, ou ao menos diminuir, a desigualdade social. Em outras palavras, essas ações objetivam viabilizar o direito à igualdade, observando o passado discriminatório dos grupos vulneráveis, ou seja, são um instrumento especial e temporário para promover a inclusão social.

Existem diferentes e diversas medidas que se caracterizam como ações afirmativas, entre elas está a cota que busca promover a inserção aos espaços nos quais esses grupos constituíram-se historicamente como minorias. Nesse sentido, interferindo diretamente sobre a estrutura político-econômica, visto que as cotas afetam a distribuição de renda e poder (Miranda, 2010).

A própria Constituição Federal em seu art. 37, VIII, assegura a reserva de vagas em concurso público para portadores de deficiência²⁰. Outro exemplo é a Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014 que reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das

¹⁹ Sobre essa temática Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 56) ensina “...temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”.

²⁰ Coadunável com o entendimento do STJ, o art. 37 do Decreto nº 3.298/99 estatui que a reserva de vagas, para ser válida, depende da compatibilidade entre as atribuições do cargo e as limitações impostas pela deficiência do candidato, sob pena de prejuízo do interesse público e dos próprios administrados, podendo, somente nesse caso, haver a ausência da reserva de vagas.

empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.²¹

Como exemplo prático e atual, cita-se o 22º Concurso para Procuradora e Procurador do Trabalho²², com edital de abertura publicado em 10 de agosto de 2022, que previa a reserva de vagas para pessoas transgênero, no percentual de 3% do total de vagas previsto no edital, com a constituição de equipe responsável pela inclusão dessas pessoas. A iniciativa foi de extrema importância para que outros órgãos da Administração Pública também incluam em suas diretrizes a obrigatoriedade de reserva de vagas para pessoas trans nos certames.

Além disso, a Portaria PGR/MPU 209/2023 instituiu o Sistema de Cotas para Minorias Étnico-Raciais e pessoas transgênero nos processos seletivos para contratação de estagiários de nível superior e profissionalizante, no percentual de 10% (dez por cento) das vagas existentes, bem como o mesmo percentual para os editais de concurso público para as carreiras de servidor do Ministério Público da União (MPU), com o estabelecimento de uma nova diretriz para a Política de Governança das Contratações, sendo essa o fomento à acessibilidade e à inclusão, estabelecendo, entre outras medidas, a reserva de percentual mínimo de vagas para minorias sociais nos contratos com dedicação exclusiva de mão de obra.

Portanto, faz-se necessário estímulos para maior inclusão de pessoas trans em concursos públicos através das chamadas ações afirmativas que podem ser descritas como “tentativa de equiparação a médio prazo dos grupos” por meio de criação de normas especiais que tenham como objetivo a inclusão da minoria em cargos e processos dos quais estavam de fato excluídas no passado, sendo um exemplo dessas ações as cotas (Dimoulis, 2023).

²¹ Vale mencionar que a pessoa trans, à luz da legislação vigente, não se enquadra como pessoa deficiente, embora possa existir pessoa trans deficiente.

²² Além do edital, o referido concurso contou com o Regulamento, publicado através da Resolução nº 198 de 30 de junho de 2022 pelo Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho, estabelecendo normas sobre o concurso e orientações sobre o tratamento e seleção das pessoas transgênero. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/trabalho-mpt/procurador/22o-concurso>. Acesso em: 26 mar. 2024.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidente por meio de mitos e lendas, a transexualidade existe desde os primórdios da humanidade, entretanto, as análises científicas e médicas só começaram efetivamente no século passado (Szaniawski, 1998).

São quase inexistentes as legislações que assegurem direitos às pessoas trans, havendo, na realidade, decisões jurisprudenciais com o intuito de garantir de alguma forma, a proteção dos direitos fundamentais conforme previsto no texto constitucional.

Os grupos vulneráveis possuem direito à inclusão e, tendo em vista que a vivência de uma identidade de gênero discordante do sexo biológico é um fator de marginalização social, imprescindível é que a Administração Pública acompanhe as mudanças ocorridas na sociedade.

Pode-se afirmar que é recente - e tardio - o reconhecimento da necessidade de políticas públicas para a efetividade dos direitos constitucionais voltadas especificamente às pessoas trans, sendo insuficiente o tratamento das pessoas de forma genérica, geral e abstrata. Uma das formas que se observa esse reconhecimento é através da previsão de cotas.

A implementação de cotas, seja em instituições de ensino, seja em concursos públicos, para esse grupo, que enfrenta múltiplas formas de discriminação, busca oportunizar acesso ao ensino superior ou à carreira na Administração Pública, ampliando a diversidade e a representatividade dentro das instituições.

Nesse mesmo sentido, cabe à Administração Pública, na produção dos editais, ter cautela para não reproduzir disposições discriminatórias, como por exemplo, caracterizar a condição de transexual como patológica, mas sim criar dispositivos que assegurem de forma eficiente e específica um tratamento digno dessas pessoas, tal como prevê o texto constitucional.

Tendo em vista a evasão escolar mencionada anteriormente, não basta tão somente

a previsão de cotas, deve-se investir em políticas de acolhimento e suportes específicos, observando as necessidades desse grupo, para assegurar a permanência e êxito das pessoas trans no ambiente escolar, o mesmo se aplicando aos órgãos e entidades públicas.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo F.; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; JUBILUT, Liliana L. **Direito à diferença**: Aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis, volume 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. *E-book*. ISBN 9788502208803. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502208803/>. Acesso em: 05 nov. 2023.

BAPTISTA, Vinicius Ferreira. Reconhecimento de direitos de pessoas trans: alternativas, políticas e ativismo teórico-judicial. In: **Revista de Direito Brasileira**, [S.l.], v. 28, n. 11, p. 131-163, jul. 2021. ISSN 2358-1352. Disponível em <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6906>. Acesso em 24/03/2024.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2024. *E-book*. ISBN 9788553621132. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621132/>. Acesso em 26/03/2024.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11- 22, jan./dez. 2009. Disponível em <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em 05/11/2023.

BENTO, Berenice. **O que é Transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2017.

BRASIL, Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**: outorgada em 25 de março de 1834. Conselho de Estado e Imperador D. Pedro I. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 26/03/2024.

_____. Câmara dos Deputados. **Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016**. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2016/decreto-8727-28-abril-2016-782951-publicacaooriginal-150197-pe.html>. Acesso em 26/03/2024.

_____. **Decreto Nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em 26/03/2024.

_____. **Lei no 12.990, de 9 de junho de 2014**. Reserva aos negros 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Diário Oficial da União, Brasília, n. 109, p. 3, 10 jun. 2014.

DIMOULIS, Dimitri. **Direito de Igualdade:** antidiscriminação, minorias sociais, remédios constitucionais. São Paulo: Grupo Almedina, 2021. *E-book*. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556273808/>. Acesso 05/11/2023.

ESTADO DA BAHIA. SPM - Secretaria de Políticas para as Mulheres. **Dia Nacional da Visibilidade Trans: entenda quais os direitos que a legislação brasileira garante a travestis e pessoas transgênero.** Disponível em <http://www.mulheres.ba.gov.br/2020/01/2713/Dia-Nacional-da-Visibilidade-Trans-entenda-quais-os-direitos-que-a-legislacao-brasileira-garante-a-travestis-e-pessoas-transgenero.html>. Acesso em 26/03/2024.

GROSSI, Miriam Pillar; ÁVILA, Simone. Transexualidade e Movimento Transgênero na Perspectiva da Diáspora Queer. *In: Revista Brasileira de Estudos Jurídicos*. Montes Claros, v. 6, n. 1, p. 155-170, jan./jun. 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade:** comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **MPU inclui pessoas transgênero no sistema de cotas dos concursos públicos para servidores e estagiários.** Disponível em <https://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr2/2023/mpu-inclui-pessoas-transgenero-no-sistema-de-cotas-dos-concursos-publicos-para-servidores-e-estagiarios>. Acesso em 07/11/2023.

_____. **Portaria PGR/MPU N° 209**, De 11 De Outubro De 2023. Disponível em <https://www.mpf.mp.br/pgr/arquivos/2023/PORTARIA%20PGRMPU%20No%20209-2023.pdf>. Acesso em 07/11/2023.

_____. **MPU inclui pessoas transgênero no sistema de cotas dos concursos públicos para servidores e estagiários.** Ministério Público Federal, 2023. Disponível em <https://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr2/2023/mpu-inclui-pessoas-transgenero-no-sistema-de-cotas-dos-concursos-publicos-para-servidores-e-estagiarios>. Acesso em 07/11/2023.

MIRANDA, Shirley Aparecida de. **Diversidade e ações afirmativas: combatendo as desigualdades sociais.** Belo Horizonte: Grupo Autêntica, 2010. *E-book*. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788582178157/>. Acesso em 22/03/2024.

PANIZA, Maurício Donavan Rodrigues; MORESCO, Marcielly Cristina. À margem da gestão da diversidade? Travestis, transexuais e o mundo do trabalho. *In: Revista de Administração de Empresas*, v. 62, n. 3, 2022. Disponível em <https://doi.org/10.1590/S0034-759020220305>. Acesso em 03/11/2023.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *In: Cadernos de pesquisa*, n. 1, 2005, v. 35 p. 43-55.

PRADO, Marco Aurélio M.; FREITAS, Rafaela V. **Travestilidades em diálogo na pista acadêmica**. Belo Horizonte: Grupo Autêntica, 2022. *E-book*. ISBN 9786559280636. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559280636/>. Acesso em 05/11/2023.

QUINALHA, Renan. **Movimento LGBTI+: uma breve história do século XIX aos nossos dias**. (Coleção ensaios). Belo Horizonte: Grupo Autêntica, 2022. *E-book*. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559281671/>. Acesso 05/11/2023.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Eliane Vasconcelos. **O processo transexualizador no Sistema Único de Saúde**: 2022. 130 p. Tese, (doutorado) - Instituto Aggeu Magalhães, Fundação Oswaldo Cruz, Recife, 2022.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Sexta Turma estendeu proteção da Lei Maria da Penha para mulheres trans**. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/29012023-Sexta-Turma-estendeu-protacao-da-Lei-Maria-da-Penha-para-mulheres-trans.aspx#:~:text=No%20primeiro%20semestre%20de%202022,ou%20familiar%20contra%20mulheres%20transg%C3%AAAnero>. Acesso em 26/03/2024.

_____. **Decisões do STJ foram marco inicial de novas regras sobre alteração no registro civil de transgêneros**. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/29012023-Decisiones-do-STJ-foram-marco-inicial-de-novas-regras-sobre-alteracao-no-registro-civil-de-transgeneros.asp>. Acesso em 26/03/2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa**. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em 26/03/2024.

_____. **STF reconhece a transgêneros possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo**. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>. Acesso em 26/03/2024.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual: estudo sobre o transexualismo: aspectos médicos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

VALINHOS, Havolene. **Justiça suspende decisão da Marinha que declarou candidata trans inapta em concurso**. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 06 de jul. de 2022. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/07/justica-suspende-decisao-da-marinha-que-declarou-candidata-trans-inapta-em-concurso.shtml>. Acesso em 05/11/2023.

A FACE DA VIOLÊNCIA TRANSFÓBICA NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA DE PESSOAS TRANS E TRAVESTIS NO PAÍS QUE MAIS ASSASSINA PESSOAS TRANS NO MUNDO

Becca da Silva Carnavale¹

Eixo Temático: GT8: Direitos humanos e grupos sociais vulneráveis

RESUMO

Este artigo coloca em análise a violência experimentada por corpos trans e travestis, a partir de um conjunto de vieses históricos, filosóficos e a realidade brasileira. As reflexões do artigo nos possibilitam traçar uma elucidação do tipo de violência que faz do Brasil o país que mais assassina pessoas trans e travestis no mundo. A produção científica objetivou através da pesquisa bibliográfica doutrinária, com levantamento de dados teóricos e documentais, explicitar as formas de atuação do Estado brasileiro para conter a violência física, psicológica, sexual e de gênero a que estão submetidas este segmento populacional, além de demonstrar com base nos dados coletados a nível nacional, se estas formas de atuação perpetradas por parte do Estado brasileiro, estão sendo efetivas, através da implementação de políticas públicas de proteção social, tendo como objetivo promover a cidadania de corpos trans e travestis.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Trans. Travestis. Brasil. Cidadania

INTRODUÇÃO

O estudo trata sobre a violação dos direitos humanos e fundamentais de pessoas trans e travestis no Brasil, trazendo para discussão qual o papel a ser exercido pelo Estado brasileiro diante dessas violações. Vemos que, a discriminação e a violência perpetradas em desfavor da comunidade trans e travesti² atingem níveis preocupantes, em que esses atos materializam as violações de direitos humanos e fundamentais dessas sujeitas.

Segundo dados estáticos fornecidos pela Transgender Europe (2021), responsável pelo monitoramento de dados globalmente levantados por instituições de proteção aos

¹ Mestranda em política social pela Universidade Federal Fluminense (UFF), e-mail: ricarnavale@hotmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9232379199347570>.

² O termo “travesti”, neste estudo, tratado enquanto uma categoria social descreve pessoas cuja identidade de gênero difere daquela designada no nascimento. Enquanto alguns podem se identificar como mulheres, outros podem se identificar como uma expressão de gênero não estritamente masculina ou feminina. O conceito de “travesti” encapsula a diversidade, a resistência e os desafios enfrentados pelas pessoas cujas identidades e expressões de gênero não se enquadram nas normas binárias tradicionais.

direitos de pessoas LGBTQIAPN³, podemos observar que o Brasil segue liderando o ranking, sendo um dos países que mais matam pessoas trans e travestis no mundo inteiro. Os dados da ANTRA (associação nacional de travestis e transexuais do Brasil) apontam que só no ano de 2022 tivemos pelo menos 151 pessoas trans mortas, sendo 131 casos de assassinatos e 20 pessoas trans suicidadas.

Esses dados revelam uma realidade alarmante, mostrando que a violência contra pessoas trans e travestis no Brasil é uma questão grave e urgente. Essa violência é resultado de uma combinação complexa de fatores, incluindo a transfobia enraizada na sociedade, a falta de políticas públicas adequadas que enfrentem a violência transfóbica, e a marginalização histórica dessas comunidades. Esse ponto é de extrema importância para se pensar o papel que o Estado brasileiro deve exercer sobre esses dados, com a realização de ações políticas, sociais e jurídicas que garantam o livre exercício da cidadania desses corpos.

Diante disso, é importante contextualizar que a violência a qual atravessa a vivência das comunidades trans e travestis no cenário nacional, são crimes de assassinato motivados única e exclusivamente pela condição da vítima e pelo ódio do agressor ao que escapa da cishéteronormatividade⁴ socialmente aceita em nosso país, pois transcendem o âmbito dos crimes ordinários e atingem diretamente os princípios elencados em nossa Constituição que norteiam um Estado democrático de direito (Vecchiatti, 2018).

O ideário social que ainda permeia nossa sociedade é tradicional e conservador, onde muitas pessoas que praticam os discursos de ódio e violência naturalizam suas ações. Diante disso, esse cenário deve ser revertido, e para isso são, necessárias maiores ações

³ L: Lésbicas; G: Gays; B: Bissexuais; T: Trans e Travestis; Q: Queer ou Questionando (pode variar em significado dependendo do contexto); I: Intersexuais; A: Assexuais ou Aliados (pessoas que apoiam a comunidade LGBTQ+); P: Pansexuais; N: Não-binários. O símbolo "+" é adicionado para incluir identidades de gênero e orientações sexuais que podem não estar representadas nas letras iniciais, reconhecendo a diversidade e a evolução da linguagem e da compreensão das identidades de gênero e orientações sexuais.

⁴ "Cishéteronormatividade" é um termo que combina "cisnormatividade" e "heteronormatividade", descrevendo a presunção e a imposição cultural de que todas as pessoas são cisgênero (identificam-se com o gênero atribuído no nascimento) e heterossexuais. Esse conceito destaca a forma como a sociedade muitas vezes assume que a identidade de gênero de uma pessoa corresponde ao sexo atribuído no nascimento e que a orientação sexual "normal" é a heterossexualidade, marginalizando e invisibilizando outras identidades de gênero e orientações sexuais.

que ajudem no processo de reconhecimento de grupos sociais tidos como vulneráveis e minoritários em nossa sociedade.

O preconceito que atinge a população trans e travesti viola constantemente seus direitos já garantidos. Essas violações se materializam tanto no âmbito familiar quanto no âmbito social, institucional e profissional (Butler, 2015). Tais violações decorrem das práticas discriminantes e de crimes de ódio motivados por preconceito conforme ressaltado acima, que resulta na vulnerabilidade desse grupo, sendo a população trans e travesti potenciais vítimas de danos e violações de direitos humanos e fundamentais. (Vecchiatti, 2018).

A legislação brasileira, em teoria, respalda a liberdade, igualdade e direitos de todas as pessoas, incluindo a comunidade LGBTQIAPN+ como um todo. No entanto, é evidente que os direitos humanos e fundamentais, em todas as esferas, têm sido mitigados e violados diante da violência enfrentada pelas pessoas trans e travestis no cenário nacional (Agnoleti, 2010). Diante disso, é importante ressaltar que os princípios fundamentais da Constituição Federal, que garantem a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, à igualdade, à honra, à imagem, à vida privada e à felicidade, é inerente a todas as pessoas de forma universal, incluindo as pessoas trans e travestis e toda a comunidade LGBTQIAPN+ (Brasil, 2014). Portanto, é crucial que toda a comunidade LGBTQIAPN+ seja devidamente reconhecida em sua subjetividade para que seus direitos sejam respeitados e efetivados.

A discussão sobre o tema abordado neste estudo é fundamental, uma vez que levanta questionamentos sobre o papel que o Estado brasileiro deve destacar diante das aparências do direito à vida. Nesse contexto, o estudo busca responder à seguinte questão: por que as pessoas trans e travestis no Brasil têm seus direitos humanos e fundamentais desrespeitados? Além disso, busca-se apontar o papel do Estado diante daqueles expostos à Constituição Federal e aos Tratados de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário. Também se pretende demonstrar como a vulnerabilidade social enfrentada por esse grupo minoritário os expõe ainda mais à violência e hostilidade, resultando em constantes visíveis de direitos e proteções constitucionais.

1. DO MARGINALIZADO AO RECONHECIDO: A LUTA HISTÓRICA DAS TRAVESTIS POR DIREITOS DE CIDADANIA

Um corpo trans e ou travesti desafia as convenções tradicionais e costumeiras de gênero. “Dizer” e/ou “ler” a experiência das transgeneridades⁵ não é uma tarefa das mais fáceis. Acerca de problemáticas como essa, Mello (2019) pontua que “A transexualidade parece muito mais vinculada à ineficiência normativa do que ao exercício analítico comum de fixação de papéis sociais”.

A tentativa analítica de dominar o conhecimento da transexualidade corresponde ao que Bento (2006) chama de “dispositivo da transexualidade”, a guisa do que foi identificado por Foucault (2017) como “dispositivo da sexualidade”. Estes são, assim, conjuntos discursivos ou grandes narrativas construídas por ditos e não ditos acerca das sexualidades, com o objetivo de determinar o que deve ser inteligivelmente viável no que diz respeito à questão posta (Melo, 2019). Ou seja, são os dispositivos que definem o que deve ser socialmente aceito e inteligível.

Historicamente, em relação à transexualidade, esse dispositivo se compôs predominantemente por discursos médicos e psiquiátricos que se destinaram (e destinam-se) a determinar um caráter patológico para essas identidades, e a desenvolver seus possíveis tratamentos, apesar de já encontrarmos mudanças significativas em algumas determinações institucionais da saúde e outras que emanam do poder judiciário brasileiro.

No Brasil, um marco histórico foi alcançado com a atualização do CID-11 (Classificação Internacional de Doenças) pela Organização Mundial da Saúde (OMS), que retirou a transexualidade da lista de transtornos ansiosos. Essa importante mudança representa um avanço significativo na promoção da saúde mental e na luta pelos direitos humanos e igualdade de gênero no Brasil.

⁵ É um termo que engloba uma diversidade de experiências e identidades de gênero que vão além das normas tradicionais de gênero. Ele abrange pessoas cuja identidade de gênero difere daquela associada ao sexo atribuído no nascimento, incluindo, mas não se limitando a pessoas transgênero, travestis, não binárias e outras identidades de gênero não conformes. O termo destaca a variedade de experiências vividas por pessoas que se identificam de forma diferente das normas binárias de gênero, reconhecendo a complexidade e individualidade de suas identidades.

A classificação da transexualidade como um transtorno mental, presente nas versões anteriores do CID, representava e reforçava estigmas, preconceitos além de discriminar as pessoas trans e travestis, aceitando sua marginalização e exclusão social associando um caráter patológico a essas identidades dissidentes⁶. A visão patologizante sustentava a ideia equivocada de que o fato de a identidade de gênero de um sujeito não corresponder ao sexo atribuído no ato do nascimento, era um desvio ou doença a ser tratada, alimentando práticas terapêuticas prejudiciais como a "cura gay".

Essas abordagens, além de ineficazes, causavam e ainda causam na conjuntura atual, um sofrimento psicológico e físico, agravando os problemas de saúde mental e acentuando a marginalização e a vulnerabilidade de pessoas trans e travestis no cenário brasileiro.

Por outro lado, a despatologização da transexualidade pelo CID-11 não significa que os desafios estejam completamente superados. A identificação e o preconceito ainda persistem enraizados na sociedade brasileira, e a comunidade trans continua enfrentando obstáculos no acesso à educação, emprego, saúde, moradia, assistência social e entre outros. É fundamental que sejam adotadas ações afirmativas para combater a transfobia e garantir a igualdade de oportunidades para todas as pessoas, independentemente de sua identidade de gênero, orientação sexual e ou expressão de gênero.

Sendo assim, Pereira (2008) enfatiza que "a garantia dos direitos humanos da população trans e travesti é um dever do Estado e uma responsabilidade inegociável para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária". No entanto, o que observamos na realidade brasileira é que as transgeneridades enfrentam uma série de obstáculos ao exercício pleno de seus direitos mais básicos.

A indiferença e/ou estigmatização institucional por parte do Estado brasileiro, quando não notifica uma violência de gênero pela sua especificidade (Melo, 2019) e

⁶ "dissidência" refere-se à atitude ou ação de discordar ou se desviar de uma posição, ideologia ou grupo dominante. A dissidência pode ser vista como uma forma de resistência ou crítica às normas, valores e estruturas estabelecidas, podendo assumir várias formas, desde o desacordo individual até movimentos coletivos organizados que desafiam e questionam o status quo.

quando não coleta os dados acerca da existência desse segmento populacional num parâmetro nacional como o IBGE, por exemplo, muitas vezes não apunhala diretamente a carne desses agressores, mas cria e multiplica condições e mecanismos para que tantas barbáries e violências continuem sendo perpetuadas e pouco notificadas em sua real tipicidade de acordo com o texto presente no código penal.

A coleta de dados da população brasileira sobre identidade de gênero e orientação sexual é fundamental para a criação e implementação de políticas públicas que garantam o livre exercício da cidadania e que contribuam para a diminuição das desigualdades sociais, bem como as diferentes formas de estratificação social que atravessam a vivência das comunidades marginalizadas.

A ausência de dados específicos sobre a comunidade LGBTQIAPN+ de modo geral coopera para a perpetuação da discriminação e invisibilidade enfrentadas por esse grupo social, mantendo-o à margem da sociedade brasileira, sem desfrutar de uma gama de direitos civis e sociais que garantiriam a dignidade da pessoa humana, conforme elencada em nossa Constituição, a esses corpos dissidentes.

Sem números concretos, o Estado e a sociedade não são capazes de compreender a real dimensão dos desafios que a comunidade LGBTQIAPN+ enfrenta em áreas como saúde, educação, trabalho e moradia. Isso impede que as políticas públicas sejam de fato eficazes e amplas para atender as demandas desse grupo vulnerável.

A coleta de dados é um passo essencial para a formulação de políticas públicas, que sejam destinadas ao enfrentamento a violência homotransfóbica⁷ que assola o território nacional. Sem informações e dados concretos sobre as pertinentes demandas dessa população, o Estado não pode desenvolver de forma efetiva e abrangente, ações voltadas para a promoção da igualdade, combate à violência, garantia de direitos civis, sociais entre outras pautas relevantes ao grupo. Essa falta de dados prejudica a capacidade

⁷ Homotransfobia é um termo que se refere à aversão, discriminação, violência e preconceito direcionados a pessoas homossexuais, bissexuais, transgênero e outras identidades de gênero não conformes. Esse termo abrange a interseção da homofobia e da transfobia, reconhecendo que as experiências de discriminação e violência podem ser direcionadas a pessoas com diversas identidades de gênero e orientações sexuais não normativas.

do governo de adotar medidas assertivas para garantir a inclusão e o respeito à diversidade.

Resta necessário elucidar que, os direitos com os quais as políticas públicas se identificam, e devem concretizar, são os direitos sociais por terem como perspectiva a equidade e a justiça social (Pereira, 2008). Conforme afirma Potyara Pereira (2008), em seu texto “Discussões conceituais sobre política social como política pública e direito de cidadania” a política social deve agir como concretizadora de direitos, não podendo estar voltada para o atendimento de necessidades meramente biológicas.

Segundo ela, o ser humano, seja ele quem for, é um ser social e, como tal, é dotado de dimensões emocionais, cognitivas e de capacidade de aprendizagem e desenvolvimento, que devem ser consideradas pelas políticas públicas a serem implementadas. Nesse sentido, as políticas públicas devem ser sensíveis não apenas às necessidades materiais, mas também às dimensões emocionais e cognitivas dos indivíduos.

É fundamental reconhecer que, em meio a um cenário marcado pela violência e pela marginalização, as identidades trans e travestis persistem e resistem. Essa resistência se manifesta na existência e na luta política desses corpos, que reivindicam não apenas direitos básicos, mas também o reconhecimento de sua humanidade e dignidade através de uma demarcação política que objetiva assegurar condições dignas de vida para si mesmas, desafiando normas sociais opressivas e lutando por reconhecimento, respeito e direitos iguais.

A resistência das comunidades trans e travestis não apenas fortalece esses grupos, mas também evidencia a urgência de mudanças estruturais na sociedade para garantir a inclusão e a igualdade para todas as pessoas, independentemente de sua identidade de gênero. O debate em torno das transgeneridades no Brasil, que hoje é mais amplamente discutido, demanda uma análise histórica para compreender o caminho percorrido até alcançar esse nível de visibilidade.

2. LUTANDO CONTRA O APAGAMENTO: O PAPEL HISTÓRICO DAS TRAVESTIS

No decorrer da história, as travestis têm desempenhado um papel fundamental na luta por visibilidade, reconhecimento e direitos. No entanto, muitas vezes sua contribuição é apagada ou negligenciada nos relatos históricos dominantes. Este capítulo tem como objetivo resgatar e valorizar a história das travestis, destacando sua resistência, suas conquistas e seu impacto nas lutas sociais. Ao longo das páginas seguintes, exploraremos como as travestis têm sido agentes ativas na transformação social, desafiando normas de gênero, enfrentando a marginalização e abrindo caminhos para uma maior inclusão e respeito à diversidade de identidades de gênero.

Existem registros de que grupos liderados por travestis e transexuais já se organizavam no Brasil em meados dos anos 70, principalmente em resposta à perseguição e violência policial a que sempre estiveram submetidas (Souza, 2023). Casas de acolhimento lideradas por mulheres trans e travestis, como Brenda Lee em 1980, ganham espaço no enfrentamento às inúmeras dificuldades, incluindo a falta de acesso a oportunidades de educação e trabalho, bem como a exposição à violência física e verbal a que estavam e estão expostas na sociedade brasileira.

Vale a pena ressaltar, a importância da figura de Roberta Close no ano de 1981, modelo, travesti e dona de uma beleza estonteante. No imaginário social e conservador da época, as identidades trans e travestis aproximavam-se da vulnerabilidade e marginalidade social e, contraditoriamente, Roberta surgia como modelo midiática de sensualidade e fama. A presença e o protagonismo de Roberta colocam em cena nacional o debate sobre o tema da transexualidade no Brasil (Souza, 2023). Roberta foi capa da revista playboy no ano de 1990 na edição de número 176 do mês de março.

Essa representatividade e visibilidade geraram impacto significativo, contribuindo para a desconstrução de estereótipos e preconceitos em relação às pessoas trans e travestis, além de abrir espaço para discussões mais amplas sobre identidade de gênero e diversidade sexual na sociedade brasileira.

No entanto, apesar dos avanços, é importante destacar que o fascínio misturado com a rejeição violenta tem sido resposta recorrente na relação da sociedade brasileira com corpos trans e travestis. Essa dualidade de sentimentos reflete a complexidade das percepções e atitudes em relação à diversidade de gênero e sexualidade, mostrando que, apesar dos avanços, ainda há um longo caminho a percorrer na luta por igualdade e respeito para todas as pessoas, independentemente de sua identidade de gênero.

De acordo com o relatório publicado no ano de 2018 pela Pornhub, a busca mundial por pornografia trans aumentou 167% entre homens e mais de 200% entre visitantes acima dos 45 anos, elevando o Brasil como um dos países que mais consomem pornografia transexual no mundo (Benevides, 2023). Ao mesmo tempo, de acordo com os dados nacionais coletados pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Benevides, 2023), o Brasil segue pelo 14º ano consecutivo liderando o ranking dos países que mais matam as pessoas desse grupo social. Só no ano de 2022 foram 151 vítimas assassinadas em território brasileiro (Benevides, 2023).

Diante disso, a importância do debate sobre identidade e diversidade de gênero nos demais espaços sociais e governança é fundamental para a promoção da cidadania e de políticas públicas que garantam a igualdade, o respeito aos direitos humanos e a inclusão de todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero.

Esse debate é essencial para construir uma sociedade mais justa e equitativa. A falta de um arcabouço jurídico sólido e representatividade adequada no legislativo por pessoas trans e travestis no Brasil, também é um fator que sem dúvida dificulta a implementação de políticas públicas voltadas para essa comunidade. A ausência de leis e normas específicas para proteger os direitos e garantir a igualdade de tratamento pode levar a uma maior exposição à vulnerabilidade e deficiência sistemática e constante.

A representatividade no legislativo é fundamental para que as vozes e as demandas das pessoas trans e travestis sejam ouvidas e defendidas. Quando a diversidade é sub-representada nos campos legislativos, as pautas relacionadas à igualdade de gênero,

orientação sexual e identidade de gênero podem não receber atenção necessária para o progresso.

No entanto, é importante ressaltar que a implementação de políticas públicas efetivamente não depende apenas da representatividade e do arcabouço jurídico, mas também da vontade política e do engajamento da sociedade civil. O diálogo e a conscientização são fundamentais para superar preconceitos e resistências, que podem existir em relação a questões relacionadas à diversidade sexual e de gênero.

A promoção de leis específicas e a eleição de representantes comprometidos com a igualdade e a inclusão são passos essenciais para avançar na construção de uma sociedade mais justa e igualitária para todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. No entanto, apesar dos avanços legislativos e da crescente conscientização sobre os direitos das pessoas trans e travestis, o Brasil ainda enfrenta desafios significativos em relação à proteção e promoção social desses corpos.

A violência, a discriminação e a marginalização continuam sendo realidades enfrentadas por muitas pessoas trans e travestis no país, evidenciando a necessidade urgente de políticas públicas eficazes e de um compromisso efetivo do Estado brasileiro em garantir a igualdade e a dignidade para essa comunidade. Nesse contexto, é fundamental analisar os desafios e as conquistas do Estado brasileiro como agente de proteção e promoção social para corpos trans e travestis, visando identificar lacunas e oportunidades de melhoria para garantir o pleno exercício dos direitos humanos dessa população.

3. DESAFIOS E CONQUISTAS: O ESTADO BRASILEIRO COMO AGENTE DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO SOCIAL A CORPOS TRANS E TRAVESTIS

O Brasil, historicamente, enfrenta desafios significativos em relação à proteção e promoção social de corpos trans e travestis. A discriminação e a violência contra essa população são realidades presentes em diversos contextos sociais e institucionais, refletindo a falta de políticas públicas eficazes e o preconceito enraizado na sociedade. No entanto, apesar desses desafios, também é possível identificar conquistas importantes

que têm contribuído para a garantia dos direitos e a promoção da dignidade dessas sujeitas.

Neste tópico, exploraremos os principais desafios enfrentados pelo Estado brasileiro na promoção da proteção e dos direitos das pessoas trans e travestis, bem como as conquistas já alcançadas e as perspectivas futuras para a construção de uma sociedade mais inclusiva e justa.

Um dos principais desafios enfrentados pelo Estado brasileiro é a violência e a discriminação contra pessoas trans e travestis. Relatos de agressões físicas, verbais e psicológicas são frequentes, demonstrando a vulnerabilidade dessa população. De acordo com os dados fornecidos pela ANTRA (associação nacional de travestis e transexuais do Brasil), apenas 0.2% da população trans e travesti conseguem acessar o ensino superior, além de 90% ainda dependerem da prostituição como principal fonte de renda.

A falta de políticas públicas efetivas e abrangentes para combater não só a violência física, mas também a violência institucional que parte das entidades que compõem o Estado brasileiro, revela-se como um obstáculo significativo à promoção da inclusão social e ao combate às desigualdades. A ausência de medidas concretas para enfrentar a discriminação e a violência contra pessoas trans e travestis, por exemplo, contribui para a marginalização e exclusão desses grupos, reforçando a vulnerabilidade e perpetuando um ciclo de violações de direitos humanos e fundamentais.

Superar essa barreira requer não apenas a implementação de políticas de combate à violência, mas também a criação de estruturas inclusivas e acessíveis, que garantam a participação ativa e igualdade de oportunidades para todos os cidadãos, independentemente de sua identidade de gênero.

Nesse contexto, a falta de reconhecimento de suas identidades de gênero e a negação de seus direitos básicos contribuem para a exclusão social e a falta de acesso a serviços essenciais, como saúde, educação, moradia e segurança pública. A ausência de políticas inclusivas que considerem a diversidade de identidades de gênero e promovam a igualdade de oportunidades para todas as pessoas, perpetua um ciclo de marginalização

e violência. A falta de representatividade política e social também é um fator que perpetua essa invisibilidade, dificultando a criação de políticas públicas mais inclusivas e eficazes.

Apesar desses desafios, é possível identificar conquistas importantes na proteção e promoção social de corpos trans e travestis no Brasil. Nos últimos anos, houve avanços significativos na legislação brasileira em relação aos direitos dessa população. A Lei de Identidade de Gênero e a criminalização da homotransfobia em 2019 pelo Supremo Tribunal Federal são exemplos de conquistas importantes que têm contribuído para a garantia dos direitos e a promoção da dignidade das pessoas trans e travestis.

Além disso, a implementação de políticas públicas específicas para a promoção da igualdade de gênero e o combate à homotransfobia como o Programa “Rio sem LGBTIFOBIA”, por exemplo, que oferece atendimento jurídico, psicológico e assistência básica à comunidade LGBTQIAPN+ como um todo, tem sido um passo importante na garantia dos direitos dessa população. Programas de saúde e assistência social voltados para pessoas trans e travestis têm contribuído para a sua inclusão e bem-estar.

Em suma, o Estado brasileiro ainda enfrenta desafios significativos na proteção e promoção social de corpos trans e travestis. A violência, a discriminação e a invisibilidade continuam sendo realidades presentes na vida dessas pessoas. No entanto, é importante reconhecer as conquistas alcançadas até o momento e continuar lutando por políticas públicas mais inclusivas e eficazes que garantam a igualdade e a dignidade para todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise realizada, é possível concluir que os direitos humanos e fundamentais das pessoas trans e travestis no Brasil são desrespeitados devido a uma série de fatores interligados. A persistência da transfobia, enraizada na sociedade e muitas vezes incentivada por discursos e práticas discriminatórias, é um dos principais motivos. A falta de políticas públicas eficazes que garantam a proteção e a inclusão dessa população também contribui significativamente para a violação de seus direitos.

O papel do Estado é fundamental nesse cenário, devendo agir de forma a assegurar que todos os cidadãos, independentemente de sua identidade de gênero, sejam respeitados e tenham seus direitos protegidos conforme preconizado pela Constituição Federal e pelos Tratados de Direitos Humanos nos quais o Brasil é signatário. É urgente, portanto, que sejam implementadas medidas concretas para combater a discriminação, promover a igualdade e garantir a plena cidadania das pessoas trans e travestis, visando assim uma sociedade mais justa, inclusiva e respeitosa com a diversidade de identidades de gênero.

Para além das reflexões aqui apresentadas, é crucial destacar a importância da continuidade deste estudo. A complexidade e a gravidade das violações de direitos enfrentadas pelas pessoas trans e travestis no Brasil exigem uma análise contínua e aprofundada. É fundamental que novas pesquisas se debrucem sobre as causas estruturais da violência e discriminação enfrentadas por essa população, bem como sobre as possíveis soluções e estratégias para promover uma sociedade mais justa e inclusiva.

REFERÊNCIAS

BENEVIDES, Bruna G. Dossiê. assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022/Bruna G. **Benevides. ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais) –Brasília, DF: Distrito Drag, 2023.** Disponível em <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2023/01/dossieantra2023.pdf>. Acesso em 10/07/2023.

BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual.** Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

_____. **Transviad@s: gênero, sexualidade e direitos humanos.** EdUFBA, 2017. Disponível em <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/26037/1/Transviadas-BereniceBento-2017-EDUFBA.pdf>. Acesso em 22/07/2023.

BRASIL. [Constituição (1998)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. 54.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. **Governo federal não teve políticas públicas voltadas para a população LGBTQIAP+ entre 2018 e 2021:** TCU atendeu pedido do Congresso Nacional para avaliar planos, programas e ações federais destinados à defesa e promoção da população LGBTQIAP+. Brasília: TCU, 30 mar. 2023. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/governo-federal-nao-teve-politicas-publicas-voltadas-para-a-populacao-lgbtqiap-entre-2018-e->

[2021.htm#:~:text=Auditoria%20do%20TCU%20analizou%20programas,p%C3%BAbli co%20entre%202018%20e%202021](#). Acesso em 25/07/2023.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 6, p. 773-794, 2020. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rinc/a/JsrYZ4CfJsDSRntd3L6BpHj/>. Acesso em 20/07/2023.

CORREIA, Mariana. **Erika Hilton e a resistência travestigênera no poder**. Disponível em <https://racismoambiental.net.br/2022/01/28/erika-hilton-e-a-resistencia-transvestigenere-no-poder/>. Acesso em 10/07/2022.

CRUZ, D.U. Políticas sociais e agenda conservadora do Governo Bolsonaro: desdemocratização e degradação política. In ZIMMERMANN, C. & CRUZ, D.U. (Ed.). **Políticas sociais no Governo Bolsonaro: entre descasos, retrocessos e desmontes**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO; Salvador: Pinaúna, 2022. Disponível em <https://alacip.org/wp-content/uploads/2022/04/ZIMMERMAN-UZEDA.-As-politicas-sociais-do-governo-Bolsonaro.pdf>. Acesso em 18/07/2023.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 1: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

HELIODORO, Giovanna. **Você conhece a história de Xica Manicongo?** Considerada a primeira travesti do Brasil, Xica é símbolo de resistência e luta para a comunidade LGBTQIA+. Disponível em <https://buzzfeed.com.br/post/voce-conhece-a-historia-de-xica-manicongo>. Acesso em 12/07/2022.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre a população transgênero: conceitos e termos**. ufg.br, 2012. Disponível em https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf?1334065989. Acesso em 12/07/2022.

_____. **Xica Manicongo: a transgeneridade toma a palavra**. **Revista docência e cibercultura**, v.3, n. 1, p. 250-260, 2019. Disponível em <https://doi.org/10.12957/redoc.2019.41817>. Acesso em 10/07/2022.

MELEU, Marcelino *et al.* A concretização dos direitos dos direitos fundamentais da comunidade LGBTQIA+ pela aplicação da teoria do reconhecimento de Axel Honneth. **Confluências| Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, v. 24, n. 1, p. 14-32, 2022. Disponível em <https://periodicos.uff.br/confluencias/article/view/53626>. Acesso em 11/07/2023.

MELO, George Souza. O caso de Dandara dos Santos: sobre a violência e o corpo dissidente. **Revista Periódicus**, [S. l.], v. 1, n. 10, p. 72–84, 2018. Disponível em <https://periodicos.ufba.br/index.php/revistaperiodicus/article/view/27751>. Acesso em 20/07/2022.

MELLO, Luiz; BRITO, Walderes; MAROJA, Daniela. Políticas públicas para a população LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades. **Cadernos pagu**, p. 403-429, 2012. Disponível em <https://www.scielo.br/j/cpa/a/YQWsxYVRgFgWsW9c5w8mnw/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 11/07/2023.

MELLO, Luiz; AVELAR, Rezende Bruno de; MAROJÁ, Daniela. Por onde andam as políticas públicas para a população LGBT no Brasil. **Sociedade e Estado**, v. 27, p. 289-312, 2012. Disponível em <https://www.scielo.br/j/se/a/xZP7MNQxfysrJX53QTdcXsD/>. Acesso em 15/07/2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Luiza Cupertino Xavier da; ALVES, Cathia; ISAYAMA, Hélder Ferreira. As políticas públicas e as pautas LGBT+ no Brasil: o lugar do lazer. **Corpoconsciência**, v. 25, n. 3, p. 206-221, set./ dez., 2021.

SILVA, Juvêncio Borges; DE ALMEIDA FARIA, Lucas Melchior. O conceito de liberdade substantiva de Amartya Sen como condição de possibilidade de concreção da cidadania. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 01-18, 2023. Disponível em <https://indexlaw.org/index.php/revistadspp/article/view/9102>. Acesso em 20/07/2023.

SOUZA, Cristiane Prudenciano. **Travestis e Transexuais no Brasil: Memórias de Luta e Resistência / Travestis**. 2023. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/369057530_Travestis_e_Transexuais_no_Brasil_Memorias_de_Luta_e_Resistencia. Acesso em 10/07/2022.

SUESS, Aimar. Análisis del panorama discursivo alrededor de la despatologización trans: procesos de transformación de los marcos interpretativos en diferentes campos sociales. In: MISSÉ, Miquel; COLL-PLANAS, Gerard (ed.). **El género desordenado – críticas en torno a la patologización de la transexualidad**. Barcelona-Madrid: Egales, 2010.

PEREIRA, Potyara Amazoneida P. Discussões conceituais sobre política social como política pública e de direito de cidadania. In: BOSCHETTI, I. (Org.). **Política social no capitalismo: tendências contemporâneas**. São Paulo: Cortez, 2008. Disponível em

http://www.ser.puc-rio.br/3_PEREIRA.pdf. Acesso em 18/07/2023.

PEREIRA, Camila Potyara. Aula Aberta: **Desproteção antissocial: a proteção social no capitalismo neodireitista**. Youtube, 13 ago. 2021. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=TVXcB9MofTs>. Acesso em 25/07/2023.

PIRES, Barbara Gomes; LAURENTINO, Arnaldo Cezar; SILVA, Cláudio Nascimento (org.). **ALIANÇA NACIONAL LGBTI+ Relatório Final da Pesquisa de Mapeamento do Projeto Observatório de Políticas Públicas LGBTI+ no Estado do Rio de Janeiro**/Aliança Nacional LGBTI+ & Grupo Arco-Íris de Cidadania LGBT, 2021. 192p. Disponível em <https://aliancagbti.org.br/wp-content/uploads/2021/06/Ebook-Relatorio-Pesquisa-Observatorio.pdf>. Acesso em 17/07/2023.

WOLFART, Graziela; KLEY, Rafaela; MAGALHÃES, Thamiris. Cidadania: caminho para a concretização das igualdades sociais. Direito à cidadania. A política social brasileira em debate. **IHU on-line**, São Leopoldo, v. 373, p. 1-44, 2011. Disponível em <https://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao373.pdf> . Acesso em 22/07/2023.

ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS: ANÁLISE DO ARTIGO 507-A DA CLT À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Larissa Xavier Vieira¹

Cláudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho²

Gésner Lopes Ferraz Silva³

Eixo Temático: GT9: Direitos Sociais e Direito do Trabalho

RESUMO

O presente artigo se propõe analisar a arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas à luz do princípio da proteção. Os objetivos da pesquisa visam investigar os critérios para adoção da arbitragem aos dissídios individuais, analisar a manifestação de vontade do trabalhador na assinatura do contrato da cláusula compromissória arbitral e, por fim, estudar a disponibilidade dos direitos trabalhistas e a natureza jurídica desses direitos. Para desenvolvimento da investigação, utilizou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo e como método de procedimento a pesquisa bibliográfica, a partir da leitura de autores que discutem o tema da presente pesquisa. Conclui-se, pela indisponibilidade dos direitos sociais trabalhistas e a necessidade de averiguar os interesses protegidos pela adoção dessa possibilidade de resolução de conflito nos dissídios individuais.

Palavras-chave: Arbitragem. Proteção. Vulnerabilidade.

INTRODUÇÃO

Com a reforma trabalhista, foi inserido na CLT o artigo 507-A, que permite a resolução de dissídios individuais, ou seja, aqueles entre empregador e empregado,

¹ Advogada. Mestra em Direito pela UniFG/BA. Especialista em Relações Sociais e Novos Direitos pela UESB/BA. Especialista em Direito Público pela Legale, Especialista em Direito e Prática Trabalhista e previdenciária pela Fasu/Unigrad. Pesquisadora no Centro de Investigação Baiano sobre Direito, Educação e Políticas Públicas (CIDEP) vinculado ao PPGD/UniFG/BA. Pesquisadora no Núcleo de Estudos e Pesquisas em Prisões, Violência e Direitos Humanos (NEPP) vinculado à UESB/BA, larixvieira2@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/3496797829840859>.

² Advogado. Pós-Doutor em Direito pela Universidade Nova de Lisboa (Portugal). Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (Espanha). Doutor em Direito Público e Evolução Social pela UNESA/RJ. Mestre em Direito Público pela UNESA/RJ. Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da UniFG/BA. Coordenador do Centro de Investigação Baiano sobre Direito, Educação e Políticas Públicas (CIDEP) vinculado ao PPGD/UniFG/BA. Vice-presidente da Ethical & Compliance International Institute sediada em Portugal. Presidente da Comissão de Direito à Educação da OAB/RJ. Professor Visitante do Curso de Mestrado da Universidade Autónoma de Lisboa (UAL). Pesquisador Integrado do Centro de Investigação Ratio Legis vinculado à Universidade Autónoma de Lisboa, professorclaudiocarneiro@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/5728294395538567>.

³ Advogado. Mestre em Direito Público pela UNESA/RJ; Especialista em Direito Processual Civil pela FTC; Professor na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia e da Fainor. Email: gesner.ferraz@uesb.edu.br, <http://lattes.cnpq.br/6389466193139327>.

através do uso da arbitragem, desde que cumpridos dois requisitos: o empregado receba duas vezes o limite do teto da previdência e que, por iniciativa dele ou mediante a sua concordância expressa, seja pactuada a cláusula compromissória arbitral.

Desse modo, tendo em vista a novidade legislativa que possibilita a aplicação da arbitragem aos dissídios individuais trabalhistas como mecanismo de resolução de conflitos, bem como a necessidade de entender o instituto, visto que surge como via à solução de conflitos alternativa ao judiciário, propondo-se a tornar mais célere e mais eficiente a resolução e o atendimento das demandas trabalhistas, faz-se necessário questionar, sobretudo, se os critérios estabelecidos no artigo 507-A da CLT, para que seja possível a solução dos dissídios individuais trabalhistas por meio da arbitragem, são suficientes para a proteção jurídica do empregado.

O questionamento da presente pesquisa se justifica, haja vista que os requisitos subsistem em critérios que questionam princípios basilares do direito trabalhista. Isto porque o trabalhador sempre foi considerado, na relação, como parte vulnerável, merecendo proteção por encontrar-se em situação de desequilíbrio jurídico com o empregador.

Questiona-se, como ponto de reflexão da presente pesquisa, o fato de caber ao trabalhador, no momento da contratação, manifestar iniciativa pela pactuação da cláusula arbitral ou sua expressa anuência. O momento, então, para que seja acordado que, ao fim do contrato de trabalho, caso haja controvérsias, o meio para solucioná-las será através da arbitragem, seria na contratação, de modo que é posto outro princípio trabalhista, o da manifestação de vontade viciada, que protege o trabalhador dos vícios na hora da contratação, considerando que, neste momento, pela fragilidade jurídica e material ao qual está submetido, pode aceitar propostas que o coloquem em situação de desvantagem.

Assim, a presente investigação tem por objeto de estudo da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas, estabelecendo enquanto problema de pesquisa no seguinte questionamento: Os requisitos elencados no artigo 507-A da *CLT*, são suficientes para proporcionar a adequada proteção jurídica ao empregado?

Ainda, busca-se analisar a aplicação da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas, com enfoque nos critérios estabelecidos pelo artigo 507-A da *CLT*, e o

impacto que ocasiona na justiça laboral, sobretudo, na proteção jurídica do trabalhador. Dessa maneira, a pesquisa tem como intuítos específicos: *i)* Investigar os critérios para adoção da arbitragem aos dissídios individuais; *ii)* Analisar a manifestação de vontade do trabalhador na assinatura do contrato de trabalho e, conseqüentemente, no momento da anuência da cláusula compromissória arbitral; *iii)* Estudar a disponibilidade dos direitos trabalhistas e a natureza jurídica desses direitos.

Para o desenvolvimento da investigação que deu origem ao artigo, utilizou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo e como método de procedimento a pesquisa bibliográfica, a partir da leitura de autores que discutem a temática.

1. DIREITO DO TRABALHO E A ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

O Direito do trabalho é o ramo do direito que se preocupa com as relações jurídicas estabelecidas em decorrência do trabalho. Amauri Mascaro Nascimento (1998) assim o define: “direito do trabalho é o ramo da ciência do direito que tem por objeto normas jurídicas que disciplinam as relações de trabalho subordinado, determinam os seus sujeitos e as organizações destinadas à proteção desse trabalho, em estrutura e atividade”.

De acordo com Correia (2019), a Lei nº 13.467/2017, conhecida por Reforma Trabalhista, introduziu diversas modificações na legislação laboral, sob o argumento de que a atualização da CLT tinha por escopo criar novos empregos e diminuir custos.

Dentre as diversas alterações trazidas pela popularmente conhecida Reforma Trabalhista, a admissão expressa proporcionada pelo *Artigo 507-A da Consolidação das Leis do Trabalho de solução de dissídios individuais por meio da arbitragem*.

Diante disso, a presente pesquisa se propõe a analisar a possibilidade de resolução dos dissídios individuais trabalhistas por meio da arbitragem, com enfoque nos critérios estabelecidos pelo artigo 507-A da CLT e o impacto que a aceitação desse instituto nos dissídios individuais ocasiona na justiça laboral, e principalmente, na proteção jurídica destinada ao trabalhador.

Impende destacar que, na justiça trabalhista, existem dois tipos de conflito. O dissídio individual, entre empregado e empregador, e os dissídios coletivos, entre

sindicatos e ser coletivo ou entre sindicatos e empregador. A distinção das formas de conflitos no âmbito trabalhista torna-se importante, principalmente, no estudo do uso da arbitragem como meio de solução de conflitos na justiça do trabalho, pois a possibilidade de aplicá-la aos dissídios individuais é uma modificação recente, enquanto nos dissídios coletivos o uso desse mecanismo de solução de conflitos está previsto na *Constituição da República Federativa do Brasil* desde 1988, conforme vejamos:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
 § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros
 § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente (...).

Tendo em vista que a possibilidade do uso da arbitragem nos dissídios coletivos foi constitucionalizada e não suscita divergências quanto a sua aplicabilidade, sendo ponto pacífico na área (Molinari, 2019), a presente investigação se concentra no estudo da arbitragem nos dissídios individuais.

Desse modo, tendo em vista a atualidade do tema, bem como a inexistência de um posicionamento único quanto a questão, tanto doutrinário, quanto jurisprudencial, torna-se essencial que se busque compreender melhor a respeito do tema, para que a justiça do trabalho possa desempenhar o seu papel de proteção das relações trabalhistas, ao mesmo tempo em que acompanha as transformações sociais ocorridas na sociedade contemporânea.

2. ARBITRAGEM COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

De acordo com Scavone Junior, “a arbitragem é um dos meios mais antigos de composição de conflitos por heterocomposição, ou seja, a solução de conflitos por um terceiro imparcial” (Scavone Junior, 2014).

Assim deve-se esclarecer que a arbitragem, tal como a jurisdição, é forma heterônoma de solução de conflitos, no qual um terceiro deverá ser chamado para solucionar o conflito entre as partes. A diferença, no entanto, entre a jurisdição e a

arbitragem, ocorre porque, na jurisdição, o terceiro é escolhido em decorrência da lei, enquanto na arbitragem o terceiro é escolhido por vontade das partes (Pieroni, 2018).

De acordo com Neves (2018), além de escolherem o terceiro, a decisão prolatada por ele é impositiva, independendo da vontade das partes. Além disso, a sentença arbitral não necessita de homologação por juiz e faz coisa julgada material, impossibilitando o poder judiciário de reavaliar a questão, limitando-se a revisão a vícios formais da arbitragem e/ou da sentença arbitral (Brasil, 1996).

No que toca a arbitragem, deve-se ressaltar que seu uso seria em decorrência de sua especialização, rapidez, irrecorribilidade, informalidade e confidencialidade, se aplicando a direitos patrimoniais disponíveis, conforme artigo 1º da Lei de Arbitragem.

No mais, ainda é importante, para melhor compreensão acerca do uso do mecanismo aos dissídios individuais trabalhistas, compreender a diferença entre cláusula compromissória arbitral e compromisso arbitral. Isso porque o momento em que cada um é assinado impacta efetivamente na possibilidade de aplicação nos conflitos individuais trabalhistas.

A cláusula compromissória arbitral é assinada pelas partes antes que o conflito venha a acontecer, momento em que elas estipulam que, caso haja divergências quanto aos direitos trabalhistas, as partes não irão ao Poder judiciário para solucionar o conflito, mas o resolverão através da arbitragem. Já por compromisso arbitral, as partes pactuam pela arbitragem após surgimento do conflito (Pieroni, 2018).

Essa diferenciação se faz necessária, pois, se considerar a vulnerabilidade do trabalhador antes da assinatura do contrato, não seria possível a cláusula arbitral nos dissídios individuais, sem qualquer óbice, no entanto, que ela fosse convencionada após o encerramento do vínculo, conforme lição de Scanove Junior (2010 apud Molinari).

3. ANÁLISE DO ARTIGO 507-A DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

Tendo em vista a definição de arbitragem, faz-se necessário o estudo do Artigo 507 – A da CLT que permite expressamente a possibilidade de se utilizar a arbitragem para solucionar dissídios individuais, ou seja, conflitos entre empregador e empregado,

desde que, o empregado receba duas vezes o limite máximo dos benefícios previdenciários, ou seja, renda superior a R\$15.572,04, considerando o valor do teto no ano de 2024, contando que a opção pelo uso da arbitragem tenha se dado por iniciativa do trabalhador ou através de sua concordância expressa:

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. (grifos nossos) (Consolidação das Leis do Trabalho).

De acordo com Relatório do Projeto de Lei n. 6787/2016, um dos objetivos pretendidos com a Reforma foi reduzir a quantidade de ações ajuizadas na Justiça do Trabalho, sendo a arbitragem escolhida como um dos caminhos. Ainda segundo o mencionado relatório, buscou restringir o uso indiscriminado da arbitragem a todos os empregados, vez que a arbitragem se fundamenta na equivalência das partes e há, no direito do trabalho, a hipossuficiência do trabalhador. À vista disso, estabeleceu que apenas os empregados cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, além de que, a assinatura cláusula compromissória de arbitragem dependerá de iniciativa do empregado ou, ao menos, de sua concordância expressa.

Reporta-se, que antes da Reforma Trabalhista, não havia um consenso sobre a aplicabilidade da arbitragem aos dissídios individuais e, conforme Brandão (2018), em pesquisa sobre o tema, após análise de decisões judiciais proferidas no TRT-5 Região, destacou que as decisões pela inaplicabilidade aos dissídios individuais se fundamentavam nos seguintes aspectos:

“hipossuficiência do trabalhador no contexto da relação jurídica entre empregado e empregador; irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, ante a sua natureza alimentar; limitação da aplicação do instituto da arbitragem no âmbito do Direito do Trabalho tão somente aos conflitos coletivos, conforme previsão do art. 114, § 1º da CRFB/88; limitação ao direito de acesso à justiça e ao princípio fundamental da inafastabilidade da apreciação judicial”¹⁶ (grifo nosso).

Segundo o legislador, no entanto,

“não se pode admitir que um trabalhador com graduação em ensino superior e salário acima da média remuneratória da grande maioria da população seja tratado como alguém vulnerável, que necessite de proteção do Estado ou de tutela sindical para negociar seus direitos trabalhistas”.

À vista disso, cabe analisarmos de modo mais detalhado cada um dos requisitos estabelecidos no artigo 507-A como condição para uso da arbitragem para solucionar controvérsias que surjam em vista do contrato individual do trabalho, fazendo-o sob a análise crítica, à luz do princípio da proteção, da manifestação de vontade do empregado e da possibilidade de renúncia de direitos trabalhistas, diante da opção pela arbitragem.

4. REQUISITO ECONÔMICO E A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL

No que se refere aos critérios para a aplicação da arbitragem aos dissídios individuais, cabe análise de modo detalhado sobre cada um.

Aplica-se inicialmente um critério de natureza remuneratório, qual seja: “remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social”.

O empregado que recebe, atualmente, duas vezes o teto dos benefícios do Regime Geral de previdência, deve receber uma remuneração superior a doze mil reais. De acordo com Relatório do Projeto de Lei n. 6787/2016, apenas 2% dos empregados recebem acima desse valor.

De acordo com Correia, no entanto, a existência desse empregado é uma contradição ao artigo 3º da CLT, tendo em vista que é vedado tratamento diferenciado ao empregado em virtude de sexo, cor ou qualificação. Ademais, a legislação deve ser aplicada de forma igualitária aos empregados. A possibilidade expressa de utilização da arbitragem apenas se cumprido os requisitos do artigo 507-A da CLT deixa claro que há um tratamento diferenciado entre os trabalhadores.

Cumpra-se recordar que a legislação deve ser aplicada de forma igualitária entre os empregadores e, embora, presuma-se que o trabalhador que receba duas vezes o limite máximo da CLT possuía maior qualificação e conseqüentemente, melhor condição de

conhecer os seus direitos, lembra Correia, “a subordinação é intrínseca ao vínculo de emprego” (Correia, 2019, p. 190).

Nesse sentido, ainda tomando por base a proteção, lembra o professor José Cairo Junior que “o direito do trabalho procura proteger o empregado contra o desejo insaciável de lucro do empresário” (Correia, 2019, p. 190).

Para além do critério remuneratório, cabe analisar a problemática que envolve a assinatura da cláusula compromissória arbitral. Conforme dito, a cláusula compromissória arbitral deverá ser assinada antes que exista o conflito, segundo o artigo 507-A, que deverá ser pactuada por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa.

Segundo José Cairo Junior (Cairo Junior, 2014), o direito do trabalho tem como pilar um princípio protecionista, tendo em vista a posição de superioridade jurídica do empregador. Em vista disso, há sempre uma presunção de vício na manifestação da vontade do empregado quando este convencionou com o patrão condições de trabalho menos benéficas do que aquelas instituídas pela norma Estatal.

Ainda segundo o autor, permitir que o empregado possa renunciar aos direitos mínimos estabelecidos pela lei implicaria o próprio fim do direito do trabalho, já que a admissão do empregado estaria condicionada à sua manifestação nesse sentido. Assim conclui que

a renúncia não é permitida na fase de formação e de execução do contrato de trabalho, porque nessas oportunidades o empregado encontra-se submetido ao poder de comando e direção do empregador, presumindo-se viciada a sua manifestação de vontade quando aceita reduzir ou eliminar direitos garantidos por lei (Cairo Junior, 2019).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreende-se que o legislador, ao elencar os critérios, buscou flexibilizar a presunção de vulnerabilidade do empregado, ao admitir que, em casos que os trabalhadores tenham alta remuneração, eles poderiam negociar com o empregador sem vislumbrar qualquer desvantagem nessa relação jurídica.

Ocorre que, ao sugerir que trabalhadores de alta remuneração possuem paridade com o empregador, o legislador selecionou um critério muito frágil, incapaz de superar a subordinação jurídica do empregado em relação ao empregador e, conseqüentemente, capaz de transpor a necessidade de proteção a este empregado.

Recorda-se que a assinatura da cláusula arbitral deve ser assinada antes do conflito, desse modo, por concordância ou iniciativa do trabalhador, deve ser assinado antes do início do contrato de trabalho. Ora, no momento da assinatura do contrato o empregado, para que possa conseguir o emprego, principalmente, considerando o alto índice de desemprego que assola o país, aceita, mesmo que este possa colocá-lo em desvantagem.

Assim, a manifestação de vontade do empregado, independentemente da remuneração está voltada a conquista da vaga de emprego, de modo que, a manifestação de vontade nesse momento, presume-se viciada, voltada a conquista vaga.

Ressalta-se ainda, que a Consolidação das Leis do Trabalho, busca proteger o trabalhador tendo em vista que a subordinação jurídica é inerente ao contrato de trabalho. O empregador é quem irá direcionar a prestação do serviço, independentemente do valor remuneratório que o trabalhador recebe pelo serviço prestado.

Além disso, a CLT veda tratamento discriminatório entre empregados, independentemente de qualificação técnica, intelectual. Assim, estabelecer uma distinção, permitindo apenas os trabalhadores que recebem alta remuneração, excluindo esses trabalhadores da proteção estatal, pode ocasionar possível renúncia a direitos.

A arbitragem, enquanto método de resolução de conflitos, embora meio extrajudicial válido, não se confunde com a jurisdição estatal.

De fato, após o vínculo, é permitido que o empregador faça acordo extrajudicial com o empregado, ou ainda, venha a conciliar em juízo, havendo inclusive diversas tentativas ao longo do processo trabalhistas. Ocorre, no entanto, que nessas oportunidades, deve haver uma homologação dos acordos por parte do juiz, que não é obrigado a fazê-lo em caso de perceber renúncia de direitos, ou seja, caso perceba que naqueles acordos o empregado está não transacionando, mas abrindo mão de direitos. Isso

ocorre, justamente, por ser a justiça do trabalho uma justiça protetiva, que busca trazer a sociedade um equilíbrio para a relação entre partes tão dissonantes.

Na arbitragem, no entanto, não há essa possibilidade, o arbitro irá solucionar o conflito que lhe foi posto. Não há nesse mecanismo, atendimento a proteção e preocupação com o equilíbrio social. Assim, decidido o conflito e estabelecido a sentença arbitral, ela é válida.

À vista disso, o estudo dos requisitos que possibilitam a aplicação da arbitragem aos dissídios individuais trabalhista requer uma análise mais criteriosa, principalmente no tocante à intenção do legislador ao estipular tais requisitos. É necessário averiguar quem buscou proteger com a criação deste artigo e dos requisitos que ele instituiu, para que o trabalhador não seja exposto a uma situação de renúncia de direitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 22/02/2019.

_____. **Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. 1943. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em 24/02/2019.

_____. **Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Disponível em <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103445/lei-de-arbitragem-lei-9307-96>. Acesso em 21/02/2019.

_____. Câmara Legislativa. **Relatório do Projeto de Lei n. 6787/2016**. 2017. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961. Acesso em 24/02/2019.

BRANDÃO, Márcio Gonçalves da Silva. **O uso da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas: uma análise crítica da flexibilização do direito de acesso à justiça**. 62 f. 2018. Monografia (Graduação) -- Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito, Salvador, 2018.

CORREIA, Henrique. **Direito do Trabalho**. 5 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

JUNIOR, José Cairo. **Curso de direito do trabalho: direito individual e coletivo**. 9º ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

MOLINARI, Mario. **Arbitragem no Direito do Trabalho**. In JusBrasil, 2014. Disponível em <https://mariomolinari.jusbrasil.com.br/artigos/116714038/arbitragem-no-direito-do-trabalho>. Acesso em 22/02/2019.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

PIERONI, Claudio. **Utilização da Arbitragem para solução de conflitos trabalhistas**. In *Inteligência Jurídica*. 17/09/2018. Disponível em <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/trabalhista-ij/utilizacao-da-arbitragem-para-resolucao-de-conflitos-trabalhistas>. Acesso em 23/02/2019.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de Arbitragem, mediação e conciliação**. 5 Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

NOVOS MODELOS DE NEGÓCIO DA ERA TECNOLÓGICA E OS IMPACTOS DA UBERIZAÇÃO DO TRABALHO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOCIAIS

Lilia Nunes Silva¹
Maria José Marcos²

Eixo Temático: GT 09 – Direitos Sociais e Direito do Trabalho

RESUMO

O tema de pesquisa é a natureza da relação de trabalho havida entre a Uber e seus motoristas, perquirindo se há autonomia nos serviços prestados ou se trata-se de uma relação de natureza subordinada, a ensejar o reconhecimento da relação de emprego, considerando o disposto no ordenamento jurídico brasileiro. O trabalho discute as repercussões no âmbito trabalhista, previdenciário e seus impactos para a efetivação dos direitos humanos. Tem relevância a pesquisa realizada, pois suscita reflexões sobre o impacto da Quarta Revolução nas relações de trabalho. A pesquisa, de cunho analítico e crítico, sob perspectiva comparada, desenvolve-se com a análise das medidas legislativas existentes em âmbito nacional; levantamento bibliográfico sobre a temática, por meio de livros e artigos científicos e; análise jurisprudencial compreendida no período entre 2017 e 2023. No que toca ao direito comparado, é feito um cotejamento da jurisprudência produzida no campo de interesse nos Estados Unidos, Portugal, Reino Unido e França.

Palavras-chave: Uber. Direitos humanos. Precarização.

INTRODUÇÃO

A presença da tecnologia e meios virtuais de relação entre pessoas e bens de consumo (produtos e serviços) é realidade presente em todos os âmbitos, suscitando reflexões sobre o impacto da Quarta Revolução nas relações de trabalho.

¹ Doutoranda no Programa de Pós-Graduação Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (PPGDIN/UFF). Mestra em Direito (Universidade Católica de Petrópolis), Especialista em Direito Processual (Universidade Federal de Juiz de Fora) e Direito Material e Processual do Trabalho (Faculdade Damásio de Jesus). Atualmente é coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica do Centro Universitário Estácio Juiz de Fora e Professora Substituta na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ/ITR). Pesquisadora. Advogada. E-mail: lilianunes@id.uff.br – Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1765941139958947>.

² Doutoranda no Programa de Pós-Graduação Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (PPGDIN/UFF). Mestra em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES). Especialista em Direito do Trabalho pela Escola Superior de Advocacia de São Paulo (ESA-SP). Docente do ensino superior. Pesquisadora. Advogada. E-mail: mariamarcos@id.uff.br – Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2529070997752064>.

O trabalho discute as repercussões no âmbito trabalhista, previdenciário e os respectivos impactos para a efetivação dos direitos humanos quanto à relação de trabalho havida entre a Uber e os seus motoristas, perquirindo se a natureza dessas relações é realmente autônoma ou relação de emprego.

A pesquisa desenvolve-se pelo método qualitativo, com a análise das medidas legislativas e jurisprudenciais existentes no Brasil sobre o tema; levantamento bibliográfico, por meio de livros e artigos científicos e análise documental de decisões judiciais proferidas entre 2017 e 2023 no ordenamento jurídico interno e do direito comparado.

Na primeira seção, busca-se a compreensão da chamada economia de compartilhamento no contexto da era digital e os modelos de negócio de correntes dessa nova lógica, com foco na empresa Uber e na forma que se estabelece em relação aos motoristas “parceiros”, aferindo se a mesma é típica relação de emprego ou mera prestação de serviços.

Na segunda seção, discorre sobre o tratamento do tema no direito convencional, expondo quais as normas internacionais aplicáveis, e no direito comparado, analisando decisões proferidas em diversos países do mundo (Estados Unidos, Portugal, Reino Unido, Espanha e França).

Na terceira seção, analisa o posicionamento dos tribunais superiores brasileiros (trabalhista e constitucional) em relação à “uberização”, bem como as repercussões no âmbito trabalhista, previdenciário e nos direitos humanos, tecendo ao final uma descrição crítica das medidas executivas e legislativas adotadas pelo Brasil nos últimos anos.

1. ECONOMIA DE COMPARTILHAMENTO: PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES LABORAIS COMO MODELO DE NEGÓCIO

A sociedade global vem passando por momentos emblemáticos, disruptivos, em que as transformações impactam sob a ótica social, política, econômica e jurídica. A vertiginosa evolução tecnológica, denominada Quarta Revolução, que tem como exemplos: “inteligência artificial, robótica, *internet das coisas*”, etc. (Oliveira, 2020, p.

56) contribui de forma decisiva para o surgimento de novos modelos de negócios e, neste contexto, se inclui a chamada economia de compartilhamento.

Segundo Slee (2017, p. 13-14), o termo economia de compartilhamento surgiu por volta de 2011, a partir da fundação das corporações Airbnb, com atuação na atividade de acomodação de pessoas; Lyft e Uber, operando com transporte de pessoas e coisas, cujos dirigentes propagavam um discurso sedutor voltado para a sustentabilidade, senso de comunidade e anticonsumismo, com o uso de plataformas digitais.

A economia de compartilhamento se apresenta, inicialmente, como forma de oportunizar serviços em formato mais próximo entre as partes (quem fornece e quem dele se beneficia) e mais acessível no aspecto econômico, rompendo a ideia de aquisição clássica e individual para sua obtenção, centrando-se num consumo colaborativo. As organizações dessa natureza estão presentes nos mais diversos setores da vida em sociedade, com apelo às pessoas preocupadas com a ecologia ou identificadas com trabalhos manuais. Como exemplo, podem ser destacados os serviços de mobilidade/transporte, hospedagem, limpeza, alimentação, pequenos consertos, espaços de trabalho, cuidado de animais, troca de ferramentas etc. (Slee, 2017, p. 47-49).

A lógica é atrativa e aparentemente se amolda a ideia de sustentabilidade, contudo, a conclusão que se tem, com base na realidade das organizações de destaque, é que a economia do compartilhamento se trata quase inteiramente de um pequeno número de empresas de tecnologia ancoradas em montanhas de capital de risco, ao contrário da apresentação como uma representação diversa de iniciativas comerciais e não comerciais ao redor do planeta (Slee, 2017, p. 56).

Para os propósitos deste trabalho, a análise recairá sobre a Uber, que tem intensa capilaridade empresarial, atuando em várias partes do mundo e seus motoristas, segundo a sociedade empresária, são seus parceiros, refutando veementemente a condição de empregados desses trabalhadores com base no apresentado modelo colaborativo. E mais, ainda que a Uber seja uma sociedade empresária jovem, exerce relevante papel sob a ótica econômica, a ponto de o mercado ter cunhado o termo “trabalho uberizado” ou “uberização do trabalho”, tendo como referência seu *modus operandi*.

Quando da fundação da Uber em 2009, ela não se incluiu como modelo de consumo colaborativo ao argumento de que o objetivo era apenas apertar um botão e conseguir uma viagem, todavia, para muitos, atualmente, é considerada a própria economia de compartilhamento (Slee, 2017, p. 111).

É pertinente compreender, antes de ponderar sobre o real modelo de negócios da Uber, a nova forma de organização empresarial surgida no século XXI, o modelo organizacional da cibernética (Carelli, 2017, p. 139), que altera a forma jurídica do trabalho tal como o direito regulamentou, e trata o ser humano como uma máquina inteligente. Nesse modelo, o trabalho passa a ser como uma fonte de energia do homem, energia que é sua propriedade e, nestes termos, pode ser por ele alugada. O sujeito é movido pelo cálculo, sendo dotado de capacidade adaptável em tempo real às variações do ambiente para atingir os objetivos que lhe são apresentados, formando a figura do “trabalhador flexível”, cujo tipo de liame de direito não tem por objeto uma quantidade de trabalho (típico do contrato), mas a própria pessoa do trabalhador.

A organização do trabalho e o seu controle, no novo regime, se apresenta sob a forma de programação por comandos. A aparente esfera de autonomia do trabalhador na realização da prestação se dá pelo cumprimento de objetivos que, a partir da programação, da estipulação de regras e comandos preordenados e mutáveis pelo seu programador, ao trabalhador é incumbida a capacidade de reagir em tempo real aos sinais que lhe são emitidos para realizar os objetivos designados pelo programa, devendo estar mobilizados e disponíveis à sua realização (Carelli, 2017, p. 140).

Carelli (2017, p. 141) aponta uma contradição própria do novo modelo, pois a aplicação dos elementos dessa nova forma de organizar o trabalho, ao mesmo tempo em que prega certa parcela de autonomia ao trabalhador, essa liberdade é impedida pela programação, que opera pelo algoritmo. A possibilidade de reprogramação do algoritmo garante que os resultados finais esperados sejam alcançados sem a necessidade de dar ordens diretas àqueles que realizam o trabalho e, aqueles que seguem a programação recebem premiações, na forma de bonificações e prêmios e, os que não se adaptarem aos comandos e objetivos, são cortados ou punidos.

É interessante observar que, ainda que não possuam o nome de ordens, mas sim objetivos, o fato não lhe retira o caráter diretivo típico das relações de trabalho

subordinadas, assim como a existência do poder disciplinar diante da possibilidade de punição ou corte caso não se alcance os objetivos impostos unilateralmente pela programação.

Desse modo, tão somente é alterada a formatação do controle dos trabalhadores na nova organização do trabalho, que se dá pela programação ou comandos (via algoritmo). Passa-se da ficção trabalhador-mercadoria para a ficção do trabalhador-livre, e se mantém a natureza das relações de exploração entre o capital – pessoas, travestidas em realidades intersubjetivas denominadas empresas, que o detém – e os demais indivíduos – que têm somente o trabalho a ser utilizado e apropriado por essas realidades intersubjetivas para a realização de sua atividade econômica (Carelli, 2017, p. 142).

As chamadas plataformas digitais de trabalho híbridas, a despeito de controlar e dirigir a prestação dos serviços entre os diversos grupos ao ordená-los integralmente, operam com a imposição da qualificação de “parceiro” ou trabalhador autônomo, resultando na exclusão da aplicação da proteção social e trabalhista, ou seja, sob esta roupagem desconectam o seu modelo de negócios com o Direito do Trabalho (Oliveira, 2020, p. 58-59).

A forma organizacional da Uber, de acordo com a pesquisa empírica descrita por Carelli (2017, p. 142), se encaixa perfeitamente ao novo modelo organizacional de trabalho, posto que o algoritmo da empresa comanda todos os trabalhadores, distribuindo-os segundo a demanda (preço dinâmico) e impõe o preço do produto. A questão do preço é relevante por dois aspectos: de um lado oferta preços baixos para o desmonte da concorrência e, do outro, controla o tempo de trabalho dos motoristas pelo preço. Mas não é apenas por este modo que o controle se desenvolve, a entrega de premiações e as avaliações dos passageiros, ambas relacionadas à dedicação do “parceiro” nas corridas (como o alcance de metas; oferecimento de benesses aos passageiros; estado do veículo; trajes e linguagem utilizados pelos trabalhadores), também são cruciais à continuidade do trabalho com a Uber (Carelli, 2017, p. 143).

A conclusão extraída do plano fático e na estrutura organizacional tecnológica desta atividade econômica é a dependência total do trabalhador em relação aos sistemas de plataforma, e que contém padrão obrigatório e invariável a ser seguido pelos que quiserem dela participar, sob pena de exclusão. E, no caso da Uber, o controle por

resultados ocorre pela mediação algorítmica e sem qualquer responsabilização trabalhista. Em suma, os trabalhadores que não organizam a atividade econômica correm todo o risco do negócio e não auferem os lucros da sua atividade, demonstrando, em verdade, o retorno ao passado de total precariedade dos trabalhadores (Oliveira, 2020, p. 67).

Murilo Carvalho Sampaio Oliveira esclarece que a relação entre plataforma e trabalhador elimina todo o sistema protetivo do Direito do Trabalho:

(...) segurança física concernente às condições de ambientes de trabalho que não lhe provoquem ofensa física ou lhe ofendam a dignidade e psique; segurança biológica com a limitação da jornada; e a segurança econômica com o salário mínimo. Além disso, há apenas remuneração pelo tempo de trabalho efetivo, com o desprezo dos tempos de disponibilidade ao trabalho e até, em algumas plataformas, ocorre a desconsideração do tempo de deslocamento até o local de início da demanda e seu retorno. Isto legitima a noção de trabalhador por momento e conforme a demanda (just in time) e, naturalmente, sem qualquer proteção social, como sinalizado por Ludmila Abílio. (Oliveira, 2020, p. 59).

A precarização das relações laborais pelo modelo de negócios desenvolvido pela Uber opera em completude, com isenção dos custos diretos e indiretos, coligando-se ao modelo neoliberal da austeridade na organização econômica. A plataforma transfere as despesas e riscos da atividade econômica para o trabalhador, pois são eles que custeiam as despesas de aquisição e manutenção dos instrumentos de trabalho (veículo, celulares, limpeza, vestimentas de trabalho, cortesias aos passageiros); as despesas dos riscos da atividade (acidentes, multas, ociosidade etc.) e os custos do trabalho (direitos trabalhistas e previdenciários dos motoristas), obtendo, por conseguinte, mais eficiência econômica (Oliveira, 2020, p. 60).

Daí se extrai que o real modelo de negócios da Uber é característico da relação de emprego, detendo a plataforma empresarial o total controle dos trabalhadores, que nada têm de autônomos, uma vez que a sua subordinação e dependência econômica são evidentes, porém, travestidas de autonomia e maquiadas pelo controle via algoritmos, que silenciosamente determina a sua remuneração, como devem trabalhar, onde vão, quando prestam os seus serviços e sob quais critérios devem fazê-lo, sob pena de punição e até mesmo exclusão da oferta de trabalho.

2. UBERIZAÇÃO DAS RELAÇÕES LABORAIS NO DIREITO CONVENCIONAL E COMPARADO

A relação jurídica havida entre a Uber e os motoristas se reveste de grande controvérsia, com o ajuizamento tanto de ações trabalhistas individuais, como ação civil pública, pois o trabalho, assim como sua proteção jurídica, faz parte do rol dos direitos humanos, nos moldes do art. 23 da DUDH (ONU, 1948). O labor promove dignidade ao trabalhador, possibilitando-lhe sua manutenção, assim como de sua família, resultando em retrocesso social práticas empresariais com vistas a precarizar as relações de trabalho em prol do lucro dos sócios ou acionistas, num modelo de capitalismo predatório.

A Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 8 fomenta a promoção do crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, com vistas a se atingir o emprego pleno e produtivo, com trabalho decente para todas e todos.

No âmbito do direito comparado, na contemporaneidade, há intensa disputa para se aferir se entre a Uber e os motoristas “parceiros” há uma relação de trabalho, autônoma, ou uma relação de emprego, com os respectivos direitos trabalhistas.

Conforme asseverado na primeira seção, a Uber, assim como outras plataformas digitais, propõe um novo modelo de negócio, com diferenças entre si, mas também com características comuns, ao que os estudiosos estão denominando capitalismo de vigilância.

Ao debruçar-se sobre a questão, a Organização Internacional do Trabalho dividiu o novo modelo de negócio em duas grandes categorias para fim de estudo e análise, sendo elas: “as plataformas baseadas na internet e as plataformas baseadas na localização” (OIT, 2021, p. 74). Em razão de constituir o objeto de estudo do presente, importa destacar as plataformas baseadas na localização, cujo trabalho é prestado em local físico e corresponde, basicamente, em oferta de serviços de transporte de passageiros e entregas de bens móveis.

Neste modelo de negócio estão presentes as seguintes características: 1º) mediação através de uma aplicação digital, ou seja, gestão algorítmica, que define e controla as métricas e classificações dos trabalhadores; 2º) os riscos da operação são

transferidos aos trabalhadores, pois a estes compete o uso de automóvel de sua posse ou propriedade e o custeio com combustível, manutenção, despesas de internet, etc., propiciando às plataformas digitais o aumento exponencial de suas receitas e oferta de serviços ao mercado consumidor; 3º) é segmento em que há uma pequena quantidade de empregados diretos das plataformas digitais em contraponto ao grande contingente de trabalhadores sem direitos, precarizados, aos quais as plataformas digitais denominam “trabalhadores independentes” ou “prestadores de serviços independentes” (OIT, 2021, p. 74).

No Brasil, a exemplo do que ocorre no resto o mundo, a Uber rechaça a presença dos elementos da relação de emprego e denomina esses trabalhadores de “motoristas-parceiros”. Chega a ser contraditória a denominação, senão uma ironia, pois nesta parceria a Uber se apropria de grande parte das receitas e atribui aos parceiros os custos da operação, sendo estes obrigados a aderir a tais condições contratuais, sob pena de não serem admitidos na plataforma para a prestação dos serviços.

O cenário apresentado está espalhado em escala global, conforme se depreende das pesquisas realizadas pela OIT, dando conta de que há a presença da Uber em diversos países, tais como: Argentina, Chile, Estados Unidos, Ghana, Índia, Kenya, Líbano, Marrocos, México e Brasil (OIT, ANEXO, 2021, p. 27).

Em solo estadunidense, a competência para legislar sobre direito do trabalho é federal e estadual, diversamente do Brasil, cuja competência para criar lei trabalhista é exclusiva da União, conforme dispõe o art. 22, I, da CF/1988 (Casagrande, 2019).

Nos Estados Unidos, a discussão acerca da natureza jurídica da relação havida entre a Uber e os motoristas parceiros ganhou relevo, a exemplo da decisão proferida pelo magistrado da Corte do Distrito Norte da Califórnia, CV 13-3826 (Meireles; Silveira, 2021), onde foi reconhecida a condição de empregado dos motoristas parceiros da Uber, com as consequências daí decorrentes. Inconformada com a decisão, houve a interposição de recurso por parte da Uber para as instâncias superiores. Segundo Casagrande (2019), a Uber foi compelida ao adimplemento de 20 milhões de dólares para 13,6 mil motoristas da Califórnia, referente a diferenças salariais. Neste ínterim, o Estado da Califórnia sancionou uma lei com a finalidade de regular a situação, propiciar previsibilidade e segurança jurídica.

Segundo a lei sancionada, recai sobre a Uber o ônus de provar a relação autônoma dos motoristas mediante a presença dos seguintes elementos na relação jurídica:

- a) a liberdade do trabalhador do controle e direção da empresa contratante, incluindo o modo de execução do trabalho;
- b) não relação dos serviços prestados com a atividade principal da empresa;
- c) o trabalhador deve estar ordinariamente integrado em outra e independente ocupação, comércio ou negócio de mesma natureza do trabalho realizado (Meiros; Silveira, 2021, p. 587).

Além do Estado da Califórnia, outros estados estadunidenses têm criado leis voltadas para regular o trabalho plataformizado, numa tentativa de enfrentamento da vulnerabilidade à qual esses trabalhadores estão expostos, dentre eles os motoristas da Uber.

No Reino Unido ganhou protagonismo o caso *Uber and others v. Aslam and others*, em que a Uber e duas filiais (Britannia e London) ocuparam o polo passivo da ação, como réis, e o Sr. Aslam, juntamente com outros motoristas, o polo ativo da ação, como autores. Os motoristas pleitearam direitos trabalhistas e a Uber rechaçou os pedidos sob a alegação de eram motoristas que atuavam com autonomia e, portanto, sem direitos trabalhistas e que a Uber, por sua vez, atuava meramente como intermediadora entre os motoristas e os clientes, ou seja, passageiros.

O processo em questão tramitou por todas as instâncias do Poder Judiciário do Reino Unido, ou seja, pelo:

(...) Tribunal do Emprego de Londres (*Employment Tribunal*), pelo Tribunal de Apelação (*Employment Appeal Tribunal*), pela Corte de Apelação (*Court of Appeal*), e por fim, pela última instância do Judiciário britânico, a Suprema Corte do Reino Unido (*The Supreme Court of the United Kingdom*) (Silvério, 2023, p. 191).

Ao apreciar a questão, a Suprema Corte do Reino Unido aplicou o princípio da primazia da realidade, apontando os seguintes fatos como relevantes para fundamentar a decisão proferida:

(...) (i) a fixação da tarifa e a impossibilidade de negociação direta entre motoristas e passageiros; (ii) o controle de informações essenciais pela Uber; (iii) a sujeição dos motoristas por meio do sistema de rating, e a determinação de parâmetros que ensejam procedimentos disciplinares;

(iv) a exigência da Uber para que os motoristas aceitem viagens e, em caso contrário, sua desconexão do aplicativo, como forma de punição; (v) a imposição de condições e formas de execução do trabalho pela Uber aos motoristas; e (vi) o direito reservado à Uber de alterar unilateralmente os termos contratuais em relação aos motoristas (Silvério, 2023, p. 191).

A partir das provas produzidas nos autos, das quais restaram evidenciados os fatos descritos, a Suprema Corte apurou a existência de uma relação de subordinação e dependência entre a Uber e o motoristas. Veja-se que a relação jurídica foi amplamente analisada, discutida e, em 19 de fevereiro de 2021, a Suprema Corte do Reino Unido reconheceu o estado de vulnerabilidade dos motoristas em face da Uber e decidiu que eram devidos os direitos trabalhistas pleiteados.

O Tribunal Superior de Justiça de Madri, na Espanha, confirmando ação de auditores fiscais do trabalho e previdência social, reconheceram a relação de emprego entre uma empresa que geria aplicativo de entregas (*Roofoods Spain SL*, 2020) e os entregadores, em situação similar à Uber, que faz uso de aplicativos para gerir suas atividades e controlar o trabalho realizado pelos motoristas.

Em acórdão proferido no Tribunal Superior do Trabalho do Brasil, de relatoria do Ministro Mauricio Godinho Delgado, ao citar jurisprudência alienígena, fez menção a decisão da Corte de Cassação francesa, “proferida em março de 2020, no sentido de que a relação contratual entre o motorista e a empresa Uber é um contrato de trabalho, em razão do vínculo de subordinação entre condutor e empresa, e da falta de autonomia do trabalhador”. A decisão francesa mencionada se coaduna com a doutrina laboral daquele país, que ensina ser a relação de emprego composta “...de *obediência* (a subordinação *stricto sensu*) e de *fraqueza* (a dependência)” (Amado, 2023).

Na França, além da jurisprudência acerca do reconhecimento da relação de emprego havido entre a Uber e seu motorista, os Tribunais foram provocados a manifestarem-se a respeito dos direitos personalíssimos dos motoristas que são diuturnamente desrespeitados pela Uber. Em 2020, a *Ligue des Droits de l’Homme* (LDH) formalizou uma representação contra a Uber perante a Comissão Nacional de Informática e Liberdades (Cnil) em virtude de a empresa ter se apropriado e utilizado de forma inadequada de dados pessoais, que são classificados como dados sensíveis, sem o consenso dos motoristas. A denúncia foi transferida para a Autoridade Holandesa de

Proteção de Dados (DPA) que, em 13 de dezembro de 2023, manifestou-se nos seguintes termos:

(...) os motoristas têm o direito de saber como o Uber processa seus dados pessoais. A Uber deveria ter informado melhor os motoristas e feito com mais cuidado. A transparência é um dos pilares da proteção de dados pessoais. Se você não sabe o que acontece com seus dados, você não saberá se é desfavorecida ou tratada injustamente, e não poderá defender seus direitos³.

Por conseguinte, no dia 05 de fevereiro de 2024 foi proferida decisão, que resultou em condenação e multa aplicada pela DPA à Uber, no importe de 10 milhões de euros, por violação de privacidade. O fundamento é que acesso a essas informações por parte dos motoristas é fundamental, pois tal lhes possibilitaria apontar como evidência da relação de subordinação que existia entre eles e a Uber, e assim pleitear os respectivos direitos trabalhistas perante os conselhos trabalhistas. Deve ser esclarecido que a decisão ainda não é definitiva, por ter havido interposição de recurso por parte da Uber em razão da condenação em comento.

Em Portugal, a relação de trabalho é regulada levando em consideração a gradação da subordinação e da dependência econômica, e sob o contexto da transição de uma sociedade industrial para uma sociedade em que preponderam os serviços. Desta forma, além da relação de emprego subordinada, há os chamados “parassubordinados”, entendidos como os trabalhadores que atuam com autonomia, porém, dependentes nos aspectos econômicos, conforme de depende dos artigos 10º, 10º-A e 10º B do Código do Trabalho de Portugal, com a redação alterada pela Lei n. 13/2023. Os “parassubordinados”, devido à dependência econômica, têm reconhecida sua condição de vulnerabilidade, motivo pelo qual têm uma regulamentação jurídica que lhes reconhece direitos semelhantes, até certo ponto, aos direitos dos trabalhadores subordinados. Dadas as peculiaridades dos trabalhadores das plataformas digitais, que impõem um novo *modus operandi* em decorrência do uso das novas tecnologias, surgem as questões em torno da

³ (...) les chauffeurs ont le droit de savoir comment Uber traite leurs données personnelles. Uber aurait dû mieux informer les chauffeurs et le faire avec plus de soin. La transparence est l’un des piliers de la protection des données personnelles. Si vous ne savez pas ce qu’il advient de vos données, vous ne saurez pas si vous êtes désavantagé ou traité injustement, et vous ne pourrez pas défendre vos droits.

natureza jurídica das relações de trabalho que são travadas entre as plataformas digitais e seus trabalhadores (Amado, 2023).

O Direito português, na intenção de acompanhar o dinamismo social e dar respostas condizentes com a “Agenda do Trabalho Digno” – alinhada com a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 8, em seu Código do Trabalho, com a alteração promovida pela Lei nº 13 de 03 de abril de 2023, no artigo 12-A reconhece a presunção favorável ao trabalhador, com a existência do contrato de trabalho:

1 - Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, presume-se a existência de contrato de trabalho quando, na relação entre o prestador de atividade e a plataforma digital se verificarem algumas das seguintes características:

- a) A plataforma digital fixa a retribuição para o trabalho efetuado na plataforma ou estabelece limites máximos e mínimos para aquela;
- b) A plataforma digital exerce o poder de direção e determina regras específicas, nomeadamente quanto à forma de apresentação do prestador de atividade, à sua conduta perante o utilizador do serviço ou à prestação da atividade;
- c) A plataforma digital controla e supervisiona a prestação da atividade, incluindo em tempo real, ou verifica a qualidade da atividade prestada, nomeadamente através de meios eletrónicos ou de gestão algorítmica;
- d) A plataforma digital restringe a autonomia do prestador de atividade quanto à organização do trabalho, especialmente quanto à escolha do horário de trabalho ou dos períodos de ausência, à possibilidade de aceitar ou recusar tarefas, à utilização de subcontratados ou substitutos, através da aplicação de sanções, à escolha dos clientes ou de prestar atividade a terceiros via plataforma;
- e) A plataforma digital exerce poderes laborais sobre o prestador de atividade, nomeadamente o poder disciplinar, incluindo a exclusão de futuras atividades na plataforma através de desativação da conta;
- f) Os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertencem à plataforma digital ou são por esta explorados através de contrato de locação.

(...)

4 - A presunção prevista no n.º 1 pode ser ilidida nos termos gerais, nomeadamente se a plataforma digital fizer prova de que o prestador de atividade trabalha com efetiva autonomia, sem estar sujeito ao controlo, poder de direção e poder disciplinar de quem o contrata (PORTUGAL, 2023).

Da análise do referido artigo 12-A, depreende-se que a subordinação jurídica, com o reconhecimento da relação de emprego entre as plataformas digitais e seus trabalhadores, neste contexto incluindo-se a Uber e seus motoristas é presumida, sendo ônus da contratante a produção de prova em sentido contrário.

Amado (2023) reconhece a relevância do artigo 12-A da Lei n. 13 de 03 de abril de 2023 como diploma a regular a relação de trabalho com as plataformas digitais, porém, também lhe tece críticas, devido à vagueza e até omissão na regulação de certos aspectos das novas tecnologias. Um dos pontos que levanta diz respeito à aplicação da presunção favorável ao trabalhador, para a existência do contrato de trabalho. E também questiona quantas características precisariam estar presentes para que a presunção favorável ao trabalhador pudesse ser aplicada. A resposta a questão começa a ser delineada pela jurisprudência portuguesa, na medida em que decisões judiciais começam a ser proferidas pelo Poder Judiciário português.

Em caso considerado relevante para o presente trabalho, o Ministério Público português ingressou com ação em face da Uber Eats Portugal – Unipessoal Ltda, com sede em Lisboa⁴, pleiteando o reconhecimento do contrato de trabalho havido entre a empresa e o Sr. Md Zaber Ahmed. Segundo a magistrada que julgou a ação, com fundamento na Recomendação n. 198 da OIT, artigo 11, alínea b⁵, a presunção favorável ao trabalhador deverá ser aplicada quando estiverem presentes um ou mais indicadores ou características e, no caso, entendeu terem sido comprovadas as cinco características da relação de emprego, resultando no reconhecimento da condição de empregado do Sr. Md Zaber Ahmed com a Uber Eats, na função de “estafeta”, ou seja, entregador de refeições e outros produtos.

Em 11 de março de 2024, os ministros do Emprego e dos Assuntos Sociais da União Europeia, com o propósito de consolidar o entendimento dos países que fazem parte do bloco, confirmaram o êxito alcançado em acordo provisório de 08 de fevereiro de 2024, cujas tratativas iniciaram-se em 09 de dezembro de 2021, acerca da diretiva relativa ao trabalho de plataforma. No objetivo de reduzir a assimetria existente entre capitalista e os trabalhadores uberizados, reconheceu a estes últimos uma gama de

⁴ Ação proposta perante o Juiz do Trabalho de Lisboa – Juiz 8, Processo nº 29354/23.9T8LSB. Referência: 432525619, com sentença proferida em 01 de fevereiro de 2024 (Portugal, 2024).

⁵ 11. A fim de facilitar a determinação da existência de uma relação de trabalho, os Membros devem considerar, no âmbito da política nacional referida na presente recomendação, a possibilidade de: a) Admitir uma ampla variedade de meios para determinar a existência de uma relação de trabalho; b) consagrar uma presunção legal da existência de uma relação de trabalho quando uma ou mais provas são apresentadas e; c) Determinar, após consulta das organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, que os trabalhadores com determinadas características devem ser considerados, em geral ou num determinado sector, como trabalhadores assalariados ou como trabalhadores independentes. (Recomendação n. 198, OIT).

direitos, de modo a protegê-los em sua vulnerabilidade e, simultaneamente, buscando compatibilizar-se com os ordenamentos jurídicos internos.

A diretiva⁶, ainda sem numeração oficial, dispõe que: a) os Estados-membros criarão normas jurídicas estabelecendo a presunção legal da presença dos elementos da relação de emprego, cabendo ao contratante o ônus de afastar a presunção legal, sendo certo que tais demandas serão apreciadas à luz do princípio da primazia da realidade; b) os trabalhadores deverão ser informados previamente da utilização por parte do contratante de sistemas automatizados para contratação, estabelecimento das condições de trabalho e controle da remuneração a ser adimplida; c) veda o uso de sistema informatizado pelo empreendedor para a obtenção de dados biométricos, estado emocional ou psicológico do trabalhador; d) as decisões informatizadas devem ser monitoradas por seres humanos e passíveis de questionamento e mudança.

Atualmente o texto resultante do consenso está sendo traduzido para os idiomas oficiais e os Estados-membros têm o prazo de dois anos para tomar as medidas cabíveis no sentido de incorporar a diretiva nos respectivos ordenamentos jurídicos pátrios.

No próximo tópico, seguir-se-á a análise da questão, porém, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

3. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS EM RELAÇÃO À UBERIZAÇÃO: REPERCUSSÕES NO ÂMBITO TRABALHISTA, PREVIDENCIÁRIO E NOS DIREITOS HUMANOS

A exemplo do que ocorreu em outros lugares do Planeta, a Uber iniciou as atividades no Brasil a partir de 2014, com um discurso ultraliberal e voltado a convencer os trabalhadores de que são empreendedores, o que gerou uma nova categoria altamente vulnerável, pois sequer se encontram em condições de reivindicar direitos mínimos em virtude de viverem sob a ameaça da empresa abandonar o Brasil e deixar sem trabalho milhões de pessoas (Leme, 2024).

⁶ EUROPEAN COUNCIL. Council of the European Union. Platform workers: Council confirms agreement on new rules to improve their working conditions. Disponível em: <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/03/11/platform-workers-council-confirms-agreement-on-new-rules-to-improve-their-working-conditions/>> Acesso: 22 Abr 2024.

Neste contexto, conforme assevera Leme (2024, p. 24), citando Nancy Fraser, os motoristas da Uber vivem num sistema de “metainjustiça”, uma vez que internalizaram a narrativa do empregador de uma suposta autonomia e assim são “impedidos do direito de acesso a ter direitos”.

A Constituição Federal de 1988, elenca o trabalho e a previdência social no rol dos direitos sociais no art. 6º, assim como, no art. 7º (Brasil, 1988) relaciona os direitos trabalhistas e veda o retrocesso social.

Em sede infraconstitucional, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e outras leis extravagantes regulam os direitos trabalhistas.

Para fins de análise da natureza jurídica da relação havida entre os motoristas de aplicativo e a Uber, é importante ressaltar que o *modus operandi* da Uber no Brasil é exatamente o mesmo praticado nos outros locais do mundo, ou seja, é a empresa quem define todos os termos da “parceria”, seja em relação ao conteúdo do contrato firmado com os motoristas (que é de adesão), aos clientes (passageiros) ou à remuneração (valor das corridas).

Em vista disso, a empresa impõe seu poder diretivo unilateralmente, que se desdobra nos poderes de organização, de controle e o disciplinar, implicando na subordinação dos trabalhadores a esses poderes, sob pena de sofrerem a penalização máxima, que é a exclusão da plataforma, sem a possibilidade de prestar os serviços.

Depreende-se, com lastro nos artigos 2º, 3º e 6º da CLT, que estão presentes os elementos da relação de emprego, impondo-se o enquadramento legal da Uber como empregador e dos motoristas como empregados, independentemente da vontade das partes, com base na realidade que se apresenta no cotidiano entre as partes (Fernandes, 2024).

Na Justiça Laboral, que começou a ser provocada a manifestar-se sobre o tema a partir de 2019, há dissenso em torno da natureza da relação de trabalho entre a Uber e os motoristas. Há algumas turmas do Tribunal Superior do Trabalho que entendem ser os motoristas autônomos, ao entendimento de haver autonomia na forma como o serviço é prestado. Por outro lado, após análise criteriosa da realidade na prestação de serviços e da vulnerabilidade econômica e social que atinge os motoristas, apresentando uma relação

com a Uber acentuadamente assimétrica e com os mecanismos de controle algorítmico que se fazem presentes, começa a emergir, de forma consistente, o entendimento de que o uso da tecnologia por acesso remoto via rede mundial de computadores e aplicativos em telefones móveis conectados a essa rede não elidem a subordinação dos motoristas e a imposição do poder diretivo do empregador, que no caso em estudo é a Uber (Lanza, Oliveira e Souto Maior, 2024).

Como resultado da atuação do Ministério Público do Trabalho, merece destaque a decisão monocrática proferida pela 4ª Vara do Trabalho de São Paulo em Ação Civil Pública⁷ onde houve o reconhecimento da relação de emprego entre a Uber e os motoristas, com a condenação em danos morais coletivos em R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais), além da condenação em obrigações de fazer. Contudo, deve ser esclarecido que a decisão ainda não é definitiva, uma vez que não houve decurso do prazo de recurso até o encerramento da pesquisa.

Em que pese a construção jurisprudencial que vinha sendo realizada pelo Tribunal Superior do Trabalho no sentido de reconhecer a presença dos elementos da relação de emprego, garantindo a proteção social aos trabalhadores e o respeito à dignidade da pessoa humana quanto ao chamado contrato realidade havido entre a empresa Uber e seus motoristas, quando a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), foi percebida uma virada de entendimento.

A Corte Constitucional vem manifestando entendimento em direção diametralmente oposta, afirmando pela existência de autonomia da prestação de serviços dos motoristas para a Uber, invalidando decisões proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho. Fazendo uso dos termos de Antunes (2018), o que se vê é a institucionalização do privilégio da servidão, em franco retrocesso do século XXI para o século XIX (Carelli, 2017, p. 146), por impor a precarização às relações de trabalho no Brasil, a qual parecia estar a muito superada, notadamente diante das garantias previstas na Constituição Federal, estas que deveriam ser resguardadas pela Corte em obediência à sua missão institucional.

⁷ BRASIL. Ministério Público do Trabalho. São Paulo, SP. **Ação Civil Pública Cível 1001379-33.2021.5.02.0004**. Disponível em: <<https://mpt.mp.br/pgt/noticias/sentenca-acp-uber.pdf>> Acesso em: 03 Nov 2023.

No intuito de lançar luzes ao que se pode considerar um paradoxo, é necessário contextualizar para tentar descrever como a Suprema Corte brasileira construiu até o momento o seu entendimento. Até o momento, as decisões proferidas pelo STF acerca da existência ou inexistência do vínculo empregatício entre as empresas autodenominadas “aplicativos” e seus motoristas são de natureza monocrática.

A primeira delas, proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes na Reclamação n. 59795-MG em 19 de maio de 2023, tem como ré a empresa Cabify e, de modo sucinto, a decisão entendeu tratar-se de uma modalidade de terceirização com profissionais autônomos, e assim é acolhida no ordenamento jurídico pátrio e; é um contrato cível, lastreado nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, em modelo de prestação de serviço diversa da relação subordinada. Mas outros ministros contribuíram para este estado de coisas, a exemplo do Ministro Gilmar Mendes que, na Reclamação n. 63414-MG em 08 de novembro de 2023, destacou a autonomia na prestação de serviços do motorista de aplicativo para cassar o acórdão proferido pela justiça laboral, determinando que novo julgamento fosse realizado, observando-se os parâmetros da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 324 (Gomes, Gomes e Oliveira, 2024).

O primeiro caso que será julgado pelo Colegiado da Corte Suprema é o Tema de Repercussão Geral n. 1.291, tendo como caso paradigma o processo n. 0100853-94.2019.5.01.0067 – no qual a Uber é parte – e o resultado, nesta sistemática, formará um precedente vinculante. No processo citado, o Tribunal Superior do Trabalho confirmou o acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região que reconheceu a existência do vínculo empregatício entre a Uber e o motorista, tendo em vista a existência da subordinação algorítmica, com as consequências jurídicas dela decorrentes.

É essencial esclarecer em que consiste o termo subordinação algorítmica:

(...) o ato de dirigir é registrado, quantificado e seus dados coletados para que seja posteriormente fiscalizado por um sistema digital que é o algorítmico, mas que todos os dados servem de tomada de decisão empresarial para determinar como, quando e onde deve enviar o motorista, quanto cobrar, como atender, de modo a maximizar o lucro (Gomes, Gomes e Oliveira, 2024, p. 37).

O atual estado de coisas no plano do Poder Judiciário, que evidencia estar se posicionando rumo à legitimação da precarização do trabalho exercido pelos motoristas de aplicativos e trabalhadores do mesmo gênero, o que é altamente desafiador para os trabalhadores e para a sociedade brasileira, não é isolado.

Em março de 2024 o Poder Executivo propôs o Projeto de Lei Complementar n. 12/2024⁸, que segue a mesma linha de pensamento do Supremo Tribunal Federal ao propor uma ruptura com o Direito do Trabalho, pois impõe uma relação de trabalho autônoma inexistente e garante amplos poderes de direção ao contratante.

Na seara previdenciária, merece destaque a Lei n. 8.212/1991, conhecida como Plano de Custeio da Previdência Social e que regula o adimplemento da contribuição previdenciária a cargo do empregado, aqui identificado como segurado obrigatório da Previdência Social (art. 12, I, a); e a Lei n. 8.213/1991, que trata do Plano de Benefícios da Previdência Social e estabelece quais são os benefícios previdenciários e os requisitos que precisam ser atendidos para serem deferidos.

O que se depreende do ordenamento jurídico delineado é que, para o trabalhador ter acesso à proteção legal de natureza previdenciária, via de regra, é necessário ter o vínculo empregatício reconhecido. Não se ignora o fato da existência de outros vínculos jurídicos que possibilitam ao trabalhador o acesso aos benefícios previdenciários, porém, como é um regime contributivo, é obrigatório o recolhimento da contribuição previdenciária diretamente pelo trabalhador.

⁸ O projeto propõe, em síntese: a) Piso de R\$ 32,90 por hora de trabalho; B) Criação da categoria “trabalhador autônomo por plataforma”; C) Motoristas pagarão 7,5% de INSS e as empresas vão contribuir para o INSS com 20%; D) As mulheres motoristas de aplicativo terão direito a auxílio-maternidade; E) A jornada de trabalho será de 8 horas diárias, podendo chegar ao máximo de 12; F) O motorista poderá trabalhar para quantas plataformas desejar, pois não há exclusividade; G) Para cada hora trabalhada, o profissional vai receber R\$ 24,07/hora para pagamento de custos com celular, combustível, manutenção do veículo, seguro, impostos e outras despesas. Esse valor tem natureza indenizatória, não é computado na remuneração para qualquer fim de direito; H) Os motoristas serão representados por sindicato nas negociações coletivas, assinatura de acordos e convenção coletiva, em demandas judiciais e extrajudiciais; I) Estarão submetidos aos controles da plataforma e medidas punitivas, sem a contrapartida dos direitos trabalhistas. Os seus termos mostram que, por serem considerados autônomos, estão excluídos dos direitos trabalhistas listados no artigo 7º da CF/1988 e na CLT, assim com, pelas condições de trabalho propostas no projeto de lei, alinhado com a posição que tem sido adotada pelo STF, além da restrição de direitos com intenso controle pela contratada, há maior exposição a riscos ocupacionais, com risco majorado de acidentes do trabalho, acentuando a assimetria na relação jurídica entabulada entre a Uber e seus motoristas.

Na prática, a maior parte dos trabalhadores não efetua os recolhimentos de forma autônoma, justamente em razão da sensível redução de sua renda (em geral proveniente de relações de trabalho precarizadas), conforme demonstrado em pesquisa realizada por Gianasi e Tozi (2023, p. 15-16) pela Universidade Federal de Minas Gerais, a qual apurou que 53,2% dos motoristas que laboram para a Uber não contribuem para a Previdência Social, fato que os alija do sistema de proteção trabalhista e previdenciária.

O panorama fático-jurídico exposto demonstrou estar o Brasil, por meio dos poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário), caminhando a passos largos para afastar-se das regras protetivas do trabalho humano digno, tolerando cada vez mais jornadas de trabalho extenuantes, salários módicos, condições de trabalho absolutamente inadequadas e que causam doenças físicas e mentais (chegando até mesmo a óbitos) e com a precarização das relações trabalhistas sendo implementada paulatinamente, a exemplo das decisões do STF, a legitimação da terceirização (Lei n. 13.429/2017), a reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017) e o Projeto de Lei Complementar n. 12/2024, em clara afronta aos tratados e convenções internacionais que o país ainda segue como signatário e desrespeito aos Direitos Humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a sua fundação, a Uber difunde um discurso na defesa de negócios sustentáveis, no entanto, suas práticas têm sido alvo de questionamento nos territórios nos quais atua, pela centralização de renda em favor do quadro societário e em detrimento dos motoristas, tendo em vista sua resistência em reconhecer os direitos trabalhistas destes trabalhadores.

As práticas de gestão da Uber resultam na precarização das relações de trabalho, pois os motoristas permanecem excluídos dos direitos trabalhistas, assim como dos benefícios previdenciários. Há uma fragilização do sistema da previdência e assistência social, pois mesmo com a Uber efetuando recolhimentos previdenciários que lhe cabem caso o Projeto de Lei Complementar n. 12/2024 seja aprovado com a redação proposta, a precarização das condições de trabalho tendem a aumentar o nível de adoecimento e óbito dos trabalhadores, onerando o sistema de previdência e assistência social, além do cenário provável de grande parte dos motoristas permanecerem inadimplentes, na condição de

segurados delineados no Projeto de Lei Complementar n. 12/2024, pois muito provavelmente darão prioridade ao custeio de alimentação e outros itens de primeira necessidade para e si e para a família, ao invés de adimplir a contribuição previdenciária.

Quanto ao enfrentamento em vias judiciais do tema no Brasil, ao contrário do que vem sendo decidido no direito comparado e tribunais trabalhistas internos, que são favoráveis ao reconhecimento do vínculo empregatício entre a Uber e seus motoristas, em consonância com os princípios do Direito do Trabalho e da Constituição Federal, com respeito à dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República, e com a garantia da efetividade dos direitos fundamentais sociais, o Supremo Tribunal Federal, até o momento do encerramento da pesquisa, tem sinalizado para uma posição majoritariamente voltada para negar o vínculo trabalhista, em viés claramente liberal.

A conclusão aponta um retrocesso sem precedentes na história do Brasil, com triste legado para a atual composição da Suprema Corte Brasileira e, caso tal entendimento se consolide, vislumbra-se um cenário aterrador de confirmação da precarização de direitos trabalhistas no país.

Com tais práticas, pode-se afirmar que há um longo caminho a trilhar pelo Estado brasileiro e suas instituições, na direção de regular as atividades da Uber, assim como as relações com os motoristas, na busca da efetividade dos direitos humanos, pois o panorama fático apresentado contemporaneamente é de precarização e desrespeito aos direitos arduamente conquistados pela classe trabalhadora.

Enfim, é necessário e fundamental que se tenha trabalho. Mas, é preciso também que seja trabalho decente, alinhado com os direitos humanos, que promova a dignidade da pessoa humana e viabilize condições para se construir uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

AMADO, João Leal. As plataformas digitais e o novo artigo 12º-A do Código do Trabalho: empreendendo ou trabalhando? **a Revista. Supremo Tribunal de Justiça**. Lisboa, 2023. Disponível em https://arevista.stj.pt/?page_id=1436. Acesso em 01/04/2024.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**, 1943. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 03/11/2023.

_____. **Lei nº 8.212, 1991**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em 03/11/2023.

_____. **Lei nº 8.213, 1991**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm > Acesso em 03/11/2023.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, DF. **TST- RR – 100353-02.2017.5.01.0066** - Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado, Acórdão publ. 11/04/2022. Disponível em file:///C:/Users/mjmad/Downloads/RR-100353-02_2017_5_01_0066-3.pdf. Acesso em 03/11/2023.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, DF. **TST- Ag – AIRR – 10004-70.2022.5.03.0017** - Relator: Ministro Caputo Bastos, Acórdão publ. 24/10/2023. Disponível em file:///C:/Users/mjmad/Downloads/Ag-AIRR-10004-70_2022_5_03_0017-1.pdf. Acesso em 03/11/2023.

_____. Ministério Público do Trabalho. São Paulo, SP. **Ação Civil Pública Cível 1001379-33.2021.5.02.0004**. Disponível em <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/sentenca-acp-uber.pdf>. Acesso em 03/11/2023.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O Caso Uber e o Controle por Programação: de carona para o Século XIX. *In*: CHAVES JUNIOR, Jose Eduardo de Resende; LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves (orgs.). **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**. São Paulo: LTr, 2017.

CASAGRANDE, Cássio. A jurisdição trabalhista nos Estados Unidos. Disponível em <https://www.trt13.jus.br/institucional/ejud/ejud13/material-de-curso-e-eventos/2019/3o-congresso-internacional-das-escolas-judiciais-dos-trts-da-6a-13a-e-21a-regioes/3-cassio-casa-grande-a-jurisdicao-trabalhista-no-eua.pdf>. Acesso em 01/04/2024.

ESPAÑA. **Tribunal Superior de Justicia de Madrid**, Sala de lo Social, Sección 1ª, Sentencia 40/2020 de 17 Ene. 2020, Rec. 1323/2019. Disponível em <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/53b1b1721a75d34a10b129baa45c19bf179e3f439af7b2cc>. Acesso em 03/11/2023.

EURONEWS. EU Policy. Deal on platform workers, after previous agreement fell apart. Disponível em <https://www.euronews.com/my-europe/2024/03/11/deal-on-platform-workers-after-previous-agreement-fell-apart>. Acesso em 01/04/2024.

EUROPEAN COUNCIL. Council of the European Union. **Platform workers: Council confirms agreement on new rules to improve their working conditions.** Disponível em <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/03/11/platform-workers-council-confirms-agreement-on-new-rules-to-improve-their-working-conditions/>. Acesso em 22/04/2024.

FERNANDES, Marília Costa Barbosa. A evidência do poder de direção do empregador e a subordinação do motorista por aplicativo. In: LIMA, Francisco Gérson Marques de. (org.). **Motoristas de empresas de aplicativos: estudos da proposta de regulamentação do Governo.** pp. 143-153, Fortaleza: Excola Social, 2024. Disponível em <https://drive.google.com/file/d/1BECFHCIHB2AX0DcgHS0kaZ7mGAp2t3aL/view> Acesso em 22/04/2024.

GIANASI, Lussandra Martins; TOZI, Fábio. **Dirigindo para Uber: resultados da pesquisa.** Belo Horizonte: IGC, 2023. Disponível em <https://storage.googleapis.com/wzukusers/user-35094468/documents/2ec6c9bcc8a346e398572f3fdeddfbd8/OPD-DIEESE-Dirigindo-para-a-Uber-Boletim-2023.pdf>. Acesso em 03/11/2023.

GOMES, Calvin Chaves; GOMES, Marcus Maltez Tanajura; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Decisões do STF: sinalização da desproteção aos motoristas plataformizados. In: LIMA, Francisco Gérson Marques de. (org.). **Motoristas de empresas de aplicativos: estudos da proposta de regulamentação do Governo.** pp. 29-44, Fortaleza: Excola Social, 2024. Disponível em <https://drive.google.com/file/d/1BECFHCIHB2AX0DcgHS0kaZ7mGAp2t3aL/view>. Acesso em 22/04/2024.

LANZA, Isaura Barbosa de Oliveira; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; SOUTO MAIOR, Nívea Maria Santos. O giro do TST sobre o trabalho plataformizado: processo histórico, mudança de posição e defesa da justiça social. In: LIMA, Francisco Gérson Marques de. (org.). **Motoristas de empresas de aplicativos: estudos da proposta de regulamentação do Governo.** pp. 71-83, Fortaleza: Excola Social, 2024. Disponível em <https://drive.google.com/file/d/1BECFHCIHB2AX0DcgHS0kaZ7mGAp2t3aL/view>. Acesso em 22/04/2024.

LEME, Ana Carolina Paes. Os motoristas não querem o vínculo de emprego: a visão de sindicalistas a partir do discurso ideológico e a compreensão da realidade baseada em pesquisa científica. In: LIMA, Francisco Gérson Marques de. (org.). **Motoristas de empresas de aplicativos: estudos da proposta de regulamentação do Governo.** pp. 15-28, Fortaleza: Excola Social, 2024. Disponível em <https://drive.google.com/file/d/1BECFHCIHB2AX0DcgHS0kaZ7mGAp2t3aL/view>. Acesso em 22/04/2024.

LIGUE DES DROITS DE L'HOMME – LDH. Uber condamné à une amende de 10 millions d'euros pour atteinte à la protection de la vie privée. Disponível em

<https://www.ldh-france.org/uber-condamne-a-une-amende-de-10-millions-deuros-pour-atteinte-a-la-protection-de-la-vie-privee/>. Acesso em 01/04/2024.

MEIRELES, Edilton; SILVEIRA, Everton Caldas. A natureza da relação jurídica “uberista”. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. Ano 7. n° 2, pp. 571-595, Lisboa, 2021. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/2/2021_02_0571_0595.pdf. Acesso em 01/04/2024.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. A dependência econômica nas plataformas digitais: novas estratégias de direção e controle do trabalho alheio. *In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, v. 66, p. 53-71, jul./dez. 2020. Disponível em <https://sistemas.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/70492/Revista%20TRT-3%2C%20v.%2066%2C%20n.%20102-53-71.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 03/11/2023.

ORDEM DOS ADVOGADOS DE PORTUGAL. Tribunal do Trabalho de Lisboa reconhece contrato de estafeta com a Uber Eats. Disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/imprensa/2024/2/4/tribunal-do-trabalho-de-lisboa-reconhece-contrato-de-estafeta-com-a-uber-eats/>. Acesso em 01/04/2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em 03/11/2023.

_____. **Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil**, 2015. Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em 03/11/2023.

_____. **Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**, 2015. Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em 03/11/2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **2021 Perspectivas Sociais e de Emprego no Mundo. O papel das plataformas digitais na transformação do mundo do trabalho**. Genebra, 2021. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_845019.pdf. Acesso em 01/04/2024.

_____. **Anexos. 2021 Perspectivas Sociais e de Emprego no Mundo. O papel das plataformas digitais na transformação do mundo do trabalho**. Genebra, 2021. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_823118.pdf. Acesso em 01/04/2024.

_____. **Recomendação nº 198.** Disponível em https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument. Acesso em 08/04/2024.

PORTUGAL. **Lei nº 13, de 03 de abril de 2023.** Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/13-2023-211340863>. Acesso em 08/04/2024.

_____. Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa. Juízo do Trabalho de Lisboa – Juízo 8 - **Sentença proferida pela Juíza de Direito Cristina Cruz.** Disponível em <https://praxis.org.pt/wp-content/uploads/2024/02/29354-23.9T8LSB-UBER.pdf>. Acesso em 08/04/2024.

SILVÉRIO, Rafaela Caroline Boiron. A uberização do trabalho e a necessidade de proteção dos trabalhadores na economia do compartilhamento: uma análise da decisão da Suprema Corte do Reino Unido no caso Uber BV e Ors v Aslam e Ors. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol. 89, nº 4, pp. 184-204, out/dez 2023, Porto Alegre, 2023. Disponível em https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/229899/2023_silverio_rafaela_uberizacao_trabalho.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 01/04/2024.

SLEE, Tom. **Uberização: a nova onda do trabalho precarizado.** Tradução: João Peres. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO. **Procurador do Trabalho derruba mito de que não existem ações e leis trabalhistas nos Estados Unidos.** Disponível em https://www.trt7.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3872:procurador-do-trabalho-derruba-mito-de-que-nao-existem-aco-es-e-leis-trabalhistas-nos-estados-unidos&catid=152&Itemid=887. Acesso em 01/04/2024.

DEMOCRACIA DELIBERATIVA NA ERA DIGITAL: IMPASSES E DILEMAS

Milla Benicio Ribeiro de Almeida Câmara¹
Sérgio Antônio Câmara²

Eixo Temático: GT10: Teoria e História do Direito

RESUMO

Esta pesquisa tem como principal objeto as instâncias decisivas para a deliberação democrática, no contexto da sociedade contemporânea, sendo esta marcada pela preponderância de ferramentas e ambientes digitais. Para tanto, propõe-se uma releitura do conceito de deliberação formulado por Jürgen Habermas no século XX, à luz dos atuais dilemas impostos pelos novos arranjos comunicacionais. Tal debate se justifica, na medida em que aumenta a demanda por participação direta na política, ao mesmo tempo em que a internet se estabelece como um novo meio para que esse desejo se concretize. Assim, é essencial questionarmos quando e como a participação, de fato, fortalece o exercício da cidadania.

Palavras-chave: Democracia. Deliberação política. Ambientes digitais.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como principal objeto as instâncias decisivas para a deliberação democrática, no contexto da sociedade contemporânea, sendo marcada pela preponderância de ferramentas e ambientes digitais. Para tanto, propõe-se uma releitura do conceito de deliberação formulado por Jürgen Habermas no século XX, à luz dos atuais dilemas impostos pelos novos arranjos comunicacionais.

Tal debate se justifica, na medida em que aumenta a demanda por participação direta na política, ao mesmo tempo em que a internet se estabelece como um novo meio para que esse desejo se concretize. Assim, é essencial questionarmos quando e como a participação, de fato, fortalece o exercício da cidadania.

¹ Professora Adjunta do IFRJ *campus* Niterói. Doutora em Comunicação e Cultura – UFRJ. Pós Doutora em Comunicação – UFF. Email/lattes milla.camara@ifrj.edu.br; <http://lattes.cnpq.br/9263988405842947>.

² Professor Adjunto da UniLaSalle-RJ. Doutor em História Social da Cultura – PUC. Email/lattes sergio.camara@lasalle.org.br; <http://lattes.cnpq.br/0441928814304615>.

1. A DEMOCRACIA DELIBERATIVA DE HABERMAS

Já há algum tempo, ambientes digitais – como redes sociais, ferramentas de busca e aplicativos de mensagens – têm sido equiparados a espaços formais de deliberação política, em que supostamente todos estariam autorizados a participar do debate público em condições de igualdade. Essa concepção, no entanto, ganha maior dimensão de efetivação sob a tradição kantiana de pensamento, que vê na política uma esfera de liberdade que necessita do aprimoramento do sujeito crítico.

O modelo habermasiano de democracia deliberativa, por exemplo, é pensado a partir de uma “comunicação pública orientada para o entendimento” (Habermas, 1990, p. 43). Segundo o autor, é preciso institucionalizar os procedimentos e pressupostos comunicativos, devido ao risco do esfacelamento da esfera pública pela impossibilidade de comunicação numa sociedade de massa. Por isso, o filósofo formula uma hermenêutica votada à construção do sentido com vistas à compreensão mútua. A partir de uma perspectiva pragmática, elabora regras para a discussão coletiva pautadas no princípio da racionalidade.

2. NOVOS ESPAÇOS DE DELIBERAÇÃO

Ainda que com divergências, todos os modelos deliberacionistas apontam para uma coletividade que ultrapasse o mero conjunto de interesses particulares, a partir do debate público e racional. No entanto, os atuais usos políticos dos ambientes digitais nos levam a inquirir onde afinal começaria a esfera deliberativa e, ainda, se haveria mecanismos para regulá-la caso o conceito abrangesse níveis mais informais e descoordenados de discurso e de ação.

É nesse sentido que vários autores têm buscado atualizar as discussões sobre deliberação a partir de novos dispositivos teóricos, formulando teorias sobre a democracia que tenham como ponto central o próprio cidadão. Jane Mansbridge, por exemplo, toma a conversação cotidiana como elemento fundamental de micronegociação, uma vez que testa ideias – ainda que de forma difusa e descoordenada – no contexto das realidades cotidianas, sendo capaz de pautar debates em esferas mais formais (Mansbridge, 2012, p. 212).

Não se pode ignorar que hoje os processos comunicativos de qualquer ordem se dão em um “ambiente híbrido e interconectado de mídia”, em que “as principais organizações de jornais, TV, rádio, etc., bem como meios de comunicação alternativos, radicais ou independentes, incorporam continuamente inovações de tecnologias baseadas na internet e em formas de comunicação on-line” (Maia, 2018, p. 392). Nesse ambiente híbrido, não só os meios de comunicação em massa e os em rede se complementam na composição de conversações privadas e de debates públicos, como se atravessam, de maneira horizontal, as esferas formais e informais de geração e compartilhamento da informação e de deliberação política. É nesse cenário que uma mensagem conspiracionista no Whatsapp pode ter mais autoridade do que uma notícia baseada em fatos, transmitida pela TV.

As conexões nessa teia, no entanto, não são tão livres ou aleatórias como a princípio se mostram ou almejam se mostrar. Alguns atalhos informativos são construídos, de modo a privilegiar determinados hábitos informativos e modalidades de participação. Assim, a opinião pública tende a se formar a partir de dinâmicas específicas, fundadas na comunicação interpessoal e em redes de contato.

Segundo Wilson Gomes (2018), erige-se um “novo edifício de conhecimento baseado em notícias produzidas e distribuídas pela nossa ecologia midiática conservadora”, em que parecem obstruir o acesso ao conhecimento instâncias antes responsáveis por essa mediação: a mídia (agora suspeita de falseamento sistêmico da realidade), a educação (perseguida como doutrinadora) e a ciência (acusada de não seguir “critérios técnicos”).

Assim, é cada vez mais explícita a crise epistemológica de instituições que têm como fundamento a racionalidade moderna, em vista dos atuais modos de produção e difusão do saber (viabilizados pelas novas mídias digitais e, em alguma medida, legitimados pelas antigas). Como observa Tatiana Dourado, a base dessa suspeição não está no estatuto da verdade, mas nas instâncias de mediação, o que leva à “descrença nos fatos narrados por fontes primárias, desde governos à imprensa” e à “construção de versões deturpadas de acontecimentos públicos, baseadas em teorias da conspiração ou na esquizofrenia populista” (Dourado, 2020, p. 100).

É justamente essa crise epistêmica que enfraquece o valor de dados factuais, tornados equivalente às crenças subjetivas do indivíduo ou de seu grupo social. Na definição do que é verdadeiro ou falso, a “epistemologia tribal” (que movimenta, em especial, grupos conservadores de direita) abandona a premissa da objetividade em detrimento da confirmação do que já se pensa ou do que se deseja pensar. Assim, processos de deliberação tornam-se mais abrangentes, porém mais sectários, o que nos faz inquirir se uma participação dessa ordem, de fato, contribui para o exercício da democracia deliberativa.

Rousiley Maia aponta que a comunicação multi-plataforma permite ao cidadão comum “moldar pessoalmente suas mensagens por uma diversidade de dinâmicas, tais como estabelecer a sua própria ‘redação’ para divulgar materiais semelhantes a notícias, contactar diretamente representantes políticos, criar eventos públicos, iniciar uma mobilização” (Maia, 2018, p. 401). O objetivo de tais iniciativas está menos em criar um ambiente favorável ao debate e mais em direcionar a agenda política segundo os interesses pessoais ou sectários do indivíduo.

Importa, portanto, discutir se essa “deliberação em larga escala”, nas palavras de Mansbridge, corresponde aos padrões de qualidade normativa estabelecidos pelo próprio conceito de democracia deliberativa. Para tanto, seria preciso observar uma movimentação que buscasse atender as premissas da equidade política, da deliberação e da participação em massa: “como as opiniões das pessoas são construídas (deliberação), como são coletadas (participação em massa) e como são contabilizadas (igualdade política)” (Mansbridge, 2012, p. 4).

É fato que ainda nenhum projeto institucional foi capaz de dar conta desses três fatores. Wilson Gomes defende que tal limitação tenha acompanhado toda a trajetória da democracia moderna, a partir de sua própria estruturação histórica. Em suas palavras: “Nela não foram previstos grandes *inputs* do cidadão em suas instituições. Historicamente, prevaleceu um certo nível de autonomia do representante frente aos seus constituintes e as instituições foram moldadas com base nesta premissa” (Gomes, 2018, p. 29).

A separação apontada por Gomes entre a esfera civil (que legitima o poder) e a esfera política (que o opera) trouxe aos cidadãos um sentimento de distanciamento e

impotência em sua experiência da representatividade. É sobre esse mal-estar que tem prosperado o conceito de democracia digital (também estimulado pelas próprias narrativas de otimismo em relação ao desenvolvimento tecnológico).

Gomes nos lembra que os diferentes usos da comunicação digital têm criado espaços de participação civil fora dos períodos eleitorais. Voltamos, no entanto, à questão da qualidade de tais espaços e mesmo dessa participação: os ambientes virtuais fortalecem, com efeito, a vivência democrática?

Mansbridge sugere que alguns pontos influenciam diretamente na complexidade da deliberação política promovida pelas mídias digitais. O primeiro deles seria a infraestrutura sociotécnica em si, como o design das plataformas e sua mediação. (Mansbridge, 2012, p. 14) Levando em consideração justamente tais fatores, Robert Darnton nos mostra como seria ingênuo apostar que o potencial emancipatório da internet foi cumprido, identificando-a com o projeto humanista do Iluminismo.

Ainda que as novas tecnologias digitais sejam capazes de difundir conhecimento numa escala jamais antes imaginada, vemo-nos cada vez mais direcionados a usos da rede que privilegiam os interesses de grandes empresas (em especial, as chamadas “big techs”, mas não só elas) em detrimento das necessidades do usuário.

Darnton ressalta que, no desenvolvimento técnico da internet, “link a link, os interesses comerciais não ficaram só assistindo, passivamente” (Darnton, 2010, p. 21), como a própria sociedade civil e mesmo os governos vêm fazendo, ao permitir que a regulação da *web* seja guiada, em grande medida, pelas forças do mercado. Nas palavras do autor:

Precisamos nos engajar, nos envolver e recuperar o que pertence ao público por direito. Quando digo “nós”, me refiro a nós, o povo, que criamos a Constituição e deveríamos garantir que os princípios iluministas que a norteiam delineiem as realidades cotidianas da sociedade da informação. Sim, é preciso digitalizar. Mas democratizar é ainda mais importante. Precisamos garantir livre acesso à nossa herança cultural. Como fazer isso? Reescrevendo as regras do jogo, subordinando interesses privados ao bem público e nos inspirando nos primórdios da República para criar uma República Digital do Saber. (Darnton, 2010, p. 22)

De uma forma geral, o aprimoramento da experiência de consumo é a justificativa encontrada pelas empresas para legitimar condutas abusivas como o uso de algoritmos complexos e pouco transparentes; de *cookies*, que rastreiam toda e qualquer movimentação que fazemos *online*; ou de contratos de adesão com termos absolutamente desiguais. Sem entrar no mérito de que as plataformas digitais são ambientes que tocam inúmeras dimensões da vida social (não apenas aquela voltada ao consumo), podemos presumir que, mesmo como consumidores, não é a experiência dos usuários que orienta a construção da internet.

Nesse sentido, voltando a Mansbridge, a qualidade da deliberação política que se dá em tais meios vê-se comprometida pela própria infraestrutura sociotécnica que provém o espaço de debate. A isso se vincula o segundo ponto apontado pela autora para qualificar o debate público: a ideologia e o os atores políticos que movimentam as discussões online.

Segundo Rousiley Maia, a deliberação – mesmo com normas mais flexíveis – “é uma forma de comunicação que requer a motivação certa dos participação, demanda tempo e tem custos psicológicos” (Maia, 2018, p. 211). Além disso, é comum que alguns grupos tenham mais influência em certas partes do sistema deliberativo, cujas lacunas nem sempre podem ser remediadas.

Assim, não cabe unicamente à internet a responsabilidade por debates públicos pouco complexos, irascíveis e sectaristas. Mas é necessário entender quais aspectos hoje predominantes dos meios digitais reforçam as fragilidades do sistema deliberativo. Em *This is why we can't have nice things* (o título já diz muito), Whitney Phillips associa a cultura digital ao comportamento *troll*, já presente nos primeiros fóruns *online*, como 4Chain e Reddit.

No entanto, Phillips lembra, antes de tudo, que as “trolagens”, suas vítimas e o meio pelo qual os *trolls* atingem seus fins vinculam-se às condições culturais que viabilizam tais comportamentos (uma cultura machista, racista, com preconceito de classe, homofóbica, etc). Por esse motivo, qualquer análise que busque avaliar o potencial democrático das redes não deve ignorar as raízes ideológicas de um espaço público pouco favorável à pluralidade de ideias (Phillips, 2020).

Outro ponto levantado pela autora é o de que as diferentes mídias continuamente garantem “que o tempo e a energia necessários para trollar valem o esforço. Esses meios de comunicação não apenas dão aos trolls exatamente o que eles querem – especificamente, uma plataforma nacional – como também validam o impulso de trollar” (Phillips, 2020).

Em um trabalho mais recente, Phillips (2020) aponta que a estrutura sociotécnica das plataformas digitais tem como prioridade “engajar” (novo termo na semântica do marketing) os usuários nas redes, maximizando seus lucros. É nesse contexto que se dá o que a autora chama de “tirania de quem fala mais alto”. A base técnica que sustenta nossa experiência na internet segue uma lógica de intensidade monetizada pelo mercado: quanto mais tempo o usuário passa nessas plataformas, mais dados ele gera.

O imenso mapeamento do comportamento online de cada indivíduo permite desde uma segmentação de mercado incrivelmente precisa até a criação de uma “economia psíquica dos algoritmos”, conceito formulada pela pesquisadora da UFRJ, Fernanda Bruno, definido por ela mesma como “o investimento contemporâneo – tecnocientífico, econômico e social – em processos algorítmicos de captura, análise e utilização de informações psíquicas e emocionais extraídas de nossos dados e ações em plataformas digitais” (Bruno, 2019, p. 5).

Phillips já estava atenta ao fato de que os algoritmos dão mais visibilidade a debates polarizados, pouco complexos, sem compromisso com argumentos racionais ou padrões de civilidade. Em suma, os ambientes digitais tendem a estimular dissensões pouco produtivas para o exercício democrático, uma vez que a relevância de uma postagem nas redes sociais ou de uma ocorrência numa plataforma de busca depende antes de respostas impulsivas do que de diálogos ponderados.

A autora demonstra que estímulo à agressividade tem início nos próprios mecanismos de interação nas plataformas, restritos, por exemplo, a recursos como curtidas, breves comentários e compartilhamento de postagens, mecanismos que fragmentam a experiência de um debate mais consistente. Outro ponto é a comoditização de dados, que transforma as comunidades e seus engajamentos em mercados.

Aqui voltamos a Bruno, que dá um passo além, ao compreender que algumas das mudanças nas estratégias de gestão algorítmica relacionam-se ao atual modelo de negócios das plataformas digitais. “Para a expansão deste mercado de dados, uma condição é fundamental: que os usuários gastem o maior tempo possível em plataformas ou dispositivos, para, assim, seus dados serem extraídos e seus comportamentos se tornarem reconhecíveis e suscetíveis a intervenções.”

Bruno observa que hoje a oferta personalizada de um mundo visível de ações e interações possíveis é formulada a partir da disposição do usuário de permanecer mais ou menos tempo na plataforma em função de determinado conteúdo. Busca-se, com isso, promover o engajamento nas redes, não pela qualidade da informação disponível, mas pelo tipo de reação que determinado tema suscita, pelos formatos privilegiados, etc.

A pesquisadora pontua ainda que esse tipo de gestão algorítmica requer uma linguagem ao mesmo “legível para os padrões e lógicas da máquina, como também operável para a tradução de outputs interpretáveis por humanos” (Bruno, 2019). Nesse sentido, as plataformas orientam seus usuários a se expressarem a partir de uma concepção bastante precária do que são emoções como raiva, tristeza ou desprezo.

O modo, portanto, como as redes vêm sendo geridas dificultam que o espaço deliberativo funcione bem, já, para tanto, ele deve filtrar e descartar “as piores ideias disponíveis sobre assuntos públicos, enquanto recolhe, adota e aplica as melhores” (Maia, 2018, p. 211). Por outro lado, o indício de seu mal funcionamento é a distorção de fatos, proposições sectárias e o estímulo a formas de pensar e agir que não beneficiam os cidadãos, tampouco o espaço político de uma forma geral.

Rousiley Maia conclui, desta forma, que as novas oportunidades de exercício da democracia e de difusão da informação e do conhecimento “andam de mãos dadas com a concentração da propriedade dos meios de comunicação tradicionais e novos, o crescimento do mercado de publicidade digital e o desenvolvimento de mecanismos de busca projetados para manter a atenção do público manipulável” (Maia, 2018, p. 397).

A questão que surge com força na compreensão das transformações da esfera pública, sem dúvida, é a sua debilitação dos aspectos políticos na contemporaneidade, tema central da obra de Theodor Adorno. Observa-se um deslocamento sensível de

Habermas em torno desse tema, sem perder de vista a importância dos desdobramentos teóricos do conceito de Indústria Cultural e da instrumentalização da razão. No prefácio de 1990 para *Mudança Estrutural na Esfera Pública*, passa a rever a posição mais pessimista que nutria à altura da sua tese do início da década de 1960.

É instigante acompanhar o esforço de um intelectual como Habermas no fortalecimento das dinâmicas do discurso e da argumentação, enfim da política como exercício da liberdade, base da própria democracia. A legitimidade, portanto, somente pode ser buscada na atitude reflexiva como fundação e refundação de uma sociedade aberta para a multiplicidade de vozes em permanente disputa.

Algo que passa necessariamente por um longo investimento na análise das práticas discursivas, ou seja, da potenciação no mundo da vida, conforme podemos observar no aludido prefácio de 1990:

(...) podemos retomar enfim a descrição de uma esfera pública política em que se cruzam ao menos dois processos: de um lado, a criação comunicativa do poder legítimo; de outro, o uso manipulador dos meios de comunicação para produzir a lealdade das massas, a informação e a *compliance* [conformidade] em relação aos imperativos sistêmicos. A questão pendente sobre a base e as fontes de uma formação informal de opinião em esferas públicas autônomas não pode mais ser respondida com uma referência às garantias de *status* fornecidas pelo Estado de bem-estar social e com a demanda holística de uma auto-organização política da sociedade. Ao contrário, completa-se no círculo entre a mudança estrutural da esfera pública e aquelas tendências de longo prazo que a teoria da ação comunicativa concitou como *racionalização do mundo da vida*. (Habermas, 2014, p.80).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando pensamos em deliberação e participação política, devemos pautar-nos em indivíduos reais de nosso tempo, que, segundo Wilson Gomes (GOMES, p. 36-37), não mais se dispõem a sacrifícios em nome de um ideal coletivo. Os objetivos e meios de participação se modificaram de forma profunda com a consolidação de uma sociedade que, contraditoriamente, tem seu senso tradicional de coletividade obscurecido à medida que se torna mais e mais conectada.

Nesse sentido, é possível que a questão sobre o acesso à participação política seja um falso dilema, e o foco de nossas análises deva recair sobre a possibilidade de regulação

dos espaços de deliberação – sejam eles, formais ou informais. Parece-nos um risco à democracia tanto o apego às antigas modalidades de participação quanto a prática acrítica daquelas que hoje nos são apresentadas.

O desafio reside na construção do consenso como decorrência da participação e da comunicação dos diversos atores sociais, logo não apenas é necessário que a discussão atenda a procedimentos que preservem tanto a sua comunicação quanto a sua racionalidade, em termos práticos, mas também que reconheça a questão ética como horizonte do esforço coletivo.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Lições sobre a filosofia política de Kant**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.

BRUNO, Fernanda; BENTES, Anna Carolina; FALTAY, Paulo. Economia psíquica dos algoritmos e laboratório de plataforma: mercado, ciência e modulação do comportamento. **Revista Famecos**, Porto Alegre, v. 26, n. 3, set., dez. 2019.

DARNTON, Robert. **A questão dos livros**. Passado, presente e futuro. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

DOURADO, Tatiana Maria Silva Galvão. Fake news na eleição presidencial de 2018 no Brasil. Tese doutorado apresentada Programa de Pós-Graduação em Comunicação e Cultura Contemporâneas, Faculdade de Comunicação, Universidade Federal da Bahia. Orientador: Prof. Dr. Wilson Gomes. 2020. Disponível em <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/31967>. Acesso em 16/03/2021.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**. Estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. **Três modelos normativos de democracia**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política. 1995, n.36, pp.39-53. ISSN 0102-6445.

_____. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

GOMES, Wilson. **A democracia no mundo digital**. História, problemas e temas. São Paulo: Edições. Sesc São Paulo, 2018.

_____. Participação política online: Questões e hipóteses de trabalho. In: Maia, Rousiley Celi Moreira; Gomes, Wilson; Marques, Francisco Paulo Jamil Almeida. (Orgs.) **Internet e participação política no Brasil**. Porto Alegre: Sulina, 2017.

JENKINS, Henry et al. **Confronting the Challenges of Participatory Culture Media Education for the 21st Century**. Londres: The MIT Press Cambridge, 2009.

KNOBEL, Michele; LANKSHEAR, Limor. Memes on-line, afinidades e produção cultural (2007-2018). In: CHAGAS, Viktor (org.) **A cultura dos memes: aspectos sociológicos e dimensões políticas de um fenômeno do mundo digital**. Salvador: EDUFBA, 2020.

MAIA, Rousiley. Deliberative Media. In: **The Oxford Handbook of Deliberative Democracy**. Editado por: BÄCHTIGER, Andre; DRYZEK, John S.; MANSBRIDGE, Jane; WARREN, Mark. Oxford: Oxford University Press, 2018.

MANSBRIDGE, Jane. Everyday Talk in the Deliberative System. In: MACEDO, Stephen. (Ed.) **Deliberative Politics**. Essays on Democracy and Disagreement. Belo Horizonte: Autêntica, 2009. New York, Oxford: Oxford University Press, 1999.

PHILLIPS, Whitney. **How to be Angry on the Internet (Mindfully)**, Part 1. 2020. Disponível em <https://commonplace.knowledgefutures.org/pub/95u2fedi/release/1>. Acesso em 14/02/2020.

_____. This Is Why We Can't Have Nice Things. Mapping the Relationship between Online Trolling and Mainstream Culture. Massachusetts: The MIT Press, 2015.

ROSANVALLON, Pierre. **Counter-democracy**. Politics in an Age of Distrust. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

VÖLKER, Teresa. Deliberative Democracy in the Age of Social Media. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 73-105, 2019. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>. Acesso em 10/03/2024.

HANNAH ARENDT E AS BASES KANTIANAS DA PLURALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Luísa Ferreira Medina Trindade¹
Sérgio Antônio Câmara²

Eixo Temático: GT10: Teoria e História do Direito

RESUMO

O Holocausto, um dos eventos mais marcantes e perturbadores do século XX, deixou uma marca permanente na história da humanidade. Analisado por pensadores proeminentes como Hannah Arendt, esse genocídio perpetrado pelo regime nazista durante a Segunda Guerra Mundial resultou na perda de milhões de vidas, principalmente de comunidades judaicas, além de outros grupos considerados indesejáveis. A magnitude do sofrimento humano e a brutalidade sistemática desencadearam uma profunda reflexão sobre a necessidade de proteger os direitos fundamentais de todos os indivíduos. Neste artigo, investigamos como a ruptura do totalitarismo, exemplificada pelo regime nazista e o Holocausto, implica na ausência de salvaguardas legais que tradicionalmente garantiriam os direitos e liberdades dos cidadãos. Esta lacuna cria um ambiente no qual o poder do regime se torna absoluto e a arbitrariedade prevalece sem restrições. Hannah Arendt identifica essa ruptura como um ponto crucial na dinâmica totalitária, pois não apenas mina as bases legais da sociedade, mas também degrada a própria condição humana diante do poder opressivo do Estado. Este evento, conforme descrito por Arendt, catalisou a urgência e a importância da institucionalização dos Direitos Humanos, transformando-os em um pilar central do ordenamento jurídico internacional. Para avançar nesse propósito, exploraremos o conceito de Humanidade sob a ótica de Arendt e sua conexão com a filosofia kantiana da universalidade dos princípios morais. Este estudo visa contribuir para uma compreensão mais profunda das implicações históricas, legais e filosóficas do Holocausto, além de destacar a importância contínua da proteção dos direitos humanos em todo o mundo.

Palavras-chave: Direitos Humanos, Totalitarismo, Pluralidade.

INTRODUÇÃO

Nos estudos das ciências sociais aprendemos que existem várias formas de poder, quando estudamos as teorias de Hannah Arendt percebemos que esse poder não é necessariamente exclusivamente bélico, como as referências culturais podem se transformar em uma poderosa arma na difusão de ideologias políticas, e ainda, como ela

¹ Graduanda em Direito – UNILASALLE – Rio de Janeiro; e-mail: luisa.trindade@soulasalle.com.br. Bacharel em Relações Internacionais (PUC-Rio).

² Doutor em História pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – Professor Adjunto da Unilasalle-RJ. Email: prof.sergio.camara@soulasalle.com.br; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0441928814304615>

pode ser apontada como um dos grandes contribuidores para eclosão de grandes conflitos.

O presente artigo, portanto, se propõe a analisar o momento histórico do holocausto, as heranças culturais que contribuíram para o começo desse evento e como esse culminou em um novo momento se tratando de direitos, tendo como ótica a perspectiva da pensadora Hannah Arendt e ainda, como o pensamento dela transmite ideais forjados pelo iluminismo.

1. CONTEXTO HISTÓRICO

Durante o século XIX e as primeiras décadas do século XX, o território que hoje compreendemos como Alemanha foi protagonista de uma série de mudanças, dentre elas: a intensificação na produção de carvão, que auxiliou no desenvolvimento econômico do Reino da Prússia; aliado ao fortalecimento dos ideais nacionalistas na região que defendiam a unificação do povo de origem germânica que viriam por agir como fio condutor para as guerras de unificação do estado-nação e portanto para formação da própria Alemanha; além do intenso crescimento populacional na região.

Tantas mudanças levaram a questionamentos, inclusive no que consistiria ser um alemão. Muitos tinham como resposta para essa pergunta o *Volk*, *Volk* significa de forma direta significa povo, no entanto possui um sentido muito mais profundo, para o movimento *Völkisch* consistiria na conexão “quase mística que um grupo de pessoas que fala a mesma língua e compartilha uma herança cultural tem com o solo de sua terra natal.” (Rees, 2018, p.17). Podemos compreender o movimento *Völkisch* como um tipo de movimento populista alemão que exaltava uma ideia romântica do nacional, relacionada a um grupo étnico alemão.

O conceito do *Volk* acabou servindo como base para diversos movimentos nacionalistas conservadores alemães, vindo a ser absorvido por Hitler e seu projeto de Alemanha nazista. Esses movimentos nacionalistas exaltavam as origens da identidade nacional da dita raça alemã em todos os aspectos que eles compreendiam como de um alemão original, até mesmo o tipo de profissão que exerciam, o movimento acabava, portanto, por excluir os judeus alemães, tendo vista que esses não seriam oriundos da

floresta como um típico alemão deveria ser. À medida que o *Volk* era posto pela mídia como um exemplo a ser seguido, os judeus se tornaram um símbolo de tudo o que havia de errado com a nova Alemanha.

Pode ser observado desse momento em diante um grande crescimento do antissemitismo, o que era visto nos meios de comunicação começou a ser cada vez mais visto como verdade absoluta, os judeus não eram vistos como parte da nação já que não refletiam o que era esperado de um cidadão alemão. Vale ressaltar que a ideia do antissemitismo ainda não era radical e sistemática como se tornaria posteriormente, principalmente depois da Primeira Guerra Mundial, até o momento o antissemitismo era entendido como uma discriminação.

O desencadeamento da Primeira Guerra Mundial pode ser atribuído, em grande parte, às tensões acumuladas ao longo do século XIX, originadas de eventos como a Revolução Industrial, que provocou uma intensificação na competição comercial, resultando na divisão da Europa e do Velho Mundo. Concomitantemente, os Estados envolvidos na contenda participaram de uma corrida armamentista, evidenciando a iminência de um conflito, período conhecido como Paz Armada. Junto a isso, conflitos preexistentes, como a Guerra Franco-Prussiana, engendraram um ressentimento significativo por parte da França, o famigerado revanchismo francês, prejudicando suas relações com a Alemanha.

Apesar desses elementos, o período que compreendeu de 1871 até o início do conflito, denominado Belle Époque, foi marcado por avanços notáveis nas esferas tecnológica, científica e cultural, refletindo uma época de grande prosperidade. Contudo, a busca das potências europeias por colônias na África, o crescente nacionalismo bélico

- não apenas na Alemanha- e a unificação alemã contribuíram para desequilibrar a estabilidade na Europa. Esses fatores, combinados com as tensões previamente mencionadas, proporcionaram às potências mundiais uma sensação de ameaça, o que para eles era razão legítima que as autoriza a iniciar um conflito assim que um motivo publicamente claro e aceitável para o mundo civilizado aparecesse.

O evento catalisador que precipitou o início formal da Primeira Guerra Mundial

foi o assassinato do arquiduque Francisco Ferdinando, herdeiro do trono da Áustria-Hungria, e de sua esposa em 28 de junho de 1914, durante uma visita a Sarajevo, capital da Bósnia. Este acontecimento foi selecionado como o estopim devido ao clima de tensões que já permeava a Europa. Após o assassinato, a Áustria-Hungria declarou guerra à Sérvia, desencadeando uma série de eventos que exacerbaram as rivalidades existentes entre as potências europeias.

Este conflito inicial entre Áustria-Hungria e Sérvia provocou uma reação em cadeia devido às alianças militares preexistentes. A Sérvia contava com o apoio da Rússia, que fazia parte da Tríplice Entente junto com a França e a Inglaterra. Por outro lado, a Áustria-Hungria formava a Tríplice Aliança com a Alemanha e, por um período, com a Itália. A declaração de guerra da Áustria-Hungria à Sérvia mobilizou os aliados, resultando em uma escalada rápida do conflito para além das fronteiras originais, culminando no início efetivo da Primeira Guerra Mundial.

O conflito que teve início em 1914 perdurou até 1918, sendo comumente atribuído à entrada dos Estados Unidos da América na Tríplice Entente em 1917. Nesse momento, a Alemanha desfrutava de vantagens substanciais sobre a Tríplice Entente, composta por nações aliadas aos Estados Unidos, embora este país ainda não estivesse formalmente engajado no conflito. Diante da iminente vitória alemã, os Estados Unidos decidiram participar oficialmente da guerra, fornecendo tropas médicas, soldados e suprimentos, desempenhando um papel crucial no auxílio às forças aliadas e contribuindo significativamente para reverter o panorama europeu na época.

A Alemanha, por sua vez, enfrentou uma série de derrotas em batalhas, refletindo a situação financeira precária do país devido ao desgaste econômico resultante da guerra. Essa situação não era única para os demais países da Tríplice Aliança, todos os quais se encontravam em uma condição financeira exaurida. Além disso, o aumento do desemprego e as dificuldades na obtenção de suprimentos básicos pela população tornaram a guerra desprovida de sentido aos olhos daqueles que não tinham mais acesso ao essencial para sua subsistência.

Em decorrência desses fatores, o Império Otomano, a Alemanha e os demais

países vinculados à Tríplice Aliança renderam-se, e em 1918, foi declarado o término da Primeira Guerra Mundial, com a Tríplice Entente, composta pelos Estados Unidos, França, Inglaterra e Sérvia, emergindo como a parte vitoriosa, consolidando sua conquista por meio da assinatura do Tratado de Versalhes. Este tratado, por sua vez, impôs uma série de restrições e penalidades à Alemanha, atribuindo-lhe a total responsabilidade pelo conflito.

O Tratado de Versalhes estabeleceu que a Alemanha era a única e integral culpada pela guerra, resultando na imposição de severas restrições ao país. Conforme as cláusulas do tratado, a Alemanha estava proibida de manter um exército com efetivo superior a 100 mil soldados, produzir armas ou tanques. Adicionalmente, a nação alemã perdeu suas colônias na África e Ásia, teve que devolver a região da Alsácia-Lorena à França, cedeu partes de seu território, bem como suas minas de carvão e ferro. Além dessas disposições territoriais, a Alemanha foi compelida a efetuar pagamentos significativos em indenizações aos países vencedores, delineando assim as condições punitivas impostas pelo Tratado de Versalhes.

A Alemanha, já enfrentando desafios econômicos significativos durante a Primeira Guerra Mundial, viu-se confrontada com agravamentos adicionais, caracterizados por taxas elevadas de desemprego e inflação. Além dessas adversidades financeiras, o país experimentava uma transição tumultuada de um sistema imperial para uma república. Essa conjuntura de instabilidade exacerbou consideravelmente o descontentamento entre a população alemã, que percebia o tratado de paz como humilhante e abusivo.

A completa instabilidade na Alemanha provocou uma intensa revolta entre seus cidadãos, que se sentiram desrespeitados pelas condições estipuladas no Tratado de Versalhes. Esse ambiente hostil não apenas fomentou um desejo de vingança, posteriormente manifestado na eclosão da Segunda Guerra Mundial, mas também amplificou os sentimentos nacionalistas na nação germânica. Essa resposta nacionalista, por conseguinte, teve repercussões notáveis nas dinâmicas políticas e sociais do país, moldando sua trajetória histórica subsequente.

A desconfiança em regimes liberais e o receio do comunismo, que emergia na Rússia, motivaram o surgimento de ideologias de extrema-direita em países que saíram debilitados da Primeira Guerra Mundial, como a Itália e a Alemanha. Tais ideologias prometiam uma mudança radical e uma melhoria nas condições adversas enfrentadas por essas nações, atraindo apoio significativo. Esse fenômeno reflete a complexidade das influências históricas e ideológicas que contribuíram para a ascensão de regimes autoritários no período entre as duas guerras mundiais.

2. O PAPEL DA PROPAGANDA

A expressão artística, enquanto manifestação da cultura popular, possui a capacidade lúdica de refletir contextos reais, tanto em nível nacional quanto internacional. Nesse contexto, uma análise aprofundada se faz imperativa, considerando a maneira pela qual a arte busca interpretar inicialmente eventos autênticos e qual mensagem é assimilada pelo público.

Com a consolidação da perspectiva que encara a arte como um produto consumível dentro do âmbito da indústria cultural, surge um interesse crescente na compreensão de como o elemento mítico pode desempenhar um papel central no discurso cotidiano. Este interesse da luz a Virada Estética, uma teoria renomada nas Relações Internacionais, onde abordagens estéticas passam a ser empregadas como instrumentos robustos para a reflexão sobre questões da política mundial.

Segundo Gilles Deleuze (1990), os indivíduos estão sujeitos a mecanismos de controle e formação intrinsecamente vinculados à comunicação, resultando em uma sociedade inteiramente influenciada e restringida por elementos culturalmente disseminados no cotidiano. Consistentemente com a abordagem de Deleuze, Nexon e Neumann (2006) destacam a relação direta entre a construção da moral e a cultura. É notável que elementos da cultura popular, como música, cinema e literatura, juntamente com as narrativas que advogam, exercem uma influência psicológica tanto no consciente quanto no subconsciente do público-alvo. Essas influências contribuem para a consolidação de crenças coletivas que, por sua vez, podem exercer impacto direto sobre a esfera política.

No âmbito das Relações Internacionais, Roland Bleiker (2009) figura como um destacado contribuinte para o avanço e reconhecimento das abordagens estéticas como instrumentos de estudo no campo. Seu artigo intitulado "Aesthetics and World Politics" tornou-se notório por explorar o conceito de teoria mimética e teoria estética. No contexto das teorias miméticas, ocorre uma busca por imitar e representar o mundo tal como é, uma reprodução que procura ser a imagem fidedigna da realidade política, exemplificada pela teoria realista. Por outro lado, a teoria estética admite a existência de uma lacuna entre a realidade e sua representação, reconhecendo nessa lacuna um potencial político para reinterpretar os conflitos e dilemas da política contemporânea.

Diferentemente das teorias miméticas, que tendem a negar ou perceber essa lacuna como uma ameaça à ordem estabelecida, a abordagem estética, defendida por Bleiker e outros teóricos, reconhece na estética a capacidade de introduzir uma dimensão distinta à compreensão política. A estética, segundo esta perspectiva, desempenha um papel crucial na elaboração de discursos éticos essenciais para a compreensão de debates políticos. Em outras palavras, a arte possui a habilidade singular de traduzir situações complexas de forma acessível, simplificando-as para aqueles que não possuem as mesmas habilidades de leitura. Além disso, ela tem o poder de moldar a percepção do sujeito, levando a compreensão da realidade para além do óbvio.

Até mesmo a arquitetura, pode ser instrumentalizada como um mecanismo de poder, sendo notável sua utilização pelo líder político Adolf Hitler como uma ferramenta de propaganda. Este emprego da arquitetura visava não apenas aspectos estéticos, mas também funcionava como um dispositivo destinado a inspirar fervor e lealdade entre seus seguidores, conforme explicitado por Hitler em diversas ocasiões, como exemplificado a seguir:

O grande programa de construções é um tônico contra o complexo de inferioridade do povo alemão. Quem deseja educar o povo deve dar-lhe razões visíveis para orgulhar-se, não com o mero propósito ostentatório, mas para dar segurança à nação. Uma nação de oitenta milhões de habitantes tem o direito de possuir semelhantes edifícios, e nossos inimigos e seguidores devem saber que esses edifícios reforçam nossa autoridade. (Hitler apud Sudjic, 2007, p.37)

Entretanto, a arquitetura não constituiu a única ferramenta empregada durante o período em questão. A principal estratégia de promoção das políticas adotadas pelo Terceiro Reich residia na propaganda, atuando como um meio de difusão dos ideais alemães. Estes ideais não se limitavam apenas ao conceito pré-existente de *volk*, mas envolviam uma concepção de pureza racial amplamente defendida pelos grupos extremistas que detinham posições de poder proeminentes no país. A defesa da ideia de uma raça alemã pura implicava na exclusão da consideração de pertencimento àqueles que não se enquadravam nesse padrão, chegando ao extremo de considerar até mesmo o uso da língua como um ato subversivo. Essa perspectiva tornava-se evidente por meio das elaboradas propagandas disseminadas pelo governo.

O reflexo desse cenário manifestou-se no aumento substancial de destruição e profanação de sinagogas, vandalismo em estabelecimentos comerciais e humilhações públicas infligidas aos judeus após a ascensão do Terceiro Reich e a disseminação de suas políticas públicas pelos meios de comunicação.

3. O QUE É O TOTALITARISMO

Para uma compreensão aprofundada do nazismo e dos eventos que marcaram o período explorado pela socióloga Hannah Arendt em suas teorias, torna-se indispensável abordar o conceito de totalitarismo. As pesquisas realizadas sobre o totalitarismo revelam que os Estados sob essa forma de governo tendem a ser altamente militarizados e repressivos, exercendo amplo controle sobre todas as dimensões da sociedade e das vidas individuais que a compõem.

Dentre as características preponderantes desses Estados totalitários, destaca-se o autoritarismo, caracterizado pela concentração de poderes na figura de um líder supremo, representante dos interesses de um grupo político restrito que organiza o Estado para impor seus projetos, eliminando opositores e reprimindo qualquer forma de crítica. A aceitação generalizada desse líder pela maioria da população é crucial, sendo que a figura do líder personifica os anseios da sociedade e reforça a manifestação de comportamentos coletivos autoritários. Essa aceitação é facilitada pela intensa disseminação de propagandas por meio dos meios de comunicação de massa, difundindo assim a ideologia

do regime e conquistando o apoio da população.

Na Alemanha nazista, durante os anos de 1933 a 1945, inúmeros cartazes foram utilizados para disseminar os valores, instituições e programas vinculados ao regime, conforme previamente explanado. O cinema desempenhou um papel significativo na promoção da ideia de um Estado coeso, poderoso e superior a qualquer indivíduo. Regimes totalitários europeus, como o fascismo na Itália e o nazismo na Alemanha e até mesmo o Stalinismo na União Soviética mobilizaram a população prometendo um destino glorioso. As ações do presente eram justificadas como o necessário para alcançar um futuro melhor, um projeto reforçado por grandiosas manifestações públicas, tais como desfiles militares e comícios, transformando cada cidadão em um soldado da pátria, pronto para agir contra os inimigos da nação.

4. PERSPECTIVA DA HANNAH ARENDT

A filósofa política renomada do século XX, Hannah Arendt, examinou a deterioração das fundamentações legais da dignidade humana em seu trabalho, especialmente no livro "Eichmann em Jerusalém: Um Relato sobre a Banalidade do Mal". Ao investigar o julgamento de Adolf Eichmann, oficial nazista encarregado da logística do Holocausto, Arendt destacou sua utilização de argumentos legais e burocráticos como meio de se desvincular da responsabilidade moral, diferente de muitos ela não considerava Eichmann como um monstro diabólico, mas sim como alguém que se submetia de maneira burocrática e sem questionamentos às ordens do regime nazista.

A análise de Hannah Arendt sobre a banalidade do mal ressalta a conformidade automática de indivíduos, exemplificada por figuras como Adolf Eichmann. Apesar da eficiência burocrática notável, Eichmann, segundo Arendt, não se envolveu em uma reflexão ética profunda sobre as ordens do regime nazista. Essa falta de questionamento moral e a obediência cega às autoridades sem uma avaliação crítica das ações contradizem a ênfase kantiana na autonomia moral.

Isso pois, para Kant, existem princípios éticos aplicáveis a todos os seres racionais que compõem as leis morais universais. Ele sustentava que a moralidade está

fundamentada em leis que se estendem universalmente e devem ser observadas por todos os seres racionais, independentemente das circunstâncias individuais. A obrigação individual, isto é, o que é moralmente exigido de uma pessoa específica, é derivada dessas leis universais.

Arendt critica então, a obediência cega e a falta de pensamento crítico observados no evento em questão, que vão contra os princípios éticos kantianos. Enfatiza a importância de questionar e avaliar criticamente a moralidade das leis e ordens impostas, não apenas seguir cegamente o que é legal. Ela ressaltou a necessidade de uma consciência moral individual, mesmo ao obedecer às leis estabelecidas.

Arendt enfatizava a importância da ação política e do debate público para a democracia, onde os indivíduos podiam expressar suas opiniões, contestar ideias e contribuir para a formação da vontade política coletiva. Para ela, a democracia representava um espaço onde os cidadãos podiam exercer a liberdade política através da participação ativa na esfera pública.

Essa ideia de participação do povo para estruturação de leis que realmente sustente a pluralidade da população, respeitando as suas diferenças é uma ideia claramente kantiana. Kant propõe que a norma não seja um instrumento de coação e sim o resultado de um debate, a lei surge por meio de uma discussão de ideias. Sair do particular para o universal, diferente por exemplo de maquiavel que via todas as questões como particulares. Por isso, para Kant *“todo ser humano tem um direito legítimo ao respeito de seus semelhantes e está, por sua vez, obrigado a respeitar todos os demais.”*, essa é uma passagem de Kant que demonstra o anseio pelo reconhecimento dos direitos básicos inerentes a todo homem já no século XVIII.

5. INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Após a Segunda Guerra Mundial, houve uma mudança significativa no reconhecimento e na proteção dos direitos humanos em todo o mundo, um bom exemplo disso é o estudo já citado de Hannah Arendt acerca do período. Esse momento da história marcado por atrocidades inimagináveis, especialmente durante o regime nazista, acabou

gerando uma resposta global para garantir que tais violações não se repetissem, florescendo ideias de direitos humanos.

A criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 desempenhou um papel crucial na institucionalização do que entendemos hoje como direitos humanos. A ONU foi elaborada pelo presidente americano Franklin D. Roosevelt sucedeu a Liga das Nações, organização criada no pós 1ª Guerra Mundial na tentativa de agir como um mantenedor da paz em contexto internacional. No entanto, não contava com a adesão de alguns países importantes no panorama da época, como o próprio governo norte americano, e não dispunha de uma liderança executiva muito significativa, o que dificultava na proporção dos ideais da organização.

No caso da ONU, não apenas a adesão ao projeto foi um sucesso se comparado a Liga das Nações, mas também se tornou uma plataforma internacional para promover a cooperação e a paz entre as nações, e um dos seus principais objetivos é proteger os direitos humanos em todo o mundo. Através de suas agências e órgãos, como o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, a ONU desempenha um papel vital na promoção e proteção desses direitos.

Um marco fundamental nesse processo foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948. A declaração estabeleceu um conjunto abrangente de direitos fundamentais, incluindo o direito à vida, à liberdade, à igualdade perante a lei e à liberdade de expressão, com o objetivo de evitar casos como de abuso e desrespeito como os que aconteceram durante a 2ª Guerra Mundial.

Os Tribunais de Nuremberg e Tóquio também foram estabelecidos para julgar os líderes nazistas - como no caso Eichmann - por crimes de guerra e contra a humanidade. Esses tribunais representaram uma mudança significativa ao responsabilizar individualmente os perpetradores das atrocidades por suas ações, estabelecendo assim um precedente importante para a responsabilização por violações graves dos direitos humanos.

Além disso, várias organizações internacionais foram formadas para promover e proteger os direitos humanos, como o Conselho da Europa, responsável pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Instrumentos jurídicos internacionais, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também foram adotados para fortalecer a proteção dos direitos humanos em diferentes áreas.

Esses desenvolvimentos representaram um compromisso global para reconhecer e proteger os direitos fundamentais de todos os seres humanos, independentemente de sua origem, raça ou religião. Embora desafios persistentes permaneçam na realização plena desses direitos em todo o mundo, a institucionalização dos direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial estabeleceu as bases para um movimento contínuo em direção a uma sociedade mais justa e igualitária.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modo escolhido por Arendt para tematizar o totalitarismo retoma as bases da obra de Kant. Pretende, portanto, potenciar a dimensão política como campo de fundamentação e responsabilidade da ação humana. Entende-se nessa direção que o pensamento crítico, a *ousadia do saber*, lema (*Wahlspruch*) estabelecido na *Aufklärung*, vem coerentemente a se revelar como a senda aberta para a elaboração política da esfera pública. E ainda: acena para a atualização da filosofia como *exame livre e público*, sem com isso confundir-se ela própria com o fazer político.

Incomunicabilidade e isolamento são as formas totalitárias de anulação da vida ativa na esfera pública e, como consequência de tudo aquilo que informa o sentido humano de consciência, decisão e responsabilidade. Nesse mesmo passo, cabe observar a centralidade da noção de dignidade humana para os direitos humanos. Segundo Kant, tal noção remonta à liberdade do ser racional, marca inegociável da sua existência *como fim em si mesmo*.

Disso decorre o compromisso global de reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais, conforme anteriormente mencionado. A compreensão filosófica da

cidadania cosmopolita não deixa de ser um desdobramento da visão kantiana, em tudo normativa, acerca da necessária universalização da razão.

Hannah Arendt, em *Lições sobre a filosofia de Kant*, examina os meios que dispomos para alcançar com qualidade o ponto de vista geral, jamais pelo apagamento das diferenças, o que seria próprio da operação conceitual, mas pelo reconhecimento das condições particulares. Lemos na sétima lição:

O “alargamento do espírito” assume um papel crucial na Crítica do juízo. Ele é alcançado “mais por meio da comparação do nosso juízo com os juízos possíveis, do que [da comparação] com os juízos reais dos outros, e colocando-se no lugar de qualquer outro homem”. A faculdade que torna isso possível é a imaginação. (...) O pensamento crítico é possível apenas à medida que os pontos de vista dos outros estão abertos à inspeção. Desse modo, o pensamento crítico, embora seja uma ocupação solitária, não se separa de “todos os outros”. Certamente ele ainda se dá em isolamento, mas, pela força da imaginação, torna presente os outros e, assim, move-se em um espaço potencialmente público, aberto a todos os lados; em outras palavras, ele adota a posição do cidadão do mundo de Kant. Pensar com a mentalidade alargada significa treinar a própria imaginação para sair em visita. (Arendt. 1993, p. 56-57).

A *mentalidade alargada* é condição *sine qua non* de uma sociedade plural e democrática. O diálogo se mostra um aliado na manutenção dos direitos. Na realidade, o que hoje compreendemos como sociedade democrática só é possível por conta de muitos processos políticos de ampliação da participação popular. Uma situação-limite como o holocausto deve ser estudada e rememorada. E somente assim podemos evitar o esvaziamento do sentido de humanidade. A obra de Hannah Arendt é um emblema da tarefa do pensamento, desse diálogo incontornável do indivíduo consigo mesmo, cuja materialização é o respeito com o outro e a institucionalização dos direitos.

REFERÊNCIAS

ARENDRT, Hannah. **Lições sobre a filosofia política de Kant**. Rio de Janeiro, Relume-Dumará, 1993.

ARMENTANO, Giulia Neiva. A Dimensão Cultural das Relações Internacionais em “Hitler Builds”: Os Efeitos da Propaganda Nazista Sob A Óptica das Teorias Realista e construtivista. **ESRI**, 14 set. 2021. Disponível em <https://relacoesinternacionais.com.br/a-dimensao-cultural-das-relacoes-internacionais-em-hitler-builds/>. Acesso em 02/02/2024. BARBOSA, Caroline de Alencar. O mito judaico na Alemanha nazista e a perseguição aos judeus. **Universidade Federal de Sergipe**, 2016. <https://periodicos.ufs.br/tempo/article/view/8329/6675> Acesso em 12/03/2024.

BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura história da cultura**. 7 SÃO PAULO: Brasiliense, 1994, 253 p.

FERREIRA, Luiz. Virada Estética e Hieronymus Bosch: Uma Análise Política de Sua Obra. **Universidade Federal de Uberlândia**, Minas Gerais, 6 jul. 2018. Disponível em <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/21892/1/ViradaEst%c3%a9ticaBosch.pdf>. Acesso em 19/01/2024.

MACOLINO, Helena Mattos. A iconografia antissemita da propaganda nazista como instrumento de controle social. **UNIFESP**, 2021. Disponível em <https://repositorio.unifesp.br/server/api/core/bitstreams/a087ccba-a043-428f-82cc-55763dffe784/content> Acesso em 02/03/2024.

OLIVEIRA, Fábio. Comunicação e consumo de massa: o cinema como manutenção do sistema colonial. In **Potiguar Notícias**, 10 jan. 2022. Disponível em <https://www.potiguarnoticias.com.br/colunas/post/4518/comunicacao-e-consumo-de-massa-o-cinema-como-manutencao-do-sistema-colonial> Acesso em 19/01/2024.

RESS, Laurence. **O Holocausto - Uma nova história**. Tradução de Luís Reyes Gil. São Paulo: **Vestígio**, 2018.

SIEBENEICHLER, Amanda. A Utilização de cultura popular nos estudos de relações internacionais: Uma análise das teorias por meio do livre “AMERICAN GODS”, de Neil Gaiman. **Universidade do Vale do Taquari**, Rio Grande do Sul, jun. 2018. Disponível em <https://www.univates.br/bduserver/api/core/bitstreams/56e1e435-1f76-4e9b-b3d4-9b905ba7afbe/content>. Acesso em 02/02/2024.

VALENÇA, M. M. (2020). O uso de simulações e cultura popular para o ensino de Relações Internacionais. **Estudos Internacionais: Revista De relações Internacionais Da PUC Minas**, 8(1), 27-43. <https://doi.org/10.5752/P.2317-773X.2020v8n1p27-43>. Acesso em 02/02/2024.

ZANUNI, Ana. Obras cinematográficas como ferramenta de poder na disputa entre potências: O papel do cinema na competição entre Estados Unidos e China durante o governo Trump. **Universidade de Brasília - UNB**, Distrito Federal, 10 maio 2022. Disponível em https://bdm.unb.br/bitstream/10483/31295/1/2022_AnaBeatrizZanuni_tcc.pdf. Acesso em 02/02/2024.

O PLANEJAMENTO SOCIAL E SUA ESSENCIALIDADE PARA EFETIVAÇÃO DA BOA ADMINISTRAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Eduardo Azeredo Rodrigues¹
Aila de Lima Teixeira Jardim²

Eixo Temático: GT13: Governança Pública, direito fundamental à boa administração e direitos humanos.

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar a influência do Direito Administrativo e o planejamento social para que se tenha uma boa aplicabilidade do direito fundamental da boa administração e, por consequência, a concretização dos direitos humanos, através do estudo das Leis que tratam acerca das licitações, bem como o recente Decreto nº 11.430/2023. Além disso, será possível observar como o planejamento social é essencial para que os direitos dos cidadãos estejam assegurados.

Palavras-chave: Planejamento social. Licitação. Administração Pública. Direitos Humanos.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que o homem é um ser histórico e evolutivo e, do mesmo modo, não é diferente com os direitos humanos. Tais direitos tiveram avanços e retrocessos durante as diversas gerações, sempre emanando o momento histórico no qual a sociedade está estabelecida (Arruda, 2011). Dessa forma, é possível observar que os direitos sempre estiveram presentes, conquanto ao longo do tempo tenham se adaptado às necessidades sobre a qual a sociedade se encontrava, como por exemplo o direito ao voto da mulher. Assim, a cada geração que passa os direitos vão gradativamente se englobando, formando uma “grande defesa do homem”, como definido por Norberto Bobbio (2004, p. 95), dentre os quais destacam-se a vida, a liberdade e a segurança social.

¹ Doutorando em Direito pelo PPGDIN da UFF. Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Estácio de Sá. Especialista em Direito da Administração Pública pela UFF. Professor do Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro (UNILASALLE-RJ) e da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Procurador do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. prof.eduardo.rodrigues@soulasalle.com.br, <http://lattes.cnpq.br/4380881605765966>.

² Graduanda do 9º período do Curso de Direito da Universidade Unilasalle-RJ. Estagiária do Escritório Rocha, Melo e Alves Advocacia. aila.jardim@soulasalle.com.br.

Observa-se, então, no preâmbulo da Carta Magna de 1988 que tais direitos citados foram positivados como valores supremos da sociedade, garantindo o Estado Democrático de Direito, no qual foram redigidos no Título II da Constituição. Entretanto, houve fortes mudanças até que tal positivação ocorresse. Nesse sentido, as décadas de 1930 e 1940 foram marcadas por muitas revoluções, e por consequência, muitos atos bárbaros que buscavam, em suma, a imposição de poder sobre povos e nações, com conseqüente redução de suas liberdades (Bobbio, 2004, p. 95).

Por esse motivo, em 1948, na Assembleia Geral das Nações Unidas, foi proclamada a Carta de Direitos Humanos³, objetivando cessar com as atrocidades, com o desprezo e desrespeito aos direitos humanos⁴ em nível global. A Carta afirma que tais direitos devem ser abarcados pelas nações, bem como protegidos pelas legislações e garantidos através dos meios necessários. Por esse motivo, os direitos humanos encontram-se não só na Constituição da República Federativa do Brasil, como refletidos em todos os âmbitos do direito, através do processo de constitucionalização da ordem jurídica (interpretação do direito privado conforme a Constituição) (Sarlet, 2017).

Sob essa óptica, o mesmo ocorre na seara de atuação da Administração Pública e instrumentalização das normas e postulados de Direito Administrativo, no qual é nítido perceber tais direitos permeando toda a discussão ético-jurídica. Tal forma, que será demonstrado no presente artigo, é visto através dos princípios e dos institutos da Administração Pública, o planejamento social, por exemplo, que permite a efetivação da dignidade existencial reconhecida e assegurada a qualquer tempo para os cidadãos de modo eficiente (Alencar, 2018, p. 47).

Nesse mesmo contexto, a Administração Pública, com seu fim de satisfação das necessidades coletivas, possui princípios que visam a tornar eficaz e possível tal objetivo, como o dever de gestão eficiente, aumentando a qualidade e a melhora na organização (Castro, 2015). O princípio da boa administração se coaduna com outros princípios como o da legalidade, legitimidade, impessoalidade e eficiência (Rodrigues, 2022), tal qual a observância da concretização do princípio da sustentabilidade (Dotti, 2018). Essa última,

³ Nações Unidas. Brasil. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declara%C3%A7%C3%A3o-universal-dos-direitos-humanos>. Consulta em 02/04/2024.

⁴ Preâmbulo da Carta dos Direitos Humanos.

de acordo com Juarez Freitas, se desenvolve em cinco dimensões (Freitas, 2019, p. 15), e tangencia o dever de boa administração na dimensão jurídico-política (Freitas, 2019, p. 81), na medida em que impõe aos mandatários dos poderes públicos a observância e adoção de políticas públicas que assegurem o bem-estar das gerações presentes e também futuras, em todas as suas acepções, haja vista que busca proteger o equilíbrio ecológico e manter a dignidade da pessoa humana sem que ocorra desequilíbrio do meio ambiente e seus seres vivos (Freitas, 2019, p. 17).

1. A BOA ADMINISTRAÇÃO COMO ESSENCIAL À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Diante do exposto, fica claro que as mudanças ocorreram em todo o sistema, incluindo a Administração Pública e sua aplicação. A Administração, que antes era rígida e hierárquica, hoje necessita de readequação, se tornando mais flexível e dinâmica, para que seus objetivos sejam alcançados, tendo em vista o atual mundo globalizado e sua extensão de poder (Alencar, 2018, p. 45).

Sob essa óptica, Leandro Zannoni Apolinário de Alencar (2018, p. 45) expõe:

A estruturação do Direito também não pode mais ser concebida como um sistema erigido fortemente sob hierarquia ditada pelo sistema político nacional. As relações políticas, sociais e econômicas desenvolvem-se em escala global, sob a força das leis do mercado e dos valores da eficiência, num quadro de policentralidade transestadual de poderes.

Nesse sentido, a necessidade de criação de um direito que vise ao estudo da função administrativa do Estado adveio após a Revolução Francesa, na qual foi aplicada a teoria da repartição dos poderes de Montesquieu, conhecida como o Estado Tripartite, possuindo o Poder Legislativo, Poder Executivo e o Poder Judiciário, no qual ocasionou a especialização das atividades do governo, bem como a independência de cada um dos órgãos que realizam as tais funções determinadas (Meirelle, 1998, p. 31), surgindo, também, a necessidade do julgamento dos atos administrativos.

Desse modo, na década de 50 deu-se início ao estudo da cadeira do Direito Administrativo, como também foi editada a primeira obra sistematizada (Meirelle, 1998, p. 33). Portanto, nota-se o decorrer do tempo entre a época no qual o Direito

Administrativo teve a sua inserção social até os dias atuais, sempre sofrendo mutações e adequações ao período no qual a sociedade se encontra. Maria Sylvia Di Pietro compreende o desenvolvimento em dois fatores que se tornam opostos: a proteção dos direitos individuais perante o Estado e a satisfação do interesse público. Nesse sentido, Di Pietro (2016) pontua:

Por isso, a doutrina administrativa aponta os dois lados do direito administrativo: liberdade do cidadão e autoridade da Administração Pública; restrições e prerrogativas. Para assegurar-se a liberdade, impõe-se ao Estado a observância de uma série de restrições, muitas vezes expressas por meio de princípios. Para garantir a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução dos seus fins, são-lhe outorgadas prerrogativas e privilégios que têm por objetivo assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular. Assim tem sido entendido o regime jurídico administrativo desde as suas origens.

Das diversas mudanças que ocorreram no Direito Administrativo, as principais transformações, que levaram a ideia do princípio da boa administração como é hoje em dia, foram a valorização dos direitos individuais, a crescente preocupação com a eficiência e a constitucionalização da administração como um todo (Di Pietro, 2016). Essas transformações ensejaram em uma administração pública mais transparente, garantindo o direito à informação, maior controle judicial e garantindo maior participação da sociedade nos atos e serviços administrativos (Di Pietro, 2016).

Portanto, o princípio da boa administração, que elevado ao status de direito fundamental, modifica a sua extensão de ação, interferindo diretamente no Estado e na sociedade (Mendonça, 2019, p. 73), tendo evoluído gradativamente com o decorrer do tempo e com a modificação das necessidades humanas; possuindo, entretanto, como ideia central, a realização da administração de maneira eficiente e eficaz. De tal ponto de vista, Juarez Freitas (2007, p. 20) pontifica:

o conceito-síntese de direito fundamental à boa administração pública, que pode ser compreendido como “o direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”.

Isto posto, entende-se que o direito fundamental à boa administração é princípio

indispensável para que as relações jurídicas entre os órgãos do estado e as pessoas sejam regidas de maneira competente e que traga segurança à sociedade. Nesse mesmo sentido, a discricionariedade administrativa, isto é, a liberalidade da forma na qual o poder de exercer os atos administrativos da Administração Pública é concretizado frente às necessidades sociais, está diretamente vinculada ao referido princípio (Freitas, 2008), uma vez que os atos e serviços da administração pública, bem como as funções pelo Estado exercidas, precisam observar devidamente todos os princípios do direito administrativo para que se torne realidade uma boa gestão pública através de um conjunto de técnicas e práticas (Ismael Filho, 2018, p. 113).

O direito fundamental à boa administração nada mais é do que a possibilidade de a sociedade ter maior ciência e participação nos procedimentos e decisões da administração pública (Ismael Filho, 2018, p. 113), efetivando os preceitos positivados na Constituição (Vale, 2010). Assim, resta clara a necessidade de atender cada vez mais o direito fundamental à boa administração, deixando para trás a ineficiência através de uma centralização de poder por uma Administração Pública extremamente burocrática e rígida, acarretando ainda em escassez de recursos (Alencar, 2018, p. 45).

A sociedade clama por uma Administração Pública que exerça devidamente a sua função, que produzem efeitos internos e externos, pautada no princípio fundamental à boa administração, devendo uma prestação positiva (Mendonça, 2019, p. 74), utilizando os mecanismos e instrumentos necessários para a diminuição de um Estado ineficiente, transformando-se em um Estado comprometido com a cidadania ativa, buscando efetivamente a análise do caso em questão e a entrega de uma resposta em prazo razoável (Mendonça, 2019, p. 77).

2. A SUSTENTABILIDADE

A sustentabilidade adveio no Direito Administrativo como uma inovação frente às recentes e constantes mudanças, focando cada vez mais no interesse público dos cidadãos (Moreira, 2017, p.11). Portanto, a sustentabilidade nasce com a evolução do modo de gestão do Estado, com o objetivo de assegurar o bem-estar não só da presente geração, mas como também da futura (Freitas, 2019, p.17. Nesse entendimento, Juarez Freitas (2019, p.17) esclarece:

A sustentabilidade aparece, nessa linha, como dever ético e jurídico-político de viabilizar o bem-estar no presente, sem prejuízo do bem-estar futuro, próprio e de terceiros. Não é apelo trivial, epidérmico, retórico e de fachada, mas diretriz vinculante, que reforma estruturalmente o jeito de compreender, interpretar e aplicar o sistema normativo. Trata-se de alteração conceitual que refunde, em larga medida, a tradição jurídica, acostumada à noção estreita de direitos subjetivos, ao antropocentrismo estrito e aos processos sucessórios acanhados.

Em consonância, Rafael Moreira (2017, p. 11) complementa:

...novas tendências do Direito Administrativo. A Administração Pública tem de conviver com o pluralismo e a complexidade do mundo contemporâneo precisa estar focada nos interesses dos cidadãos e na motivação das escolhas públicas, mediante mecanismos de colaboração, para promover a sustentabilidade multidimensional, abrangente das vertentes social, econômica, ambiental, ética e jurídica.

Compreende-se, então, que a sustentabilidade faz parte de um novo conceito e modo de Administração Pública, com vistas a aplicar padrões sustentáveis de consumo e produção, tendo função vital no equilíbrio ecológico (Freitas, 2013, p. 35), freando a crise ambiental e deixando para trás uma gerência voltada para o patrimônio, traçando uma Administração Pública de um Estado sustentável, e por consequência assegurando o direito fundamental à vida e ao bem-estar.

Nesse sentido, não é só a geração presente que possui direito à uma vida digna e a um ambiente limpo, fator esse que passou a ser posto em cheque, analisando as consequências de escolhas baratas e imediatistas, governadas pelo impulso consumista e pela obsolescência programada (Freitas, 2019, p. 37), que aumentaram o déficit público e necessitaram diminuir os gastos públicos, tendo em vista a crescente cobrança populacional para cumprir as promessas feitas e resoluções de crises pertinentes, bem como o emprego dos meios corretos para exercer a função pública (Moreira, 2017, p. 17).

Necessário destacar que o conceito de sustentabilidade e desenvolvimento sustentável, apesar de serem parecidos e possuírem a mesma origem, se diferenciam. A sustentabilidade abrange o conceito, não tratando apenas de questões ecológicas (Macedo, 2019), mas também da economia e das políticas públicas, como por exemplo.

Diante disso, é possível afirmar que a sustentabilidade é, além de um princípio urgente, um princípio que vincula plenamente as atuais necessidades do Estado e da população, combinando razões éticas e constitucionais (Freitas, 2019, p. 43), no qual “ocupa uma posição central no Estado Constitucional e, acrescenta-se, também no plano supranacional, internacional” (Macedo, 2019, p.71). Portanto, fica claro que a sustentabilidade nada mais é do que um dever fundamental de manter o bem-estar intergeracional, em todos os âmbitos da vida do ser humano, construindo e difundindo um desenvolvimento descontaminado e agradável à dignidade humana (Freitas, 2019, p. 43).

Após essas considerações, vale colacionar o conceito de sustentabilidade tal qual concebido por Juarez Freitas (2019, p. 45):

Nessa perspectiva, eis o conceito proposto para o princípio da sustentabilidade: trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.

Fica evidente, portanto, que se trata de um princípio constitucional, haja vista que a própria Carta Magna traz em seu texto (Freitas, 2019, p. 34) a garantia do desenvolvimento nacional como objetivo fundamental⁵, o princípio da defesa do meio ambiente na ordem econômica, assegurando aos indivíduos existência digna⁶ e o direito de todos os cidadãos terem acesso a um meio ambiente ecologicamente equilibrado⁷.

Conclui-se que a sustentabilidade é não somente um princípio ético-jurídico, como também um valor constitucional supremo e, por fim, objetivo fundamental do ordenamento jurídico brasileiro (Freitas, 2019, p. 43). Tais aspectos corroboram na produção de obrigações por parte da sustentabilidade, sendo discriminadas as respectivas obrigações:

⁵ Art. 3º da CRFB.

⁶ Art. 170, VI da CRFB.

⁷ Art. 225 da CRFB.

Em primeiro lugar, a obrigação de preservar a vida, na sua diversidade exuberante, coibida a crueldade (não apenas contra o ser humano). A seguir, a obrigação de se antecipar, prevenir e precaver, assegurando a boa informação aos produtores e consumidores, sem esquecer de medidas cautelares e punitivas, no exercício regulatório. Ao lado disso, a obrigação de responder, solidariamente, pelo ciclo de vida dos produtos e serviços, tanto como a obrigação de praticar o consumo esclarecido (oposto do consumismo acrítico), de estimular o trabalho decente (não repetitivo e sem sentido) e o acesso a moradias e transportes razoáveis (sem que as criaturas tenham de passar horas infrutíferas no trânsito, como ocorre em grandes centros). E mais: do princípio em tela, nasce a obrigação de reconhecer o caráter preferencial das energias renováveis, além da obrigação de sopesar, de maneira fundada, os custos e benefícios, diretos e indiretos (externalidades) dos projetos públicos e privados e, finalmente, a obrigação de intervir, sem omissão desproporcional, no intuito de promover a justiça entre as gerações, protegendo, com igual seriedade, as presentes e, futuras, ambas titulares de direitos fundamentais.

As obrigações citadas revelam, mais uma vez, a importância da sustentabilidade na sociedade atual, além da mudança do pensamento jurídico-político da Administração Pública e de seus atos para compreender as necessidades pré-existentes e futuras no mundo contemporâneo, e como visam à uma melhora no bem-estar do indivíduo, impulsionando para um “desenvolvimento durável, resiliente e socialmente justo” (Freitas, 2019, p.125).

Por ser um conceito amplo e com diversidades de obrigações, nasce a sustentabilidade multidimensional, em que ocorre a sua divisão em 5 dimensões, sendo elas: social, econômico, ambiental ético e jurídico-político (Freitas, 2019, p.55). Tais dimensões não devem ser avaliadas e aplicadas sem que sejam interligadas, pelo contrário, a sustentabilidade deve ser vista com o uso amplo de cada dimensão e o respeito entre elas, necessitando uma da outra, sem qualquer hierarquia. Em realidade, é essa interconexão entre as dimensões que dará aos cidadãos o bem-estar necessário para todas as gerações, bem como a definitiva e essencial reordenação do Direito Administrativo (Freitas, 2019, p.63).

A dimensão social, como o nome já induz, diz respeito aos indivíduos, voltada para os direitos fundamentais sociais, no qual a única discriminação que é visada é aquela feita para amparar os desfavorecidos. Nesse contexto, a ideia é desconcentração social, tornando a sociedade mais equitativa, desde as escolas até os ambientes de trabalho, buscando atingir as habilidades cognitivas e não-cognitivas e maior bem-estar, bem como

a universalização do acesso aos bens e serviços essenciais e a valorização de grupos desamparados (Freitas, 2019, p.66). Portanto, tal dimensão aspira colocar, de fato, em prática o rol de direitos fundamentais tão extensos e por muitas vezes banalizados.

Por outro lado, a dimensão ética, em apertada síntese, não busca atingir valores impossíveis ou ideais abstratos; em verdade sua concepção é a ênfase da dignidade dos seres humanos, buscando a solidariedade, cooperação, empatia, sendo “livre, coerente e hábil a produzir bem-estar material e imaterial” (Freitas, 2019, p.70), sempre pautada nos valores constitucionais. Importante ressaltar que, aplicadas tais ideais, atinge-se não só o bem-estar íntimo, mas também o bem-estar social, criando uma universalização do bem-estar, tendo em vista a inter-relação entre eles.

O artigo 225 da Constituição Federal versa sobre o direito ao meio ambiente:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Posto isso, a dimensão ambiental traduz exatamente o referido artigo, ou seja, a necessidade de um ambiente limpo e ecologicamente equilibrado para as atuais e futuras gerações. É de conhecimento de toda população a alta degradação do meio ambiente ocasionado pela ação humana, fator esse que vem, com o decorrer dos anos, interferindo no bem-estar do cidadão, de maneira que o próprio ser humano não possui qualidade de vida em um ambiente degradado, haja vista que o ambiente em que vivemos é o nosso futuro (Freitas, 2019, p.73). Em vista disso, a sustentabilidade na dimensão ambiental não trata apenas do viés ideal, mas da necessidade do reconhecimento das causas e consequências e adoção de políticas públicas que viabilizam mudanças no comportamento social que impactam positivamente o meio ambiente.

Nessa mesma perspectiva, a dimensão econômica se baseia no excesso de produção e consumo, que denota um estilo de vida insustentável, atualmente adotado. Sabe-se que tais produções advêm de matérias primas naturais, logo, fica caracterizado a banalização do meio ambiente como patrimônio (Freitas, 2019, p.74), carecendo de freio no mercado. Essa dimensão procura um custo-benefício distinto do utilizado nos dias de hoje, possibilitando a entrada de inovações no mercado, diminuindo os desperdícios

existentes, regularizando o consumo racional com eficiência e equidade (Freitas, 2019, p.76).

A principal preocupação da sustentabilidade é com as gerações futuras e sua sobrevivência digna, onde incide a dimensão jurídico-política. Dessa forma, essa dimensão visa à tutela do direito ao futuro com eficácia direta, protegendo a liberdade de cada indivíduo através dos direitos e deveres fundamentais de ambas as gerações (Freitas, 2019, p.76). Essa proteção irá ocorrer a partir da aplicação das outras dimensões, controlando os impulsos destrutivos. Diversos serão os direitos relativos ao bem-estar duradouro da geração atual, sem que impacte o bem-estar das gerações futuras, como o direito ao ambiente limpo, direito à educação de qualidade, direito à boa administração pública, direito à segurança, dentre outros.

Nota-se, por conseguinte, que as dimensões da sustentabilidade são todas correlacionadas, influenciando umas nas outras sem qualquer hierarquia; ficando claro que o princípio possui perspectiva integrada, includente e solidária (Freitas, 2019, p.82). Outrossim, os ideais da sustentabilidade atingem não só o indivíduo para com o Estado, mas também o indivíduo para com outro indivíduo. A sustentabilidade rege todo uma sociedade, seus conceitos e conduta, na eficiência horizontal e vertical, impactando de forma generalizada e, por conseguinte, aumentando a eficiência. Então, a Administração Pública focará nos “cidadãos, nas comunidades e na sociedade civil” (Moreira, 2017, p. 19).

3. O PLANEJAMENTO SOCIAL E SEU IMPACTO

Tendo em vista o explicitado acima, identifica-se que a sustentabilidade necessita de meios para que possa se tornar palpável. Nesse sentido, o planejamento social surge como instrumento de promoção de acesso aos direitos fundamentais tão visados no princípio da sustentabilidade (Casimiro, 2017, p. 444), sendo necessária para uma atuação exitosa da Administração Pública. O planejamento social ainda não é algo fundamental no exercício do Direito Administrativo, mas está cada vez mais crescente. Nesse mesmo contexto, pontifica Ligia (Casimiro, 2017, p. 454):

Reflete-se sobre o papel da ordem jurídica, que deve estar comprometida com o auxílio na mudança de comportamentos

administrativos, inclusive na construção de novos paradigma para o Direito Administrativo, que ao interpretar as normas constitucionais e infraconstitucionais atreladas a valores de justiça, ética e cidadania, poderia reforçar o planejamento como um instituto normativo, provocando sua observância mais firmemente no âmbito das gestões político-institucionais, político-administrativas e político-sociais.

Dessa forma, tendo a atual necessidade de um desenvolvimento pautado no acesso aos direitos previsto na Constituição através de uma mudança no Estado e na sociedade, indo além do plano econômico (Casimiro, 2016, p. 285), e atrelada à uma ideia de bem-estar social e melhora na qualidade de vida, a materialização dessa necessidade pode ser feita através de atuação pública nas diversas esferas citadas, por meio de ações direcionadas à elas. Desse modo, Lígia Maria Silva Melo de Casimiro e José Patrício Pereira Melo descrevem (2016, p. 285):

Trata-se da previsão de um programa estatal voltado à realização do processo de desenvolvimento socioeconômico em que a Administração Pública possui papel preponderante, envolvendo planejamento e a elaboração de políticas públicas para garantir acesso aos direitos sociais, econômicos e culturais, em especial no âmbito da cidade, dada a configuração primordialmente urbana da sociedade contemporânea.

Fica claro, portanto, que, apesar do Estado negligenciar a sustentabilidade e o planejamento ao exercer suas funções, ambos estão correlacionados e carecem de atenção (Pereira Junior, 2015, p. 82). Nesse sentido, a Constituição Federal contempla em seu artigo 174 três vertentes da ordem econômica, sendo uma delas o planejamento⁸. Ademais, em seu parágrafo primeiro, determina-se que as diretrizes e bases do planejamento sejam estabelecidas por lei específica, no qual ocorra o desenvolvimento nacional⁹, sendo determinante para o poder público a obediência da referida lei (Pereira Junior, 2015, p. 85).

A busca pelo desenvolvimento e o bem-estar das gerações, freando a deterioração dos recursos naturais, leva à definição de um planejamento no qual possa ser estabelecido uma conexão entre informações e comunicações, tornando viável o diálogo entre o Estado e a população, consolidando a mudança social debatida (Casimiro, 2019,

⁸ Art. 174 da CRFB.

⁹ Art. 174, § 1º da CRFB.

p. 379). Esse planejamento abrange não só o macrossistema das políticas públicas que se observa na letra da Carta Magna, mas também nas micro-atividades de gestão pública, possível de observar no dia a dia da administração pública (Pereira Junior, 2015, p. 86).

Fica evidente que, em ambos os casos, o Estado possui o dever jurídico de realizar e executar planos comprometidos com o desenvolvimento que, para estar em consonância com o artigo 225 da CRFB de 1988, já citado, deverá ser caracterizado como sustentável. Esse comprometimento deverá ser observado em todas as esferas federativas, por todos os órgãos públicos e entidades públicas (Casimiro, 2017, p. 451).

Dessa forma, a boa administração se dá a partir de um bom planejamento para atender o bem-estar social, no qual atende o interesse e as necessidades da sociedade, como descreve Ligia M. S. Melo de Casemiro (2017, p. 451):

A adoção de modelos de gestão que ampliem a capacidade da Administração Pública em promover o bem-estar social, atendendo com eficiência e efetividade as novas/velhas e crescentes demandas da sociedade brasileira passa pela assunção definitiva da atividade de planejar dialogando com os destinatários das ações públicas.

O planejamento garante o acesso aos direitos e garantias fundamentais descritos na Constituição, tornando a gestão pública da Administração eficiente e eficaz, sendo, então, uma ferramenta essencial para a cadeira do Direito Administrativo (Casimiro, 2016, p. 285). Desse modo, pode-se dizer que o planejamento “se caracteriza por uma orientação finalística na medida em que intenciona concretizar finalidades públicas com objetivos específicos a nortear o agir estatal” (Casimiro, 2016, p. 289).

Posto isso, denota-se a importância do planejamento para os problemas desencadeados de ordem ética, social e organizacional (Paim, 2006, p.767-783), importância essa tão visível que foi notada pelo Poder Legislativo e está sendo cada vez mais aplicada no Direito Administrativo, haja vista a Nova Lei de Licitação e recentes decretos promulgados.

O dever de planejamento sustentável foi introduzido no campo das licitações por meio da alteração perpetrada pela Lei nº 12.349/2010 no art. 3º da Lei nº 8.666/1993, no qual prescrevia que a licitação deveria não só observar, mas garantir e promover o desenvolvimento nacional sustentável. Em 1º de Abril do ano de 2021, foi promulgada a

Nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133, cujo ideal seria minimizar as burocracias previstas na antiga lei, reunindo as legislações anteriores (Lei nº 8.666/1993, já citada, a Lei nº 10.520/2020, que trata sobre os pregões, e a Lei nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas), bem como jurisprudências e doutrinas acerca do tema.

Nota-se, portanto, que a nova lei nada mais é do que a incorporação da evolução social no decorrer do tempo, corrigindo o lapso e improbidades das antigas leis (Soares, 2023, p.26), e buscando dar maior organização, eficiência e agilidade nos processos de contratações públicas (Remedio, 2021). A NLL, além de reunir e reorganizar as lei anteriores, trouxe algumas inovações, como a extinção de algumas modalidades de licitação e o acolhimento de outras, e também simplificou outros procedimentos, trazendo ainda novos pilares, como o planejamento, como uma prioridade na Administração (Soares, 2023, p. 26).

Tal fator pode ser observado pela ratificação, na Lei 14.133/2021, de preocupações existentes na Lei nº 8.666/1993 (Rodrigues, 2023), sendo o planejamento alçado ao rol dos princípios a reger os atos da Administração Pública¹⁰. Outrossim, tamanha importância do planejamento na atualidade, a nova lei dispôs sobre o plano de contratações anual¹¹, que é uma ferramenta de planejamento, tornando realidade a organização e a previsão de contratações públicas (Soares, 2023, p. 28).

A Nova Lei de Licitações traz uma série de inovações que obriga o administrador a exercer a sua função de maneira elaborada e organizada, construindo estratégias e metas para que seja possível o confronto dos problemas da geração atual, viabilizando a garantia dos direitos fundamentais (Casimiro, 2017, p. 454).

É possível a observância do planejamento sustentável no meio empresarial, no qual possuem a sigla ESG para introduzir o conceito que mensure as práticas ambientais, sociais e de governança (Costa, et.al. p. 2022). Com o novo modo de enxergar as contratações públicas, objetivando não só o melhor resultado econômico, mas também sustentável e social, o mesmo pode ser observado no novo ideal de Administração Pública trazida pela Lei nº 14.133/2021, tendo em vista que a lei determina a necessidade de

¹⁰ Art. 5º da Lei 14.133/2021.

¹¹ Art. 12, inciso VIII e § 1º da Lei 14.133/2021.

observância do critério de sustentabilidade ambiental para as contratações de obras públicas, bem como fornecimentos e serviços de engenharia¹², visando à procura de maior qualidade e longevidade de vida digna em um meio ambiente, evitando sua degradação e o hiperconsumismo (Freitas, 2019, p.18), tornando palpável os ideais da sustentabilidade na dimensão ambiental, como já explicitado.

No art. 45 da NLL, que determina as normas aplicáveis a licitações de obras e serviços de engenharia há especial atenção nos incisos I e II com relação aos cuidados necessários com o meio ambiente, assim como, no inciso IV, com o impacto de vizinhança, respeitando-se os cidadãos e seus direitos fundamentais.

Nesse mesmo sentido, o novo processo licitatório se preocupa, também, com o ciclo de vida do objeto, sendo um objetivo a ser alcançado, assim como o desenvolvimento nacional sustentável¹³, atingindo a sustentabilidade na dimensão econômica. Nítido constatar as mudanças da Lei nº 14.133/2021 e sua verdadeira consonância com a Constituição Federal, haja vista que ela não busca qualquer economicidade imediatista (Freitas, 2022, p.93), mas sim um desenvolvimento sustentável que abarca o bem-estar populacional da atual geração, não discriminando o direito à geração futura de um ambiente limpo e habitável.

Ademais, no dia 8 de março de 2023, foi promulgado o Decreto nº 11.430, que confere aplicabilidade ao artigo 60, inciso III e ao artigo 25, §9º da NLL, em que seu teor determina que um dos critérios de desempate entre propostas de licitação será o desenvolvimento pelo licitante de ações que visam à equidade entre o homem e a mulher no ambiente de trabalho. Essa equidade, se é posta através no decreto citado, dispõe sobre a exigência de percentual mínimo de mão de obra constituída por mulheres vítimas de violência doméstica¹⁴, bem como ações que versam sobre o artigo 60 nas contratações públicas, afirmando a sustentabilidade na dimensão ética e jurídico-política.

Caso tais fatores não sejam observados, constatando-se irregularidade no processo licitatório, e se não for um vício sanável, é possível que se suspenda a execução ou seja declarado nulo o contrato, diante dos aspectos tratados na NLL, sendo um deles o impacto

¹² Art. 144 da Lei 14.133/2021.

¹³ Art. 11, incisos I e IV da Lei 14.133/2021.

¹⁴ Disposições preliminares do Decreto 11.430/2023.

econômico¹⁵, bem como risco social e ambiental¹⁶, restando claro que as recentes alterações no ordenamento jurídico brasileira, que transformam a atuação da Administração Pública, são voltadas para o interesse público, o desenvolvimento nacional e o cuidado com o bem-estar social e o meio ambiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, é possível verificar, por meio do presente estudo, que ocorreram diversas mudanças ao longo do tempo, alterando os conceitos e modos de organização da sociedade e do nosso ordenamento jurídico. Em primeiro plano, cabe destacar a essencialidade na criação e efetivação dos direitos humanos e seu impacto mundial. Tais direitos são positivados em um extenso rol na Constituição da República Federativa do Brasil com o objetivo de garantir uma vida digna aos seus cidadãos, através de um desenvolvimento nacional efetivado pelo Estado, assim como na Carta Universal de Direitos Humanos.

Nesse sentido, o Direito Administrativo sempre buscou a mesma finalidade: a satisfação das necessidades coletivas. Todavia, tal desenvolvimento e a busca dessa finalidade estavam sendo realizados com o ideal patrimonial e imediatista, por uma Administração rígida e hierárquica, instigando o consumismo da sociedade, sem observar as consequências geradas por exercida de maneira eficiente.

Tais fatores são instrumentalizados pelo planejamento sustentável e por diversas inovações e transformações trazidas na Nova Lei de Licitações, voltadas para a tentativa de ter uma Administração Pública atuante em prol de um melhor aproveitamento dos recursos públicos, satisfazendo o clamor público por maior efetividade no cumprimento dos seus deveres e combate de posturas deletérias, como a degradação ambiental e a discriminação social. Com efeito, o crescente desrespeito com o direito ao futuro, a banalização dos direitos fundamentais e a grande escassez de recursos públicos, associado à má gestão pública já eram perceptíveis e de fato clamavam por uma rápida mudança.

A partir disso, nasce a necessidade de observância de tais paradigmas para uma melhora na qualidade de vida e na relação do indivíduo para com o Estado. Essa alteração

¹⁵ Art. 147, inciso I da Lei 14.133/2021.

¹⁶ Art. 147, inciso II da Lei 14.133/2021.

pode ser visualizada através da Nova Lei de Licitação promulgada no ano de 2021, que trouxe em seu corpo a vertente do planejamento sustentável, no qual é diretamente interligado com o princípio da sustentabilidade que hoje é entendido como um princípio ético-jurídico constitucional, tendo em vista a sua clara presença no teor da Carta Magna, que possui conexão com a Administração Pública para que ocorra a aplicação dos padrões sustentáveis de consumo e produção, freando os gastos públicos e empregando os meios corretos para que a função pública seja devidamente exercida.

Diante do exposto, fica evidente a essencialidade do planejamento social conexo com os ideais da sustentabilidade para que haja uma Administração flexível e dinâmica pautada em um mundo globalizado, valorizando os direitos individuais com a sua constitucionalização, tornando a Administração Pública não só eficiente, mas transparente. De tal modo, garante-se maior participação da sociedade nos atos e serviços administrativos, através do princípio da boa administração, que é indispensável para que a relação jurídica entre Estado e sociedade seja regida de maneira competente e trazendo segurança para os cidadãos, com a devida efetivação dos direitos fundamentais.

Destarte, resta claro a interdependência entre cada fator citado no presente artigo, bem como a sua imprescindibilidade de correlação e imediata aplicabilidade das novidades presente da Lei nº 14.133/2021, tornando as funções exercidas pelo Estado eficiente e eficaz, por sua constante efetivação do direito fundamental à boa administração, bem como a concretização dos direitos humanos, através da aplicação do planejamento sustentável para que a gestão pública seja, cada vez mais, melhor prestada, oferecendo aos cidadãos bem-estar e melhora na qualidade de vida da presente e futura geração.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Leandro Zannoni Apolinário de. **O Novo Direito Administrativo E Governança Pública**. 1.ED. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Disponível em <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1776>. Acesso em 16/03/2024.

ARRUDA, Eloísa de Sousa. Direitos Humanos – O Descompasso entre a fundamentação e a efetiva promoção. In: MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina; VALIM, Rafael (Coord.). **Direitos Humanos: Desafios E Perspectivas**. Coleção Fórum Direitos Humanos. v.3. Belo Horizonte: Fórum, 2011. Disponível em <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1388/E1440/8960>. Acesso em 07/03/2024.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Consulta em 20/03/2024.

_____. Decreto nº 11.430, de 08 de Março de 2023. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/D11430.htm. Consulta em 20/03/2024.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Consulta em 20/03/2024.

_____. Lei nº 10.520, de 17 de Julho de 2002. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm. Consulta em 20/03/2024.

_____. Lei nº 12.349, de 15 de Dezembro de 2010. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112349.htm. Consulta em 20/03/2024.

_____. Lei 14.133, de 1º de Abril de 2021. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Consulta em 20/03/2024.

CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de; MELO, José Patrício Pereira. Administração Pública no século XXI: planejamento, mobilidade urbana e desenvolvimento socioeconômico. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 3, n. 2, 2016. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/114480/115745>. Acesso em 25/03/2024.

CASIMIRO, Ligia Maria Silva Melo de; MORAES, Filomeno. Planejamento social na Administração Pública: um instrumento essencial na promoção dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, v. 8, n. 2, 2017. Disponível em <https://periodicos.pucpr.br/direitoeconomico/article/view/20947>. Acesso em 24/03/2024.

CASIMIRO, Ligia Maria Silva Melo de. Planejamento urbano e direitos fundamentais sociais: uma vinculação necessária para garantir efetividade administrativa e desenvolvimento. In: **Democracia, pluralismo y derechos humanos: 500 años. Facultad de Derecho**. Universidad de Sevilla. X años de Encuentros hispanos-brasileños de filosofía del derecho y derechos humanos. Thomson Reuters Aranzadi, ed. 1, 2019.

CASTRO, João Pedro Marques e. **Princípios da boa administração, eficiência e economicidade**. Dissertação de Mestrado: Princípios da Boa Administração, Eficiência e Economicidade. Orientadora: Prof.a Dr.a Isabel Celeste Monteiro Fonseca, Universidade do Minho, Escola de Direito. Portugal, 2015. Disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/41167>. Acesso em 25/03/2024.

COSTA, Ricardo; COSTA, Tailson Pires; CONCEIÇÃO, Márcio Magera; CONCEIÇÃO, Joelma Telesi Pacheco. ESG – Os pilares para os desafios da sustentabilidade. **RECIMA21 - Revista Científica Multidisciplinar**, v. 3, n.9, 2022. Disponível em <https://recima21.com.br/index.php/recima21/article/view/1920/1485>. Acesso em 27/03/2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia. Transformações do Direito Administrativo. In: **Revista de Direito da Administração Pública**. Rio de Janeiro: ISSN 2595-5667, 2016. Disponível em <http://www.redap.com.br/index.php/redap/article/view/55/43>. Acesso em 23/03/2024.

DOTTI, Marinês Restelatto. **Governança Nas Contratações Públicas**. 1.ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Disponível em <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1803>. Acesso em 02/10/2023.

FREITAS, Juarez. **Discrecionariiedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública e o direito administrativo brasileiro do século XXI**. In: *Direito Administrativo em Debate*. Rio de Janeiro. 2008.

FREITAS, Juarez. Nova Lei de Licitação e o ciclo de vida do objeto. **Revista de Direito Administrativo**. v. 281, n. 2, 2022, p. 93.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade dos contratos administrativos. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 13, n. 52, 2013. Disponível em https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11518/2/Sustentabilidade_dos_contratos_administrativos.pdf. Acesso em 25/03/2024.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. 4.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Disponível em <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1311>. Acesso em 25/03/2024.

ISMAIL FILHO, Salomão. Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado em prol de uma gestão pública eficiente. In: **Revista De Direito Administrativo**. [S. l.], v. 277, n. 3, 2018. Disponível em <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77679>. Acesso em 25/03/2024.

MACEDO, Nathalie Carvalho Giordano. **Da sustentabilidade ambiental à sustentabilidade como princípio geral de direito administrativo**. 2019. Disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/40289/1/ulfd140146_tese.pdf. Acesso em 25/03/2024.

MEIRELLE, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editora LTDA, 1998.

MENDONÇA, Suzana Maria Fernandes. **A boa administração como Direito Fundamental**. Dissertação de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas (2.º Ciclo) - Especialidade de Direitos Fundamentais. Orientador: Pedro Moniz Lopes. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa, 2019. Disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/41819/1/ulfd140899_tese.pdf. Acesso 24/03/2024.

MOREIRA, Rafael Martins Costa. **Direito Administrativo E Sustentabilidade**. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Disponível em <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1464>. Acesso em 25/03/2024.

NAÇÕES UNIDAS. BRASIL. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declara%C3%A7%C3%A3o-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 02/04/2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 06/11/2023.

PAIM, J. S. **Planejamento em saúde para não especialistas**. In: CAMPOS, G. W. S. et al (Orgs.) Tratado de saúde coletiva. São Paulo: HUCITEC, Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Sustentabilidade e planejamento: valores constitucionais reitores das contratações administrativas, no estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 270, 2015. Disponível em <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/58738/57531>. Acesso em 26/03/2024.

REMEDIO, José Antonio. Lei de licitações e contratos administrativos (Lei 14.133/2021): o diálogo competitivo como nova modalidade de licitação. In: **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, 2021.

RODRIGUES, Eduardo Azeredo. **O princípio da eficiência à luz da teoria dos princípios: aspectos dogmáticos de sua interpretação e aplicação**. 2. ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

RODRIGUES, Eduardo Azeredo. O Princípio do Planejamento nas Licitações e Contratações Públicas. In: **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos Direitos Fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução no Brasil. In: **Constituição, Direitos Fundamentais E Política**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Disponível em <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1455>. Acesso em 16/03/2024.

SOARES, Daniel Santana. **Planejamento das compras públicas na nova lei de licitações e contratos**. 2023, p. 26.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa**. 2010. Disponível em <https://repositorio.fgv.br/items/c0f282f9-95bc-41c0-90cd-4e308386733c>. Acesso em 23/03/2024.

A OBSERVÂNCIA DA NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E O RESPEITO A DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA QUESTÃO DE GOVERNANÇA PÚBLICA E BOA ADMINISTRAÇÃO.

Cleber da Cruz Cunha¹
Mônica Alves de Carvalho Cunha²

Eixo Temático: GT13: Governança pública, direito fundamental à boa administração e direitos humanos.

RESUMO

O Brasil, com o renascimento jurídico ocorrido com a Constituição Federal de 1988, reestruturou-se como uma República Democrática de Direito, o que traz em seu bojo uma série de compromissos vinculados a esta formatação estatal, incluindo vetores amplos como a dignidade da pessoa humana, e o reconhecimento de princípios garantidores, firmados como fundamentais, como a segurança. O conceito de segurança, enquanto princípio, garantia e direito fundamental, abrange diversos aspectos concretos da vida societária, estando, entre eles, a segurança jurídica, ao qual se vincula o princípio do devido processo legal, que, por sua vez, abrangeria os processos judicializados, como o processo penal e o processo civil, bem como os processos administrativos, sobretudo o processo administrativo disciplinar. O objetivo deste trabalho é, assim, analisar a natureza jurídica do processo administrativo disciplinar, e sua importância prática como balizador desse ramo processual, bem como sua vinculação com a governança pública e a concretização da segurança jurídica enquanto direito fundamental, o que se buscará através de uma revisão bibliográfica que terá como norte a obra “O princípio da eficiência à luz da teoria dos princípios: aspectos dogmáticos de sua interpretação e aplicação”.

Palavras-chave: Processo administrativo disciplinar. Direito fundamental. Governança pública. Princípio da eficiência.

INTRODUÇÃO

O ser humano busca naturalmente a vida societária, seja porque somente com o efetivo convívio com seus pares alcança a sua plenitude existencial enquanto ser, seja devido a segurança que a vida em grupo oferece. A ideia atual de Estado, enquanto ente “macroantropos”, parece ter como uma de suas bases esse viés de segurança, que na realidade brasileira, é um direito fundamental constitucionalmente garantido, seja em perspectiva objetiva ou material, seja em perspectiva formal ou processual.

¹ Doutorando PPGDIN/UFF, teto.mateto@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/0558241776280636>.

² Pós-Graduada EMERJ/RJ, kinhakunha@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/8631823453444524>.

O Brasil, nesse viés, com o renascimento jurídico ocorrido com a Constituição Federal de 1988, reestruturou-se como uma República Democrática de Direito, o que traz em seu bojo uma série de compromissos vinculados a esta formatação estatal, incluindo vetores amplos como a dignidade da pessoa humana; diretrizes maiores como a construção de uma sociedade justa e a busca do bem estar de todos; e o reconhecimento de princípios garantidores, firmados como fundamentais, como a vida, igualdade, a liberdade, a segurança e a propriedade.

O conceito de segurança, enquanto princípio, garantia e direito fundamental, abrange diversos aspectos concretos da vida societária como segurança alimentar, segurança sanitária, segurança ou seguridade social, segurança biológica – biossegurança, segurança pública e segurança jurídica, sendo essa última vertente de um esteio que abrange o devido processo legal, com todos os procedimentos assecuratórios que o engloba, perpassando pela estruturação dos poderes - Poder Judiciário, Legislativo e Executivo; órgãos - Ministério Público, Defensoria Pública, Procuradorias Estatais, Polícias - Federal, Civil(s), Militar(es); e entidades - OAB; que atuam em sua consecução e concretização.

Há de se registrar que o devido processo legal abrange, em uma análise rasa, os processos judicializados, como o processo penal e o processo civil, e os processos administrativos, sobretudo o processo administrativo disciplinar que, a despeito de estar fora da abrangência da judicialização, é abarcado pelo conceito constitucional de processo, tendo, assim, a priori, a mesma natureza jurídica dos processos judicializados.

Ocorre que, apesar da posição constitucional do processo administrativo disciplinar, o mesmo, como regra, é visto como um processo de “segunda categoria”, para o qual não se dá a importância de um processo judicializado - penal ou civil, implicando um série de desmandos constitucionais, que vai desde da constituição das comissões processantes, passando pelo processamento, indo até o julgamento final, implicando em verdadeira insegurança jurídica no âmbito da persecução administrativa, sobretudo a disciplinar.

Há de se observar que, a despeito do visível aspecto processual, o pano de fundo ou o problema básico, em lente de maior alcance, seria um problema de governança pública e de boa administração neste aspecto “administrativo-processual”, inclusive no

que tange à inobservância de direitos fundamentais, com o conseqüente desrespeito aos direitos humanos e, assim, em visão mais macro, à dignidade da pessoa humana.

A partir de todo o exposto, o objetivo primário deste trabalho é analisar a natureza jurídica do processo administrativo disciplinar, e sua importância prática como balizador desse ramo processual.

Outrossim, a fim de alcançar o objetivo fundamental supra posto, em sede de objetivos secundários, o presente trabalho analisará o processo administrativo disciplinar no âmbito da Constituição Federal de 1988; outrossim, analisará o processo administrativo e sua estruturação legal; e, o processo administrativo, através de uma abordagem discursiva, e sua vinculação com a governança pública; tudo, como posto, com os olhos voltados para o objetivo primário deste trabalho.

A busca dos objetivos pretendidos por este trabalho se baseará, metodologicamente, em uma revisão bibliográfica, tendo como base, entre outras obras, como apresentado nas referências infracitadas, a obra “O princípio da eficiência à luz da teoria dos princípios: aspectos dogmáticos de sua interpretação e aplicação”.

Outrossim, estudar-se-á a jurisprudência sobre o tema, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, quando se verificará como tem se posicionado a Corte Maior sobre o tema, ou seja, de que modo tem sido tratado o processo administrativo disciplinar quando da judicialização, cujo objeto seja, assim, em sua origem, um processo administrativo persecutório disciplinar.

Há de se observar que este trabalho não irá discutir, por questão de espaço e tempo, a evolução histórica do processo em geral, e do processo administrativo, em partícula; mas, partirá de uma situação estruturada juridicamente, como a posta pela Constituição Federal de 1988.

O presente trabalho, ao seu final, em sede de resultado, pretende chegar a um justo entendimento da natureza jurídica do processo administrativo disciplinar e as conseqüências práticas do correto conhecimento do *locus* constitucional desse ramo processual, bem como demonstrar a importância de uma efetiva governança pública e boa administração neste aspecto processual, cuja inobservância implicaria atentado a direitos fundamentais, com o conseqüente desrespeito aos direitos humanos, o que efetivamente

não se alinharia com os esteios fundantes do Brasil, enquanto república, democrática, de Direito

1. O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Brasil, com o renascimento jurídico ocorrido com a Constituição Federal de 1988, reestruturou-se como uma república, democrática, de Direito, concepção estatal que traz em seu bojo, uma série de compromissos estatais vinculado à dignidade da pessoa humana, como a vida, a igualdade, a liberdade, a propriedade, e a segurança.

A segurança, enquanto direito fundamental, abarca uma série de vetores de atuação do Estado, perpassando, a título de exemplo, por segurança alimentar, segurança sanitária, segurança pública, e segurança jurídica, direito último ao qual estaria inserido o processo e suas vertentes.

O texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao tratar sobre o direito fundamental ao processo, entre outras previsões, afirma, nos termos do art. 5º, incisos LIV e LV, que:

Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal [...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Uma leitura primária do texto constitucional nos mostra que a Carta Maior não fez qualquer distinção entre espécies de processo, seja judicial ou administrativo, implicando que a natureza jurídica do processo se firma mesmo sem a força da definitividade da jurisdição, podendo, assim, ser entendida - sua natureza jurídica - como uma garantia fundamental.

JUNIOR e NERY (2020), ao analisarem o conceito de processo civil sob a ótica constitucional, nesse viés, afirmam, entre outras coisas, que:

Antes de o processo civil ser ordenado no CPC, como preconiza o texto comentado, o processo deve subordinar-se aos valores e princípios constitucionais, como aqueles que fundamentam a República (soberania, cidadania, segurança jurídica, Estado Democrático de

Direito, dignidade da pessoa humana, valores do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político), confirmam a democracia e resguardam os direitos fundamentais dos cidadãos e de toda pessoa.

O Supremo Tribunal Federal, ao ler a Constituição Federal através de seus julgados, na AI 529.733 (Voto do Min. Gilmar Mendes, j. 28/04/2011, P. DJE de 06/09/2011), ao tratar sobre o devido processo legal, entre outras coisas, afirmou que:

O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas e, além disso, representa uma exigência de fair trial, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.

A noção do processo administrativo, a partir de sua natureza jurídica, ou seja, direito e garantia fundamental, a alça ao patamar do processo judicializado, colocando-o no mesmo nível de importância, não na perspectiva de definitividade das decisões, mas, sim, quanto ao seu aspecto formal ou estrutural (Oliveira), inclusive no que tange à observância dos princípios constitucionais atinentes ao processo.

Essa leitura ganha importância sobretudo quando se está diante de processo administrativo disciplinar, no qual, entre outras coisas, há acusado, possibilidade de pena - desde advertência até demissão - e, ainda, a possibilidade de reflexo sobre os bens do acusado, o que, mantidas as devidas proporções, equiparar-se-ia aos processos judicializados, sobretudo ao Direito Penal.

O processo administrativo disciplinar, assim, na ótica constitucional, por lógica, deve se orientar pelo princípio do devido processo legal (Art. 5º, LIV, da CF/88), o que implica dizer que tudo que envolve o processo, desde a estruturação das comissões processantes, a escolha de seus membros, o procedimento - colheita probatória, interrogatório, indiciamento, a imputação eventual de pena, os recursos, etc, tudo deve seguir o regramento legal, sob pena de, não se observando tais deveres, redundar em mácula e nulidade do processo.

Nesse viés, sob a perspectiva da estruturação das comissões processantes, como melhor se verá abaixo, não pode haver uma escolha de membros que redunde em juízo

ou tribunal de exceção, ou seja, a escolha deve incidir sobre servidores que firmam o princípio da impessoalidade, sem qualquer vinculação que macule o processamento e o julgamento do feito.

A partir dessa estruturação, firmada no princípio da impessoalidade, há de se garantir o contraditório (art. 5º, LV, da CF/88), o que, por um lado implica o direito de acesso às informações que constam do processo; e, por outro, o de ir de encontro às proposições que sejam contrárias às pretensões do acusado, ou seja, a possibilidade de contrapor-se juridicamente a teses contrárias aos seus direitos.

Há de ser oportunizado, outrossim, o direito à ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88), o que, conjugado com o contraditório, significa dizer que o acusado tem o direito de usar de todos os recursos legais possíveis para se defender da eventual acusação que consta contra o ele, cabendo ao Estado, inclusive, fornecer ou não dificultar o acesso aos meios e recursos inerentes à esta defesa.

A Constituição Federal, aponta, ainda, que o processo, incluindo o administrativo disciplinar, a despeito dos prazos legais, deve garantir a razoável duração de sua tramitação, incluindo os meios que permitam a sua celeridade (art. 5º, LXVIII, da CF/88), implicando, ao que parece, que uma decisão justa exige também o menor lapso temporal entre a instauração e a decisão final.

Há de se observar, ainda na perspectiva constitucional, que o processo administrativo disciplinar, abarcado pela estrutura maior da Administração Pública, deve observar, com as peculiaridades que as normas atinentes ao processo impõem, os princípios da legalidade, da impessoalidade – como já citado acima, da moralidade, da publicidade e da eficiência (art. 37, caput, CF/88).

Não se pode olvidar, por fim, que, em uma leitura sistemática, o art. 93, X, da CF/88, a despeito de tratar dos Tribunais, aplica-se a todo processo, sobretudo no que tange à motivação da decisão, observando-se que, no que tange à publicidade e à decisão, há regramentos específicos, respectivamente, quanto ao momento da divulgação e à forma de voto, o que será melhor analisado abaixo.

A leitura constitucional realizada mostra que o processo administrativo tem a mesma natureza constitucional de processos judicializados, como o processo cível e o

penal, ou seja, direito e/ou garantia fundamental, implicando uma equalização principiológica entre os ramos processuais, devendo ser observado e garantidos, entre outros, a estruturação de uma comissão imparcial, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, o tempo razoável de duração do processamento, e a fundamentação de todas as decisões, o que será melhor analisado abaixo.

2. O PROCESSO ADMINISTRATIVO E SUA ESTRUTURAÇÃO LEGAL

O processo administrativo disciplinar, enquanto direito fundamental, seria o meio estabelecido pelo Estado para apurar irregularidade, dirimindo conflito entre a Administração Pública e aqueles que estão vinculados à administração como servidores, quando se está diante de infração disciplinar, sendo, nos termos do art. 148 da Lei nº 8112/1990: “o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido...”

Há de se registrar que, por questão de tempo e objetivo específico deste trabalho, focar-se-á no processo administrativo disciplinar, no qual figure como acusado servidor com vínculo estatutário, a partir do qual, em similitude, pode-se inferir, principiológicamente, outros processos disciplinares específicos.

Há de se observar que, devido à autonomia administrativa dos entes que compõem a estrutura estatal brasileira, a União, os Estados, os Municípios, e o Distrito Federal podem instituir estatutos próprios que venham a reger o Direito Administrativo Disciplinar e o respectivo processo administrativo.

Nesse viés, a título de norte para este trabalho, observa-se que, no âmbito da União, tem-se a Lei nº 8112/90, que, dispondo sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, rege, entre outras coisas, o regime disciplinar e o processo administrativo disciplinar; outrossim, tem-se a Lei nº 9784/99, que regula, como norma geral, o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Não se pode olvidar que existem outros normativos que regem algumas carreiras estatais específicas, como as carreiras policiais, situações que não ficam abarcadas,

necessariamente, pelos ditames da Lei nº 8112/90 e pela Lei nº 9784/99, sobretudo quanto aos tipos ilícitos administrativos, mas, vinculam-se a essas por serem – estas últimas - normas estruturantes e/ou supletivas daqueles regimes especiais.

A partir do exposto, vê-se que a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua imediata apuração, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar (Art. 143, caput, da Lei nº 8112/1990), não se olvidando que, de modo geral, a sindicância seria um procedimento prévio, semelhante ao inquérito policial, cujo fim seria verificar a existência do fato e a indicação de autoria, firmando a fundamentação para a instauração do processo administrativo disciplinar.

Há de se ver que o processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três (03) servidores estáveis, designados pela autoridade competente (Art. 149, caput, da Lei nº 8112/1990), cabendo a esta como regra proceder à instrução, receber e analisar a defesa, bem como apresentar o relatório final (Art. 151, II, da Lei nº 8112/1990).

Não se pode olvidar que nomeação dos componentes integrantes da comissão processante deve se dar sob a matriz da impessoalidade, que, para além do norte principiológico estabelecido como esteio da administração pública, nos termos do art. 37, caput, da CF/88, como visto acima, deve ser lido na perspectiva de se evitar juízo ou tribunal de exceção, direito fundamental cujo fim último é a segurança jurídica de um processo justo.

Há de se registrar que não está se tratando do incidente processual de suspeição ou impedimento, também cabível na contraposição à pessoalidade dos membros de comissão processante, mas, sim, na própria estrutura estatal que suporta o processo, o que, além de concretizar sua natureza jurídica enquanto direito fundamental, firma os esteios do Brasil, enquanto república democrática de Direito.

A estruturação da comissão processante sob viés do princípio da impessoalidade permite, parece, a concretização do exercício das atividades processuais com independência e imparcialidade (art. 150 da Lei nº 8112/1990), firmando o conceito de *res publica*, cuja resultante é a segurança jurídica e o efetivo fazimento da justiça no âmbito administrativo.

A Corregedoria-Geral da União (CGU, 2022, p. 99), ao analisar a composição da comissão processante, indo na mesma direção, apontou que:

As comissões de processo disciplinar são autônomas e independentes, sendo vinculadas, apenas no que tange aos aspectos gerenciais, às suas respectivas autoridades instauradoras. Dessa forma, a autoridade que instaura o procedimento correccional não deve exercer qualquer influência no andamento dos trabalhos e nas conclusões do colegiado, o qual deverá ter a liberdade necessária para apresentar, ao final do processo, suas próprias convicções acerca do caso.

Uma vez escolhida e instalada a comissão processante, a mesma deve zelar pela higidez processual, com observância de toda gama principiológica que rege o devido processo legal, como a legalidade, o contraditório, a ampla defesa, a eficiência, a razoabilidade (art. 2º, caput, da Lei nº 9784/1999), além de critério como atuação conforme a lei e o Direito – indo para além, parece, da legalidade estrita; a atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (art. 2º, parágrafo único, I, IV, VIII, c/c art. 3º, todos da Lei nº 9784/1999).

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a AGI nº 241.201, parece ir nessa mesma direção, afirmando, entre outras coisas, que:

O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal – que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos – exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos.

Não se pode esquecer que, no âmbito do processo administrativo disciplinar, vige, como regra, o princípio da verdade real, em que a comissão deve buscar, sempre e na medida do possível, ao que efetivamente teria ocorrido, a verdade do fato, não apenas uma verdade formal, sabida, levada aos autos pelos interessados.

A Corregedoria-Geral da União (CGU, 2022, p. 16), nesse viés, ao analisar o conceito de verdade real, entre outras coisas, apontou que:

Desse princípio decorre que a Administração tem o poder-dever de tomar emprestado e de produzir provas a qualquer tempo, atuando de ofício ou mediante provocação, de modo a formar sua convicção sobre a realidade fática em apuração. Ainda que aquele que figura como acusado não tenha pedido a produção de determinada diligência que poderia lhe beneficiar, afastando, por exemplo, sua autoria, cabe à comissão buscar a produção de tal prova. Neste mesmo diapasão, temos que o único efeito da revelia no processo administrativo disciplinar – tópico que será debatido adiante – é o da nomeação de defensor dativo, não se reputando como verdadeiros os fatos imputados ao acusado.

A comissão processante, ao fim dos seus trabalhos, elaborará um minucioso relatório conclusivo, no qual, apontará, entre outras coisas, as provas (art. 165, caput, da Lei nº 8112/1990), bem como os pressupostos de fato e de direito que firmaram sua convicção, encaminhando, ao fim, o processo para a autoridade julgadora (art. 166 da Lei nº 8112/1990).

Há de se observar que a higidez processual, como defendido neste trabalho, exige impessoalidade do processante e do julgador, lembrando-se, sempre, que se está diante de um processo, cuja natureza jurídica é um direito fundamental, que implica, na perspectiva constitucional brasileira, o afastamento de qualquer juízo de exceção, maculado pelo princípio da pessoalidade, parcialidade, da suspeição e do impedimento.

Nesse sentido, se o julgador for quem determinou a instauração processual, a despeito do ditame legal exarado no art. 166 da Lei nº 8112/1990, para se evitar a parcialidade do julgamento, caso tenha havido um formação de opinião (convicção) antes ou fora do devido processo legal, além dos demais casos legais (art. 18 a 21, todos da Lei nº 9784/1999), esse julgador deveria, parece, dá-se por impedido e encaminhar o processo para o seu substituto legal, de modo a evitar mácula na decisão e, assim, no processo em si, firmando as normas, princípios, valores e critérios que cercam o processo administrativo disciplinar, enquanto direito e/ou garantia fundamental.

Superada a questão do impedimento, a autoridade julgadora decidirá o processo, motivando sua decisão com os fatos e fundamentos jurídicos pertinentes (art. 50, Lei nº 9784/1999), ou seja, os colhidos sobre o contraditório e a ampla defesa nos corpo do

processo, podendo sua decisão, inclusive, ir de encontro às conclusões da comissão, desde que, como posto, devidamente fundamentado, reitere-se, com os elementos probatórios colhidos nos autos, não podendo firmar sua posição, parece, em pareceres, despachos e manifestações colhidos em momentos posterior ao relatório e fora do universo, e, assim, fora do universo do contraditório e da ampla defesa.

Há de se ver, por fim, que da decisão do processo cabe revisão (art. 174 e seguintes da Lei nº 8112/1990 c/c art. 65 da Lei nº 9784/1999); e, mesmo, para os que entendem não se tratar do mesmo fenômeno processual, recurso (art. 56 e seguintes da Lei nº 9784/1999), todos com o fim de reformar a decisão anterior da autoridade julgadora.

A partir de todo o exposto, vê-se que o processo administrativo disciplinar, enquanto direito e/ou garantia fundamental, firma-se sobre primado do devido processo legal, cuja concretização se dá por um complexo processual subjetivo que perpassa pela autoridade instauradora, pela comissão processante, e pelo julgador – que pode ou não ser o instaurador.

Essa estruturação exige, por um lado, a efetiva formação dos servidores que comporão as comissões processantes; e, por outro, uma estrita observância do princípio da impessoalidade na escolha e estruturação das comissões e do julgador, a despeito do texto legal, como visto acima, sob o risco de, se não observado, estabelecer-se um juízo de exceção, ferindo não só o processo em si, mas, também a próprio Estado brasileiro enquanto república, democrática, de Direito, o que passa, necessariamente, pela concepção de governança pública, como melhor se verá abaixo.

3. O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E A GOVERNANÇA PÚBLICA: UMA ABORDAGEM DISCURSIVA

O Brasil, com a renascimento jurídico ocorrido com a Constituição Federal de 1988, reestruturou-se como uma república democrática de Direito, construção que traz uma série de compromissos umbilicalmente ligados a esta formação estatal, entre os quais estaria a efetiva responsabilidade com a coisa pública, um dos esteios que firma o Estado brasileiro como república.

A noção de república, nesse sentido, traz alguns pilares que a firmam, como, por exemplo, a noção primeva de cidade justa, cuja origem remonta à antiguidade clássica, sobretudo na antiguidade grega e a obra de pensadores como Platão (Vieira, 2010); outrossim, a noção perpassa, ainda, na antiguidade, por Cícero, que estudando o Império Romano, entendeu que os bens que suportam a existência estatal são *res publica*, coisa do povo voltada para o povo, apontando, parece, para a noção de impessoalidade no trato dos bens estatais (Cícero, p. 45).

A concepção clássica de república foi relida por ocasião do renascimento, fundamentando as grandes revoluções dos Séculos XVII e XVIII, como a Revolução Francesa, estabelecendo a república como um contraponto à monarquia, sobretudo as monarquias absolutistas, apresentando vários aspectos contrafactuais como a responsabilidade do dirigente estatal, a periodicidade do comando estatal, e a transferência do domínio dos bens estatais de um – o monarca, para todos – o povo, daí *res publica*, coisa do povo, o que, mantidas as devidas proporções, formata o conceito hodierno de república.

A concepção de *res publica* implica dizer que todos os bens que suportam a estrutura estatal são bens públicos, cuja finalidade é coletiva, sempre voltada à concretização dos objetivos fundamentais e comuns do Estado, e, assim, a busca de sua finalidade pública, o que, em realidade jurídica como a brasileira, sobrepõe-se a ideologias de partidos políticos, sistemas econômicos, e mesmo posicionamentos de eventual detentor – representante – de poder.

A noção de coisa pública, sob a leitura posta, apresenta-nos, na outra face da moeda, a responsabilidade de todos, mas sobretudo dos dirigentes estatais, com o uso dos bens públicos, o que fica evidente, entre outros, com o destaque do princípio da eficiência como norte orientativo de toda administração pública, nos termos do art. 37, caput, da CF/88.

O Supremo Tribunal Federal, em leitura do texto constitucional a partir de seus julgados, ao decidir a ADI 6.259, parecendo ir na mesma direção, entre outras coisas, afirmou que:

O Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU), enquanto sistema unificado de tramitação eletrônica dos processos de execução penal, **representa sensível incremento na eficiência de gestão do Poder Judiciário**. O SEEU foi concebido de maneira mais ampla, a partir dos parâmetros apontados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da medida cautelar na ADPF nº 347, com o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário nacional, no qual está “presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas”. As vantagens intrínsecas à utilização de um sistema único – das quais se destacam o exercício dos direitos, **a racionalização do trabalho** dos órgãos da execução penal e **a economia de recursos públicos** – bastariam para justificar a adoção do SEEU em todo o país, disponibilizado gratuitamente pelo Conselho Nacional de Justiça. (Grifos nosso).

Meirelles (2000. p. 90), ao tratar o princípio da eficiência, entre outras coisas, afirma, *in verbis*, que esse:

...exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa [...] exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Vieira (2021, p. 137), por sua vez, ao ministrar sobre o princípio da eficiência, afirma, entre outras coisas, que:

...Dizer que a Administração Pública atua com eficiência é o mesmo que pronunciar que ela presta serviço público de boa qualidade, dentro do prazo estabelecido em lei ou, quando não estabelecido, em prazo razoável, com utilização dos recursos que lhe foram reservados de acordo com o orçamento – nem sempre suficientes para alcançar as metas da sua repartição pública – mas que, em parte, atende aos interesses dos indivíduos. Prestando os serviços que lhes foram atribuídos com rapidez e exaçaõ, resta cumprido o dever da boa administração pública...

A análise da eficiência como regra perpassa pela noção da vedação genérica ao desperdício, vinculado ao aspecto da eficiência produtiva, levando em consideração não apenas a dimensão utilização dos bens e demais recursos em si, mas, também, a eficácia dos meios empregados, a combinação de ótimo padrão de desempenho nos métodos utilizados ou o grau de obtenção do resultado final com o meio escolhido (Rodrigues, 2022, p. 71).

O princípio da eficiência, nessa perspectiva, liga-se, parece, à questão de governança pública e boa administração, que, em definição positivada no Decreto nº 9203/2017, seria o *conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade*.

A governança pública, nesse viés, teria como norte principiológico a capacidade de resposta, a integridade, confiabilidade, a melhoria regulatória, a prestação de contas e responsabilidade, e a transparência; e, como diretrizes da governança pública, entre muitos outros: direcionar ações para a busca de resultados para a sociedade, encontrando soluções tempestivas e inovadoras para lidar com a limitação de recursos e com as mudanças de prioridades; e fazer incorporar padrões elevados de conduta pela alta administração para orientar o comportamento dos agentes públicos, em consonância com as funções e as atribuições de seus órgãos e de suas entidades (Art. 3º, incisos I ao V, e art. 4º, incisos I e V, todos do Decreto nº 9203/2017).

Não se pode olvidar que o princípio da eficiência e a noção de governança pública aplicam-se nas mais diversas funções exercidas pelo Estado, seja na sua vertente legislativa, administrativa ou judiciária, com seus respectivos desdobramentos, seja nas funções típicas, seja nas funções atípicas de cada esfera de poder.

Nesse sentido, voltando-se ao objeto deste trabalho, vê-se que, inicialmente, que o princípio da eficiência, normativamente, aplica-se ao processo administrativo disciplinar, nos termos do artigo 2º, *caput*, da Lei nº 9784/1999, implicando que tudo que se visa com o princípio de eficiência, busca-se no processo administrativo, inclusive, 'por lógica, ao processo administrativo disciplinar.

O binômio “eficiência-governança pública”, assim, deve ser observado no que tange à toda estruturação do processo administrativo disciplinar, perpassando, para além do observância dos aspectos específicos do processo, como visto acima, pela escolha e treinamento dos servidores que comporão as respectivas comissões processantes, sejam membros, sejam secretários; estruturação de meios para a atuação das respectivas comissões; e mecanismos de otimização dos meios processuais em si, como, por exemplo, digitalização dos processos.

A leitura, como posta, exige, portanto, que a escolha dos servidores que venham a compor uma comissão processante sejam indicados de forma impessoal, selecionados entre aqueles que dominam o sistema jurídico em torno do processo administrativo disciplinar, preferencialmente, bacharéis em direito; outrossim, há de se garantir a efetiva autonomia e independência das comissões, de forma a se evitar ingerências indevidas que venham a macular sua atuação; há de se fornecer, igualmente, meios para a atuação eficiente da comissão processante, como: salas estruturadas; computadores; acesso a rede de internet; meios de comunicação capaz de permitir trabalho à distância - audiências, interrogatórios, etc, como câmeras, sistemas de som, de gravação, entre outros.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 6.655, parece ir nessa mesma direção, ao afirmar que: *A Constituição reservou à Administração um regime jurídico minucioso na conformação do interesse público a fim de resguardar a isonomia e eficiência na formação dos seus quadros, do qual decorre a excepcionalidade da categoria 'cargo em comissão'.*

Há de se registrar que a observância do princípio da eficiência e da governança pública implica, no caso de processo administrativo disciplinar, a concretização de um efetivo “devido processo legal”, o que perpassa pela devida escolha dos membros da comissão processante, a otimização de meios que permitem a razoável duração do procedimento, em uma atuação justa que concretiza a segurança jurídica, através de uma decisão imaculada, o que firma não só o processo em si, e os conceitos de eficiência e governança, mas, ainda, um direito fundamental, um fundamento do Estado - dignidade da pessoa humana, e sobretudo, os conceitos de república democrática de Direito, bases as quais se firma o Estado Brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do presente trabalho mostrou que o Brasil, com o renascimento jurídico ocorrido com a Constituição Federal de 1988, reestruturou-se como uma República Democrática de Direito, o que traz em seu bojo uma série de compromissos vinculados a esta formatação estatal, incluindo vetores amplos como a dignidade da pessoa humana e princípios garantidores, firmados como fundamentais, como a segurança.

O estudo descortinou, ainda, que o conceito de segurança, enquanto princípio, garantia e direito fundamental, abrangeria diversos aspectos concretos da vida societária como segurança alimentar, segurança sanitária, segurança ou seguridade social, segurança biológica – biossegurança, segurança pública e segurança jurídica, sendo essa última vertente de um esteio que abrange o devido processo legal, com todo os procedimentos assecuratórios que o engloba, o que abarcaria o processo administrativo disciplinar.

A leitura constitucional realizada demonstrou que o processo administrativo teria a mesma natureza constitucional de processos judicializados, como o processo cível e o penal, ou seja, direito e/ou garantia fundamental, implicando uma equalização principiológica entre os ramos processuais, devendo ser observado e garantidos, entre outros, a estruturação de uma comissão imparcial, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, o tempo razoável de duração do processamento, e a fundamentação de todas decisões, o que será melhor analisado abaixo.

Essa estruturação exige, ainda, como viu-se, a efetiva formação dos servidores que comporão as comissões processantes; e, por outro, uma estrita observância do princípio da impessoalidade na escolha e estruturação das comissões e do julgador, a despeito do texto legal, como visto acima, sob o risco de, se não observado, estabelecer-se um juízo de exceção, ferindo não só o processo em si, mas, também a próprio Estado brasileiro enquanto república, democrática de Direito, o que passa, necessariamente, pela concepção de governança pública, como melhor se verá abaixo.

O conjunto posto, em sede amálgama, permiti-nos concluir que a observância do princípio da eficiência e da governança pública implica, no caso de processo administrativo disciplinar, a concretização de um efetivo “devido processo legal”, com a otimização de meios que permitem a razoável duração do procedimento, e uma atuação justa que concretiza a segurança jurídica, o que firma não só o processo em si, e os conceitos de eficiência e governança, mas, ainda, um direito fundamental, um fundamento do Estado - dignidade da pessoa humana, e sobretudo, os conceitos de república democrática de Direito, bases as quais se firma o Estado Brasileiro.

Há de se registrar, por fim, que o presente estudo pretendeu demonstrar os aspectos positivos da devida concepção da natureza jurídica do processo administrativo disciplinar

e sua vinculação com os conceitos de eficiência e governança, cuja inobservância geraria um atentado, em uma primeira visão, a preceitos fundamentais, em visão mais aprofundada, aos próprios esteios fundantes do Brasil enquanto república democrática de direito, o que, no entanto, não foi possível abordar neste trabalho, exigindo nova oportunidade para a devida abordagem.

REFERÊNCIAS

BRASIL. STF. **ADI 6.259**, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 22-8-2023, P, DJE de 14/09/2023. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/constituicao-supremo/artigo.asp?abrirBase=CF&abrirArtigo=37>. Acesso em 27/03/2024.

_____. STF. **ADI 6.655**, rel. min. Edson Fachin, j. 9-5-2022, P, DJE de 3-6-2022. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/constituicao-supremo/artigo.asp?abrirBase=CF&abrirArtigo=37>. Acesso em 27/03/2024.

_____. STF. AgI nº 241.201. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 27/8/2002, publicado em 20/9/2002. In CGU. **Manual de processo administrativo disciplinar**. Atualizada pela Coordenação-Geral de Uniformização de Entendimentos. Atualizada até março de 2022, p. 15. Disponível em https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/68219/10/Manual_PAD%20_2022%20%281%29.pdf. Acesso em 24/03/2024.

_____. **Decreto nº 9203/2017**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm. Acesso em 27/03/2024.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 15/01/2024.

_____. **Lei nº 9784/1999**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 25/01/2024.

_____. **Lei nº 8112/1990**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm. Acesso em 25/01/2024.

CGU. **Manual de processo administrativo disciplinar**. Atualizada pela Coordenação-Geral de Uniformização de Entendimentos. Atualizada até março de 2022. Disponível em https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/68219/10/Manual_PAD%20_2022%20%281%29.pdf. Acesso em 24/03/2024.

CÍCERO. **Da República**. Edição Ridendo Castigar Mores (1947-2002). [S. l.]: eBooksBrasil, [201-]. eBook.

JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa. **Código de processo comentado**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 2020. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/codigo-de-processo-civil-comentado/1147565151>. Acesso em 24/03/2024.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Alexo e, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2000.

OLIVEIRA, José Carlos. **Curso de aperfeiçoamento em Licitação e Contratação Pública. Processo Administrativo 1**. Disponível em https://acervodigital.unesp.br/bitstream/123456789/65596/1/a2_m01_s02_104.pdf. Acesso em 22/03/2024.

RODRIGUES, Eduardo Azeredo. **O princípio da eficiência à luz da teoria dos princípios: aspectos dogmáticos de sua interpretação e aplicação**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

VIEIRA. Sérgio Túlio Santos. **A administração pública contrafactual: ética e moralidade discursiva**. Rio de Janeiro: Instituto EDS, 2021.

VIEIRA, Valtírio. Resenha do Livro: **A República de Platão**. São Bento do Sul, 2010. Disponível em <https://www.recantodasletras.com.br/resenhasdelivros/3685778>. Acesso em 12/12/2019.

DESAFIOS NA GESTÃO DE LICITAÇÕES PARA INFRAESTRUTURA SOCIAL E SUAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Eduardo Azeredo Rodrigues¹

Júlia Gomes Turon²

Manoela dos Santos Ribeiro³

Yasmyn Correia Sattam⁴

Eixo Temático: GT13: Governança pública, direito fundamental à boa administração e direitos humanos.

RESUMO:

Este artigo tem o intuito de analisar os desafios na gestão da infraestrutura social, agravados pela desigualdade e políticas públicas, em conformidade com o princípio da segregação de funções da nova Lei de Licitações. A Lei nº 14.133/2021, implementada em abril de 2021, unifica Leis anteriores relacionadas a licitações públicas e introduz princípios como a segregação de funções, que divide responsabilidades entre servidores administrativos durante as fases do processo licitatório. Nas cidades grandes, destaca-se o pregão como modalidade de licitação amplamente utilizada, oferecendo eficiência e economia de tempo. Nas cidades pequenas, a nova Lei proporciona exceções para municípios com até 20 mil habitantes, permitindo flexibilidade em relação às exigências de licitação. No entanto, é crucial que esses municípios estejam cientes das mudanças trazidas pela nova Lei e estejam preparados para se adaptar, investindo em capacitação para os profissionais envolvidos em licitações. O texto também aborda a complexidade das políticas públicas, a necessidade de eficiência e sustentabilidade nos processos licitatórios e as iniciativas do deputado Daniel Soranz para melhorar a gestão na área da saúde, incluindo a proposta de um sistema de compras simplificado e a taxaço de produtos prejudiciais à saúde para promover hábitos mais saudáveis na população.

Palavras-chaves: Licitação. Planejamento. Eficiência. Projeto de Lei. Saúde Pública.

INTRODUÇÃO

Este trabalho aborda os desafios na gestão da infraestrutura social cumulado com desigualdade e políticas públicas atrelado ao princípio da segregação das funções da nova Lei de licitações.

¹ Doutorando em Direito pelo PPGDIN da UFF. Mestre em Direito pela Estácio de Sá. Professor da EMERJ e do Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro (UNILASALLE RJ). Procurador do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. earodrigues@id.uff.br.

² Graduanda no Curso de Direito do Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro (UNILASALLE-RJ). Estagiária do TRF2. juliaturon@soulasalle.com.br.

³ Graduanda no Curso de Direito do Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro (UNILASALLE-RJ). Estagiária do TRF2. manoela.ribeiro@soulasalle.com.br.

⁴ Graduanda no Curso de Direito do Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro (UNILASALLE-RJ). Estagiária no escritório Teixeira Trino. yasmyn.sattam@soulasalle.com.br.

Em abril de 2021 entrou em vigor a nova Lei de licitações, que unifica a Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993), a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002) e a Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas/RDC (Lei nº 12.462/2011). Esta nova Lei apresenta 22 princípios e traz diversas inovações, tais como a exclusão da carta-convite, tomada de preços e a inclusão da nova modalidade; o diálogo competitivo.

Não obstante as inúmeras inovações, este estudo tem foco no princípio da segregação de funções no âmbito licitatório que, não obstante não estivesse expresso na Lei nº 8.666/1993, já era utilizado no procedimento licitatório, sendo amplamente difundido no âmbito jurisprudencial das Cortes de Contas, vindo em bom tempo a ser expressamente previsto no texto legal com o advento da Lei nº 14.113/2021.

O princípio da segregação de funções (Silva, 2013) consiste na divisão de funções entre os servidores administrativos por fases licitatórias, para que uma carga de responsabilidades não seja atribuída somente a um servidor e sim dividida, a fim de que não haja múltiplas funções para os servidores e seja garantido que não haja riscos de fraudes, falhas, corrupções, ocultações de erros no geral. Neste sentido, cabe salientar o Acórdão 5.615/2008⁵ da 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União⁶: 1.7.1. [...] consiste na separação de funções de autorização, aprovação, execução, controle e contabilização das operações, evitando o acúmulo de funções por parte de um mesmo servidor.

Esse princípio possui vedações que estão contidos na própria Lei, no artigo 7, § 1º, sendo “vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação”.

⁵Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão 5615/2008. Relator: Min Raimundo Carreiro. 03 de dezembro de 2008. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A5615%2520ANOACORDAO%253A2008%2520COLEGIADO%253A%2522Segunda%2520C%25C3%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em 01/12/2023.

⁶Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 018.502/2009-6, Relator: Raimundo Carreiro, DJ 03/12/2008, Segunda Câmara). Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-124243>. Acesso em 27/03/2023.

Pode-se com isso afirmar que as entidades estatais terão que designar seus agentes públicos nos procedimentos respeitando o princípio da segregação de funções, sendo vedado, por exemplo, que o mesmo agente público que atue na elaboração do edital participe também da comissão de contratação. Isso ocorre para que sejam separados as funções e responsabilidades de maneira a garantir a transparência, imparcialidade e integridade do processo; e ainda para que sejam evitados os conflitos de interesse, favorecimentos indevidos e práticas ilícitas e prejudiciais aos interesses públicos.

2. CIDADES GRANDES

A nova Lei de Licitações institui os procedimentos auxiliares e ainda trouxe diversas alterações nas modalidades licitatórias. O pregão, por exemplo, passou a ser uma modalidade obrigatória para aquisições de bens e serviços comuns; ao passo que foram excluídas as modalidades convite e tomada de preços. A Lei também inovou ao criar uma nova modalidade - o diálogo competitivo, incentivando a inovação tecnológica, inclusive com a possibilidade de participação exclusiva de *startups*.

Porém, o que torna pertinente citar neste artigo é o pregão, frequentemente a modalidade de licitação que é mais utilizada em cidades grandes, principalmente em razão da economia de tempo e recursos (Gomes, 2021). Em tais condições, por existirem mais disponibilidade de recursos financeiros e de infraestrutura, consegue-se ter um efetivo número de agentes para que o princípio da segregação de funções seja efetivamente aplicado, o que se torna mais difícil de ser concretizado em municípios com menor expressão econômica.

O pregão consiste na modalidade destinada à contratação de bens e serviços comuns, não sendo aplicável em qualquer tipo de compras ou aquisições mais complexas ou especializadas, ou quando haja a predominância de serviços de natureza intelectual, quando então devem ser utilizadas outras modalidades de licitação. Nesse sentido, a título exemplificativo, cita-se o Acórdão nº 555/2008 do Tribunal de Contas da União assim ementado: “A licitação na modalidade pregão não se configura instrumento hábil à aquisição de bens e serviços incomuns”.

A essa modalidade de licitação associa-se a figura do pregoeiro (Agnol, 2022), uma peça central na caracterização de tal modalidade. Sendo o responsável por conduzir a sessão, o pregoeiro assume a condução unipessoal do certame e tem discricionariedade e garante que todo o processo seja realizado de acordo com as regras e regulamentos estabelecidos. Para Rodrigues, “na modalidade pregão, a responsabilidade pela condução do certame recai sobre um só agente público: o pregoeiro” (Rodrigues, 2023, p. 25). A Lei nº 14.133/2021 define os requisitos para o exercício da função de agente de contratação e de pregoeiro:

Art. 8º A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.

[...]

§ 5º Em licitação na modalidade pregão, o agente responsável pela condução do certame será designado pregoeiro.

O pregão possui duas fases: a interna e a externa. Na interna, que ocorre por trás dos bastidores, ocorrem os atos preparatórios para o certame, tais como a identificação das necessidades, a definição do objeto, a realização de estudos preliminares, estimativas de preços, dentre outras providências. É aqui que ocorrem as definições de como irá funcionar a licitação, o objeto da compra, prazos, exigências, orçamentos e afins. Por outro lado, a fase externa consolida aquilo que ocorre aos olhos do público, geralmente resumindo-se a uma única sessão pública.

Diferente do que ocorria na Lei nº 8.666/1993, no pregão a grande inovação foi a inversão de fases, começando-se pela identificação da melhor proposta para somente após ser aberto o envelope de habilitação do melhor proponente (e eventualmente de seus sucessores). Com isso há uma enorme economicidade de tempo e de recursos. Também pode-se frisar que o pregão tem a concentração dos atos em uma única sessão, com apenas um recurso ao final, enquanto a Lei nº 8.666/1993 preconiza uma sessão para cada fase, o que leva o processo de licitação a demorar muito mais do que o desejável para a sua finalização.

Além das fases do pregão, existem diversos tipos de pregão, podendo tal modalidade ser realizada de maneira presencial ou de maneira virtual. Quando era realizado apenas de maneira presencial, existia a divulgação do edital no órgão público, com a necessidade de compra existente e o agendamento necessário para o dia da apresentação das propostas. Quem fosse interessado comparecia com a documentação necessária no local e o pregoeiro seguia com o procedimento de forma presencial. Com o advento do pregão eletrônico, realizado de forma virtual, além de fácil acesso para pessoas que estão distantes participarem do procedimento, também gerou uma maior economia de valores e de tempo para a Administração Pública. O pregão virtual transcorre desde a abertura do edital até a escolha do vencedor em um ambiente inteiramente digital e completamente seguro, administrado virtualmente pelo pregoeiro, eventualmente com o auxílio de uma equipe de apoio.

É importante ressaltar que o pregoeiro não faz parte das fases preparatórias do processo de licitação, o papel dele é somente conduzir a sessão de pregão, garantindo que o processo seja realizado de acordo com as normas legais e regulamentares do procedimento. Isso se dá a fim de respeitar o princípio da segregação de funções. Nesse sentido, vale citar os seguintes julgados, que tratam exatamente do assunto:

Acórdão 2829/2015 do TCU - A segregação de funções, princípio básico de controle interno que consiste na separação de atribuições ou responsabilidade entre diferentes pessoas, deve possibilitar o controle de etapas do processo de pregão por setores distintos e impedir que a mesma pessoa seja responsável por mais de uma atividade sensível ao mesmo tempo.

Acórdão 3381/2013 do TCU - Em verdade, a atribuição, ao pregoeiro, da responsabilidade pela elaboração do edital cumulativamente às atribuições de sua estrita competência afronta o princípio da segregação de funções adequado à condução do pregão, inclusive o eletrônico, e não encontra respaldo nos normativos legais que regem o procedimento.

Por este motivo, cidades grandes, por sua maior infraestrutura, conseguem implementar com maior eficiência o princípio da segregação de funções, contando com uma equipe diversificada de agentes públicos atuantes na contratação, como pregoeiros, equipe de apoio, comissão de contratação, procuradores, assessores jurídicos, controladores e demais agentes necessários.

3. CIDADES PEQUENAS

Apesar das mudanças substanciais, a Nova Lei de Licitações oferece uma estrutura organizacional essencial para a Administração Pública em todos os níveis federativos, incorporando o princípio do planejamento como um de seus fundamentos.

Outrossim, o princípio do planejamento nas contratações públicas abrange a realização de pesquisa de preços, especialmente em contratações diretas, e a adoção de boas práticas de contratação, respeitando as diferentes fases e etapas do processo. Isso inclui a consideração dos principais documentos de planejamento, como o projeto básico, o termo de referência e o projeto executivo, juntamente com o estudo técnico preliminar. Além disso, destaca-se a importância de uma ampla análise de mercado. A Lei nº 8.666/1993 já contemplava dispositivos para alinhar as práticas contratuais com as práticas usuais de mercado, e essa preocupação foi ainda reforçada pela Lei nº 14.133/2021 (Rodrigues, 2023, p. 21).

O legislador, ciente das disparidades entre os grandes centros urbanos e os municípios menores, introduziu no art. 176⁷ a possibilidade de os municípios com até 20 mil habitantes terem um conjunto diferenciado de normas para implementar os requisitos da nova Lei. Isso foi feito justamente pelas disparidades econômicas e pelas dificuldades enfrentadas pelos gestores em municípios menores, que muitas vezes não têm acesso a profissionais técnicos capazes de aplicar rigorosamente a legislação (Souza, 2023).

Art. 176. Os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes terão o prazo de 6 (seis) anos, contado da data de publicação desta Lei, para cumprimento:

- I.- dos requisitos estabelecidos no art. 7º e no caput do art. 8º desta Lei;
- II.- da obrigatoriedade de realização da licitação sob a forma eletrônica a que se refere o § 2º do art. 17 desta Lei;
- III.- das regras relativas à divulgação em sítio eletrônico oficial.

Parágrafo único. Enquanto não adotarem o PNCP, os Municípios a que se refere o caput deste artigo deverão:

⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Consulta: 06 de nov. 2023.

IV- publicar, em diário oficial, as informações que esta Lei exige que sejam divulgadas em sítio eletrônico oficial, admitida a publicação de extrato;

V- disponibilizar a versão física dos documentos em suas repartições, vedada a cobrança de qualquer valor, salvo o referente ao fornecimento de edital ou de cópia de documento, que não será superior ao custo de sua reprodução gráfica.

É crucial ressaltar que a partir de janeiro de 2024, todos os municípios brasileiros são obrigados a adotar as regras estabelecidas na Nova Lei de Licitações, uma vez que as Leis anteriores deixaram de ter validade em nosso ordenamento jurídico, ressalvada, entretanto, a hipótese do art. 190 da NLL. Portanto, ao contrário do que alguns gestores podem ainda estar pensando, todas as demais disposições não contempladas na exceção do art. 176 devem ser obedecidas e implementadas durante a condução de um processo licitatório independentemente do tamanho do município e de seu número de habitantes.

Analisando mais detalhadamente o texto acima, a Nova Lei de Licitações oferece aos municípios com até 20 mil habitantes a oportunidade de, até 2027, não separar as funções, como é o caso da nomeação do agente de contratação e da comissão de apoio, entre outras. Na prática, esses municípios poderão manter a mesma estrutura, dando tempo suficiente para preparar os futuros responsáveis pela gestão e execução dos requisitos de governança.

Em relação ao art. 8^o, o texto aborda especificamente o agente de contratação, cuja responsabilidade de conduzir o processo permanecerá com os agentes atuais, especialmente o pregoeiro, um profissional de extrema importância na condução do certame, especialmente quando o município conta com alguém com vasta experiência nessa área (Monteiro, 2023).

Nessas exceções, os municípios com até 20 mil habitantes também poderão optar por não realizar licitações de forma eletrônica, embora essa situação seja pouco comum, dado que a maioria dos nossos municípios utilizam o pregão eletrônico. Mesmo assim, a

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Consulta: 06 de nov. 2023.

Nova Lei de Licitações permite essa flexibilidade em suas exceções.

Outro ponto relevante refere-se à possibilidade de publicação dos atos administrativos relacionados às licitações em sítios eletrônicos já em uso, como é o caso do diário oficial da AMUPE e a página oficial do município.

Essas são as alternativas disponíveis para os municípios com até 20 mil habitantes em relação à não aplicação integral da Lei nº 14.133/2021. É importante notar que o entendimento de que a Nova Lei de Licitações não deve ser aplicada na totalidade não é válido, conforme esclarecido pelas disposições mencionadas.

Além disso, cabe a todos os entes federados organizar seus procedimentos, levando em consideração o planejamento, para que as práticas baseadas na legislação anterior sejam completamente substituídas. Os novos princípios estabelecidos na Nova Lei tornam mais claro esse processo de mudança, facilitando o aprendizado para todos os envolvidos.

Contudo, a Nova Lei de Licitações (Lei Federal nº 14.133/2021) tem impactos significativos para municípios pequenos, que muitas vezes enfrentam desafios específicos em termos de recursos humanos, técnicos e financeiros. Abaixo estão alguns pontos chave que podem ser relevantes para cidades pequenas em relação à nova legislação de licitações (Silva, 2023): a) a necessidade de capacitação para os profissionais envolvidos em licitações. Para cidades pequenas com recursos limitados, é importante investir em treinamento para garantir que os funcionários encarregados das licitações estejam bem-informados sobre as novas regras; b) introduz diferentes modalidades de licitação, como o diálogo competitivo e o pregão, que podem oferecer flexibilidade. Municípios pequenos podem se beneficiar ao escolher a modalidade mais adequada às suas necessidades específicas (Schiefler; Hellmann, 2022); c) permite contratos de concessão de serviços públicos de longo prazo. Isso pode ser relevante para cidades pequenas que desejam estabelecer parcerias de longo prazo para serviços essenciais, como abastecimento de água e coleta de resíduos; d) a nova legislação enfatiza o planejamento como um dos

pilares das licitações públicas. Cidades pequenas podem se beneficiar ao desenvolver planos de contratação a longo prazo, o que pode levar a processos de licitação mais eficientes e transparentes; e) permite preferência para produtos e serviços locais em determinadas situações. Isso pode ser uma vantagem para empresas locais em cidades pequenas, promovendo o desenvolvimento econômico local.

Como mencionado anteriormente, a nova Lei oferece algumas exceções para municípios com até 20 mil habitantes, permitindo certa flexibilidade em relação às exigências de licitação. No entanto, é crucial entender essas exceções e garantir que os procedimentos estejam em conformidade com a Lei.

É essencial que os órgãos públicos nas cidades pequenas estejam cientes das mudanças trazidas pela nova Lei e estejam preparados para se adaptar. Isso pode envolver treinamento contínuo, atualização de políticas internas e consulta a especialistas em licitações públicas, se necessário.

4. CRÍTICA NA EFETIVAÇÃO DAS LICITAÇÕES ATINGINDO O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A complexidade do estudo das políticas públicas é reconhecida por Maria Paula Dallari Bucci (2006), que reformulou o conceito por ela estabelecido ao reconhecer a natureza das políticas públicas como um conjunto ordenado de atos e processos. Na sua mais recente definição, política pública é assim delimitada:

(...) programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados- processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Certames que não conseguem atingir os resultados são classificados como licitações desertas ou fracassadas. A licitação deserta acontece quando não há nenhum candidato interessado, sendo o manifesto desinteresse o fator determinante para tal caracterização; diferentemente da licitação fracassada, que ocorre quando o processo não obteve o resultado esperado. Os motivos para o fracasso da licitação podem ser tanto por decorrência da inabilitação dos concorrentes quanto por problemas na documentação ou por desclassificação das propostas (Guimarães; Franco, 2014).

A Emenda Constitucional nº 19/98⁹ fez com que alguns princípios que já deveriam nortear a Administração Pública passassem a estar expressos no texto da Carta Magna, dentre eles o princípio da eficiência e o da economicidade, corolário daquele. Na definição de Eduardo Azeredo Rodrigues (2012, p. 85):

(...) Em outra perspectiva, o dever de eficiência não se limita a determinar a vedação ao desperdício, tampouco especifica modos de agir concretos que melhor se adequarão a determinadas demandas públicas. Todavia, impõe à Administração Pública identificar e buscar as qualidades e os atributos de uma boa gestão dos interesses públicos e de uma administração eficiente, o que demanda uma árdua tarefa, em virtude da diversidade de atuações do poder público, da variabilidade de parâmetros no espaço e no tempo e da difícil caracterização do princípio com sua essência pluri compreensiva e seu matiz cambiante. Eficiência, nessa medida, traduz um conceito jurídico indeterminado, embora possa ser investigado, à luz do ordenamento jurídico, partindo-se de uma ideia nuclear de eficiência. Nessa medida, o princípio da eficiência não somente atribui valor, qualificando como bons, mas torna obrigatórios determinados comportamentos que corroboram para o aperfeiçoamento da Administração Pública, alçando-a à qualidade de eficiente.

A nova Lei de Licitações Públicas determina o escrutínio integrado e interdisciplinar do ciclo de vida do objeto, com o abandono da perspectiva pautada exclusivamente pelo viés economicista, tendo em mente a centralidade indiscutível dos fatores sociais, ambientais e éticos. A análise do ciclo de vida, nas contratações públicas, requer a releitura do conceito de proposta mais vantajosa para a Administração Pública,

⁹ Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm. Acesso em novembro de 2023.

com intensa atenção ecossistêmica aos impactos diretos e indiretos. Visa atender o princípio da eficiência ao longo prazo dos objetos em questão.

Concomitantemente, o princípio do planejamento, cuja explicitação representa importante inovação trazida pela nova Lei de licitações, em seu artigo 5º, traz consigo os instrumentos fundamentais para a concretização dos procedimentos licitatórios, sendo um deles o ETP¹⁰ (estudo técnico preliminar). Portanto, o foco principal não deve ser tão somente a solução que será saciada de forma imediata com a aquisição do objeto, e sim verificando-se se há a real necessidade de tanto, e ainda se é o objeto correto, que verdadeiramente supre as necessidades em questão, e se possui todos os mecanismos para produzir seus efeitos, sendo tal análise inerente à efetivação do princípio do planejamento (Rodrigues, 2023, p. 21). Dessa forma, pretende-se por meio do ETP avaliar e comparar as soluções que já existem no mercado com a nova que seria inserida, analisando-se o fato como um todo, assegurando-se, assim, a eficiência e o respeito ao ciclo de vida do objeto.

Salienta ainda Eduardo Azeredo Rodrigues (2023, p.29):

(...) Além da exigência expressa de termo de referência para contratação de bens e serviços e da elaboração do ETP, deverão ser devidamente planejados na fase preparatória dos certames, em consonância com o plano de contratação anual, elaborado com base nos documentos de formalização de demandas, para a racionalização das contratações e garantia do alinhamento com o planejamento estratégico, bem como subsidiar a elaboração das respectivas Leis orçamentárias, todos os aspectos das contratações, abordando-se todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que possam interferir na contratação, compreendidos os seguintes elementos: a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso; a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento; o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação.

Ressalta-se ainda que um dos princípios constitucionais da atividade econômica é a defesa do meio ambiente. A nova norma contém doze menções ao tema da

¹⁰Ministério da Economia. Estudos Técnicos Preliminares (ETP) - IN N° 58/2022 - Disponível em: <https://dcom.ufg.br/n/131419-estudos-tecnicos-preliminares-etp-in-n-58-2022-ministerio-da-economia>.

sustentabilidade e que alcançam inúmeros aspectos do processo de contratação e da execução contratual. No seu artigo 11, inciso IV é definido como um dos objetivos do processo licitatório incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável. Em suma, desde a fase preparatória do processo licitatório, o estudo técnico preliminar deve conter a descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refulgos, quando aplicável. Tanto para o anteprojeto (art. 6º, XXIV da Lei nº 14.133), como para o projeto básico (art. 6º, XXV da Lei nº 14.133) exigem-se elementos relacionados ao impacto ambiental da obra ou serviço e o seu adequado tratamento.

Carlos Sérgio Gurgel da Silva define a introdução da sustentabilidade como (Silva, 2021):

(...) desenvolvimento sustentável como o desenvolvimento que atende às necessidades do presente sem que se comprometa a habilidade das futuras gerações de atender às suas próprias necessidades. Sendo assim, pode-se afirmar que a sustentabilidade ambiental é um dever moral que as presentes gerações têm para com as gerações futuras.

Cumprir destacar desde logo que referente ao superfaturamento, diferentemente da Lei nº 8.666/1993, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, seguindo a mesma tônica da Lei de Estatais, procedeu à diferenciação entre sobrepreço e superfaturamento, definindo-os nos incisos LVI e LVII de seu artigo 6º, objetivando dessa forma, evitar o enriquecimento sem causa.

5. CASO CONCRETO: DEPUTADO DANIEL SORANZ E SEU PROJETO DE LEI PARA COMPRAS E VENDAS NA SAÚDE ATRAVÉS DA PLATAFORMA MARKETPLACE

Em um de seus projetos¹¹, o deputado Daniel Soranz apresentou um projeto de lei que teve como justificativa uma ineficiência na realização de determinadas licitações,

propondo então a incorporação de um sistema de compra de medicamentos para evitar desperdício de recursos, visando a obter medicamentos e insumos voltados à área da saúde através de um sistema digital conhecido como marketplace. A proposta é um sistema de compras instantânea que permite que os governos possam comprar insumos para padronizar de maneira muito mais simplificada do que acontece atualmente, em um grande modelo de pregão.

Este modelo é análogo ao que o Chile e outros países utilizam, no qual as empresas ofertam seus produtos em um único portal, canalizando todo o poder de compra do país para determinados insumos padronizados e estratégicos, o que possivelmente contribuirá para uma menor burocracia e incremento em termos de ganho de tempo e menor dispêndio de recursos públicos. Dessa forma, e não obstante a obrigatoriedade do dever de licitar, tal iniciativa pode contribuir no sentido de se evitar a burocracia dos certames, objetivando ainda maior celeridade e eficiência.

Em entrevista com o deputado feita pela Revista eletrônica Futuro da Saúde, em maio de 2023, foram feitos os seguintes questionamentos:

Você tem trabalhado em quais projetos de Lei? E qual a expectativa de tramitação?

Daniel Soranz respondeu: *Atualmente estou trabalhando em um projeto de Lei que permite que os governos possam comprar insumos para padronizar de maneira muito mais simplificada do que é hoje, em um grande modelo de pregão. Esse PL estima que a gente possa conseguir 7,7 bilhões de reais de economia nas compras públicas. Seria um modelo muito parecido que o Chile e outros países utilizam, em que você tem as empresas ofertando seus produtos em um único portal, utilizando todo o poder de compra do país para determinados insumos padronizados e estratégicos. A tramitação ainda deve seguir ao longo deste ano para que a gente possa estar no início do próximo ano já com ele aprovado.*

¹¹ PL2133/2023. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2358217>. Acesso em 09/11/2023.

A saúde tem enormes desafios, que vão desde a escassez de recursos a questões como o fortalecimento do SUS e a saúde suplementar. Qual o papel do legislativo em direcionar esses temas? Como priorizar?

Daniel Soranz respondeu: Temos um problema seríssimo de priorização sobre onde a gente vai gastar o dinheiro arrecadado. Essa é uma discussão importante, precisa ser feita e o debate é aqui no Legislativo. Há muitas potencialidades, mesmo com todos os problemas que podem ser apontados. Sistemas de saúde fortes que entreguem mais serviços e protejam a nossa população podem fazer a diferença na nossa sociedade, e não tenho dúvidas que a Câmara pode influenciar muito nisso, mesmo com um cenário adverso que às vezes parece acontecer. -

Na visão do deputado Daniel Soranz, a tributação extra sobre produtos nocivos à saúde, como cigarros, bebidas e alimentos ultraprocessados, induz a população a consumir itens mais saudáveis. Outro benefício da taxaçoão é aumentar a arrecadação tributária do poder público.

O parlamentar solicitou a realização de audiência pública sobre o tema na Comissão de Saúde da Câmara, e ressaltou que a tributação diferenciada sobre esses segmentos contribui para aumentar o entendimento de que os principais motivos para doenças e mortes estão ligados aos hábitos de vida da população. Ele também lembrou que, após a proibição do tabaco em locais públicos e a taxaçoão dos produtos em 83%, os índices de câncer diminuíram no Brasil.

Daniel Soranz observa que é preciso ter equilíbrio entre a taxaçoão e o controle do contrabando ou outras formas de obteçoão dos produtos de forma ilegal. O congressista aponta ainda que a própria indústria já vem aumentando a consciência sobre a necessidade de oferecer produtos de mais qualidade aos consumidores, por exemplo com menos açúcares e menos sódio no caso dos alimentos, o que mostra uma tendência de diminuir a inclusão dessas substâncias nos produtos.

Por fim, é importante ressaltar que a implementação bem-sucedida da nova Lei de Licitações requer não apenas o cumprimento rigoroso das suas disposições, mas também uma mudança de mentalidade e cultura nas instituições públicas. A busca pela eficiência, transparência e responsabilidade na gestão dos recursos públicos deve ser uma prioridade

constante, e a nova legislação fornece o arcabouço necessário para alcançar esses objetivos.

Nesse sentido, o papel do Legislativo, como exemplificado pelo deputado federal Daniel Soranz, torna-se crucial. A proposição de projetos de Lei que simplificam e otimizam os processos de compra, bem como a defesa de medidas que promovam a saúde pública e a sustentabilidade, demonstra o compromisso dos parlamentares em direcionar os temas essenciais para o bem-estar da população.

Em suma, a nova Lei de Licitações representa um marco importante no cenário das compras públicas no Brasil. Sua implementação eficaz dependerá do engajamento e da colaboração de todos os envolvidos, incluindo gestores públicos, profissionais de compras, legisladores e demais atores do processo licitatório. A transição para essa nova era das licitações públicas exigirá adaptação, capacitação e uma abordagem proativa para garantir que os princípios fundamentais da Lei sejam efetivamente aplicados em benefício da sociedade brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatou-se que a Nova Lei de Licitações trouxe modificações profundas no cenário das compras públicas no Brasil, sendo que alguns de seus aspectos podem ter diferentes impactos de acordo com as realidades sócio-econômicas dos diversos órgãos e entes licitantes, com realce para suas implicações em diferentes municípios e setores como a saúde. Ficou claro que essa legislação representa um marco importante na gestão pública, mas que precisará ser adaptada a cada uma das realidades específicas dos órgãos e entidades licitantes (Guimarães, 2022).

Um dos principais destaques desta alteração foi a introdução do princípio da segregação de funções, um mecanismo vital para assegurar a transparência, imparcialidade e integridade do processo licitatório (Barreto, 2022). Ao dividir responsabilidades entre servidores administrativos¹², evita-se o acúmulo de funções,

¹² Conselho Nacional do Ministério Público. Segregação de funções: como distribuir atividades. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/724-institucional/comissoes-institucional/comissao-de->

diminuindo a possibilidade de erros e fraudes. No entanto, a aplicação deste princípio depende de fatores diversos, dentre os quais a própria infraestrutura administrativa em questão.

Para os municípios de menor porte, a nova Lei trouxe exceções importantes¹³, mas a capacitação dos profissionais envolvidos em licitações tornou-se ainda mais essencial (Souza, 2023). Compreender e seguir as novas regras é fundamental para garantir conformidade e eficácia nos procedimentos licitatórios.

Ademais, o planejamento e seus muitos instrumentos, como por exemplo o estudo técnico preliminar, o plano de contratações anuais e o plano de logística sustentável¹⁴, tornam-se peças centrais para a eficiência e eficácia dos procedimentos licitatórios. Analisar a real necessidade do objeto e avaliar soluções existentes no mercado são passos essenciais para garantir contratações bem-sucedidas; no entanto, essas exigências precisam ser compatibilizadas com a complexidade e especificidade das situações pontuais, para que o ETP e os demais instrumentos de planejamento não venha também a se afigurar, na prática e em determinadas situações pontuais, como mais um empecilho à efetiva concretização de eficiência.

A preocupação com a sustentabilidade também ganha destaque na nova legislação, que inclui diversas disposições relacionadas aos impactos ambientais e à promoção do desenvolvimento nacional sustentável. A análise do ciclo de vida dos objetos licitados e a incorporação de critérios ecossistêmicos nas contratações públicas refletem um compromisso com a preservação ambiental e o uso responsável dos recursos naturais.

controle-administrativo-e-financeiro/ordenador-de-despesas/recursos-humanos-e-gestao-de-pessoas/5888-segregacao-de-funcoes-como-distribuir-atividades#:~:text=Considera%2Dse%20falta%20de%20segrega%C3%A7%C3%A3o%20de%20fun%C3%A7%C3%B5es%20quando%20o%20pregoeiro,%2C%20autoriza%C3%A7%C3%A3o%2C%20utiliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20controle. Consulta em: 9 nov. de 2023

¹³ Vide art. 169 da Lei nº 14.133/2021, que concedeu o prazo adicional de 6 (seis) meses para municípios de menos de 20 mil habitantes fazerem determinadas adequações aos seus dispositivos.

¹⁴ Ministério da Economia. Portaria SEGES/ME nº 8.678, de 19 de julho de 2021. Art. 6. Disponível em: [Resumos](https://portal.sollicita.com.br/Noticia/20800/desmisticando-a-gest%C3%A3o-por-compet%C3%Aancia#:~:text=Minist%C3%A9rio%20da%20Economia.,DF%2C%20ano%20159%2C%20n. Consulta em: 06 de nov. 2023.</p>
</div>
<div data-bbox=)

A implementação eficaz da nova Lei de Licitações requer também uma mudança cultural nas instituições públicas. A busca contínua pela eficiência, transparência e responsabilidade na gestão dos recursos públicos deve ser uma prioridade constante. O papel fundamental do Legislativo, como exemplificado pela atuação propositiva do deputado federal Daniel Soranz, é fundamental. Sua proposição de projetos de Lei que simplificam e otimizam os processos de compra, bem como a defesa de medidas que promovam a saúde pública e a sustentabilidade, demonstra o compromisso dos parlamentares em direcionar temas essenciais para o bem-estar da população.

Em síntese, a nova Lei de licitações representa uma mudança paradigmática nas compras públicas. Sua implementação eficaz dependerá do engajamento e da colaboração de todos os envolvidos, desde gestores públicos até profissionais de compras, legisladores e demais atores do processo licitatório. A transição para essa nova era das licitações públicas exigirá adaptação, capacitação e uma abordagem proativa para garantir que os princípios fundamentais da Lei sejam efetivamente aplicados em benefício da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

AGNOL, Nádia. Pregoeiro: o que é e quais são suas atribuições? Conlicitações, 17/02/2022. Disponível em <https://conlicitacao.com.br/pregoeiro-o-que-e-e-quais-sao-suas-atribuicoes/>. Acesso em 09/11/2023.

BARAÚNA, Fernando. A Crítica de Campo Grande. Pontos relevantes na nova Lei de licitações e contratos administrativos, Lei nº 14.133/2021. Disponível em <https://www.acritica.net/colunistas/post/pontos-relevantes-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-administrativos-lei-no-1413321/2705/>. Acesso em 06/11/2023.

BARRETO, Edvaldo. O princípio da segregação de funções nas licitações de publicidade do Governo Federal: exceções à regra. Migalhas, 2022. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/370055/o-principio-da-segregacao-de-funcoes-nas-licitacoes-de-publicidade>. Acesso em 09/11/2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito, p.39. São Paulo: Saraiva, 2006. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4182322/mod_resource/content/1/BUCCI_Maria_Paula_Dallari._O_conceito_de_politica_publica_em_direito.pdf. Acesso em 31/10/2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 2133/2023. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2358217>. Acesso em 09/11/2023.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Segregação de funções: como distribuir atividades. Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/724-institucional/comissoes-institucional/comissao-de-controle-administrativo-e-financeiro/ordenador-de-despesas/recursos-humanos-e-gestao-de-pessoas/5888-segregacao-de-funcoes-como-distribuir-atividades#:~:text=Considera%2Dse%20falta%20de%20segrega%C3%A7%C3%A3o%20de%20fun%C3%A7%C3%B5es%20quando%20o%20pregoeiro,%2C%20autoriza%C3%A7%C3%A3o%2C%20utiliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20controle>. Acesso em 09/11/2023.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 09/11/2023.

_____. Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm. Acesso em 09/11/2023.

_____. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em 09/11/2023.

_____. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em 06/11/2023.

_____. Ministério da Economia. Estudos Técnicos Preliminares (ETP) - IN Nº 58/2022 - Disponível em <https://dcom.ufg.br/n/131419-estudos-tecnicos-preliminares-etp-in-n-58-2022-ministerio-da-economia>. Acesso em 06/11/2023.

_____. Ministério Público da União. Nova lei de licitações. Disponível em <https://www.mpu.mp.br/legislacao/contratacoes>. Acesso em 06/11/2023.

_____. Portaria SEGES/ME nº 8.678, de 19 de julho de 2021. Disponível em <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/portarias/portaria-seges-me-no-8-678-de-19-de-julho-de-2021>. Acesso em 06/11/2023.

_____. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão nº 555/2008. Relator: Min. Augusto Sherman. 02 de abril de 2008. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A555%2520ANOACORDAO%253A2008%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522DTRELEVANCIA%2520des

c%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em 01/12/2023.

_____. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão nº 5615/2008. Relator: Min Raimundo Carreiro. 03 de dezembro de 2008. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A5615%2520ANOACORDAO%253A2008%2520COLEGIADO%253A%2522Segunda%2520C%25C3%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em 01/12/2023.

_____. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão nº 018.502/2009-6. Relator: RAIMUNDO CARREIRO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Segunda Câmara). Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-124243>. Acesso em 27/03/2023.

_____. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão nº 2829/2015. Relator: Min. Bruno Dantas. 04 de novembro de 2015. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2829%2520ANOACORDAO%253A2015%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em 01/12/2023.

_____. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão nº 3381/2013. Relator: Min. Valmir Campelo. 04 de dezembro de 2013. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1298703/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse. Acesso em 01/12/2023.

CARVALHO, Guilherme. Licitações em pequenos municípios. Consultor Jurídico. 18 de abril de 2022. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-abr-15/licitacoes-contratos-licitacoes-pequenos-municipios/>. Acesso em 10/11/2023.

FERREIRA, Daniel; GIUSTI, Anna Flávia Camilli Oliveira Giust. A licitação pública como instrumento de concretização do direito fundamental ao desenvolvimento nacional sustentável. v. 12, n. 48 (2012) abril/junho. Disponível em <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4367>. Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Acesso em 09/11/2023.

GOMES, Eronildo da Silva. Pregão Eletrônico e Aquisições Públicas: Um Estudo de Caso na Prefeitura Municipal do Paudalho. Localização: Trabalho de conclusão de curso, bacharelado em administração Pública, Universidade Federal Rural de Pernambuco - UFRPE. Pernambuco. 13 páginas, 2021.

GUIMARÃES, Edgar et al. Licitações e contratos administrativos. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022.

GUIMARÃES, Edgar; FRANCO, Caroline da Rocha. Controle das políticas públicas por meio das licitações. Coluna Jurídica da Administração Pública. Disponível em https://portal.jmlgrupo.com.br/arquivos/news/newsletter_adm_publica/arquivos/ANEXO_2_15_02.pdf. Acesso em 31/10/2023.

JUNTO SEGUROS. Pregão é a modalidade de licitação mais utilizada. Disponível em: <https://blog.juntoseguros.com/pregao-licitacao-saiba-tudo/#:~:text=O%20preg%C3%A3o%20%C3%A9%20a%20%C3%BAnica,carta%20fi an%C3%A7a%20ou%20Seguro%20Garantia>. Acesso em 08/11/2023.

LEITAO, Frederico. Os 22 Princípios da Nova Lei de Licitações, Lei 14.133/2021. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/os-principios-da-nova-lei-de-licitacoes/1163223657>. Acesso em 07/11/2023.

LICITE NORDESTE. A nova Lei de licitações e os pequenos municípios. Disponível em <https://www.licite.com.br/a-nova-lei-de-licitacoes-e-os-pequenos-municipios/<www.nomedosite.com>. Acesso em 08/11/ 2023.

LIMA, LUIZ. A Nova Lei de Licitações e a Sustentabilidade. PL 2133/2023. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2358217>. Acesso em 09/11/2023.

MACHADO, Rafael. Daniel Soranz, deputado federal: “Podemos investir em Leis que possam melhorar a transparência do sistema” Disponível em <https://futurodasaude.com.br/daniel-soranz-deputado-federal/>. Acesso em 02/02/2024.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MONTEIRO, Marcelo. Comentário a celeuma em torno do agente de contratação. 2023. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-celeuma-em-torno-do-agente-de-contratacao/1766484651>. Acesso em 06/11/2023.

PINHEIRO, Igor. A carência eficaz para pequenos municípios aplicarem pontos específicos da Nova Lei de Licitações e a sua manifesta inconstitucionalidade. Disponível: <https://blog.editoramazuno.com.br/carencia-eficacial-para-pequenos-municipios/>. Acesso em 06/11/2023.

RODRIGUES, Eduardo Azeredo. O Princípio da eficiência à luz da Teoria dos Princípios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

_____. O Princípio do Planejamento nas Licitações e Contratações Públicas. Revista da EMERJ. Volume 25.

SCHIEFLER, Gustavo; HELLMANN, Lucas. O que mudou com a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021): As novas regras de licitação. São Paulo: Schiefler Advocacia, 2022. Disponível em <<https://schiefler.adv.br/o-que-mudou-com-a-nova-lei-de-licitacoes/>>. Acesso em 31/10/2023.

SILVA, Carlos Sérgio Gurgel da. A sustentabilidade ambiental na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Consultor Jurídico, 28 de novembro de 2021. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-nov-28/gurgel-sustentabilidade-ambiental-lei-licitacoes/>. Acesso em 09/11/2023.

SILVA, Magno Antônio da. O princípio da segregação de funções e sua aplicação no controle processual das despesas: uma abordagem analítica pela ótica das licitações públicas e das contratações administrativas. Revista do TCU, setembro de 2013.

SOUZA, Leonardo Vieira de. Municípios até 20 mil habitantes e a Nova Lei de Licitações - 14.133/21. Jus Navigandi. Disponível em https://jus.com.br/artigos/104736/municipios-ate-20-mil-habitantes-e-a-nova-lei-de-licitacoes-14-133-21#google_vignette. Acesso em 02/02/2024.

VI SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL E INTERNACIONAL PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA CONTEMPORANEIDADE



Retornar